

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

Respaldo por el colectivo de profesores españoles de Derecho internacional privado y por operadores jurídicos procedentes de la magistratura, abogacía y cuerpos de la Administración del Estado, el propósito de este Anuario es ofrecer a la comunidad jurídica española con carácter anual todo el panorama teórico y práctico que afecta al tráfico privado externo vinculado con nuestro país: arbitraje comercial, Derecho de los negocios, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Derecho penal, Derecho procesal, nacionalidad, extranjería, familia y sucesiones, inversiones exteriores y control de cambios, nacionalidad y persona y estado civil. Panorama que será el punto de referencia de la creación doctrinal y de la práctica española en los colectivos ius-internacional-privatistas de otros países.

Para ello la presente publicación se estructura en distintas secciones que se inician con un ambicioso título doctrinal donde se recogen las contribuciones científicas más relevantes procedentes de autores españoles y extranjeros, sometidas con carácter previo a un exhaustivo control por parte de los miembros del Consejo editorial especializados en las mismas.

Asimismo, cada tomo mantiene una marcada preocupación por resaltar las cuestiones prácticas más acuciantes para España, las reformas legislativas e incorporación de convenios internacionales suscritos por nuestro país y el estudio profundo y crítico de la doctrina de la jurisprudencia y de la práctica administrativa española. Y ello, junto a la información puntual de la labor codificadora que se realiza en los distintos foros internacionales. Incluye, además de las secciones fijas, un conjunto sistematizado de contribuciones de carácter monográfico basado o en reformas de sistemas o en problemas relevantes en el plano científico y una relación sistematizada y comentada por volumen de varios centenares de decisiones de nuestros tribunales y de toda la bibliografía aparecida en el año cuya crónica cubre el Anuario.

El Anuario ha sido reconocido por la comunidad jurídica internacional en términos sumamente elogiosos y está siendo valorado muy positivamente por las agencias de evaluación de la investigación científica. Entre otros reconocimientos, la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) otorgó al Anuario el **certificado de “Revista Excelente”** tras haber superado con éxito el proceso de evaluación de la calidad de revistas científicas españolas que garantiza la calidad editorial y científica, el 14 de marzo de 2012. Dicho certificado ha sido renovado satisfactoriamente en 2015.

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos y en español. Como criterio general, la extensión de los trabajos no deberá exceder de 35 páginas (200 KB) tratándose de artículos; 15 páginas (85 KB) en comentarios jurisprudenciales y legislativos, y 10 páginas (50 KB) en el caso de reseñas bibliográficas. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen en español y en inglés de no más de 200 palabras cada uno y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Todo material será sometido a dictamen para su publicación. El resultado del mismo se comunicará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de reunión del Consejo Editorial.

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

Iprolex, S.L.,
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo de Alarcón, Madrid (España)
o al siguiente correo electrónico: iprolex@iprolex.com

En la web del Anuario (<http://www.aedipr.com>) se detalla la información sobre el proceso de evaluación y selección de manuscritos empleados, los criterios, procedimientos y plan de revisión por parte de los evaluadores.

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

PRECIOS AÑOS 2000 a 2011: 105 € CADA TOMO

PRECIO AÑO 2013 120,00 €

PRECIO AÑO 2014-2015 125,00 €

PRECIO AÑO 2016 130,00 €

IVA no incluido. Se añadirán los gastos de correo

* Consultar en <http://www.aedipr.com> las ofertas por la adquisición completa de la colección.

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XVI



Iprolex
2016

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesor Dr. Ángel Espiniella Menéndez
Departamento de Derecho privado y de la Empresa
Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo
Valentín Andrés Álvarez s/n
33001 Oviedo (España)
Teléfono: (985) 104873
espiniella@uniovi.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa
ISSN: 1578-3138
Depósito Legal: M-30684-2000
Impreso en España

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut
de Droit International*

Comité científico

Bertrand Ancel
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jürgen Basedow
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo)

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Santiago Álvarez González
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Santiago de Compostela

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

Leonel Pereznieto Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Profesora Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Profesor titular, habilitado Catedrático de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora titular, acreditada Catedrática, de la Universidad de Oviedo); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Paul Tremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

Secretario

Ángel Espiniella Menéndez
Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo

Redactores

Beatriz Añoveros Terradas (Profesora titular de la Universitat Ramon Llull), **Mª Victoria Cuartero Rubio** (Profesora titular de la Universidad de Castilla-La Mancha), **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universitat Pompeu Fabra); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **Cristian Oró Martínez** (Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); **Eduardo Picand Albónico** (Profesor de la Universidad de Chile) y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica*

Pilar Blanco-Morales y Limones (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo Mª Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose Mª De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José Mª Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **Mª Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

María Virginia AGUILAR	Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	Laura GARCÍA GUTIÉRREZ
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS	Juan Carlos GUERRERO VALLE
Rafael ARENAS GARCÍA	Christian HEINZE
Roberto BARATTA	Josep Gunnar HORRACH ARMO
Jürgen BASEDOW	Briseida Sofía JIMÉNEZ GÓMEZ
Unai BELINTXON MARTIN	Josep Maria JULIÀ INSENER
Alegría BORRÁS	Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Nuria BOUZA VIDAL	Enrique LINARES RODRÍGUEZ
Rocío CARO GÁNDARA	Inez LOPES
M^a Victoria CUARTERO RUBIO	Aurelio L.-TARRUELLA MARTINEZ
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	Nuria MARCHAL ESCALONA
Pilar DIAGO DIAGO	Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Antonia DURÁN AYAGO	Manuel MEDINA ORTEGA
María Jesús ELVIRA BENAYAS	Rosa MIQUEL SALA
José María ESPINAR VICENTE	Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	Patricia OREJUDO P. DE LOS MOZOS
Gloria ESTEBAN DE LA ROSA	José David ORTEGA RUEDA
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ	José Ignacio PAREDES PÉREZ
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS	Carmen PARRA RODRÍGUEZ
Josep M. FONTANELLAS MORELL	Manuel PENADÉS FONS
Albert FONT I SEGURA	Magdalena PFEIFFER
Francisco-Javier FORCADA-MIRANDA	M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Joaquim J. FORNER DELAYGUA	Daniel Miguel ROJAS TAMAYO
Pietro FRANZINA	Cecilia ROSENDE VILLAR
Caterina FRATEA	José Miguel SÁNCHEZ BARTOLOMÉ
Víctor FUENTES CAMACHO	Sixto SÁNCHEZ LORENZO
Federico F. GARAU SOBRINO	Carmen VAQUERO LÓPEZ
Georgina GARRIGA SUAU	Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA
M^a Elena ZABALO ESCUDERO	

SUMARIO

	Pág.
Alegría BORRÁS	
30 AÑOS DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA: SU SIGNIFICADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	35–41
Sixto SÁNCHEZ LORENZO	
ESPAÑA Y EUROPA, TREINTA AÑOS PARA UNA NUEVA MENTALIDAD JURÍDICA	43–49

ESTUDIOS

Jürgen BASEDOW	
COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	53–77
Christian HEINZE	
LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN Y LA EJECUCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE JURISDICCIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE CDC	79–101
Roberto BARATTA	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA	103–126
Pietro FRANZINA	
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS VULNERABLES: UN LLAMAMIENTO A LA ACCIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA	127–145
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	
LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	147–197

José María ESPINAR VICENTE y José Ignacio PAREDES PÉREZ ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUMISIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (LO 7/2015)	199-247

Manuel PENADÉS FONS EL EFFET UTILE DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBI- CIÓN DE RÉVISION AU FOND EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	249-278

VARIA

Laura GARCÍA GUTIÉRREZ LA TUTELA CAUTELAR EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	281-299

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN LA NUEVA LEY 29/2015 DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL	301-321

Carmen PARRA RODRÍGUEZ EL MAPA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ESPAÑOL TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDI- CA INTERNACIONAL	323-346

Cecilia ROSENDE VILLAR LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES Y SUS ÚLTIMAS RE- FORMAS LEGISLATIVAS EUROPEA Y ESPAÑOLA	347-374

Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA COMPETEN- CIA JUDICIAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ME- NOR TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 26/2015	375-393

Carmen VAQUERO LÓPEZ NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESTATAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE ADULTOS Y DE MENORES	395-414

Antonia DURÁN AYAGO ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE PRO- TECCIÓN DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN IN- TERNACIONAL	415-462

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA CLÁUSULA DE ESCAPE DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA	463-503
José Miguel SÁNCHEZ BARTOLOMÉ	
LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE <i>FORUM NON CONVENIENS</i> EN EE UU ANTE DEMANDAS POR ACCIDENTES AÉREOS	505-534
Briseida Sofía JIMÉNEZ GÓMEZ	
LA NUEVA LEY DE PATENTES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE GARANTÍAS INTERNACIONALES	535-563
Magdalena PFEIFFER	
LA SOLUCIÓN SALOMÓNICA EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES APLICABLES PARA LA CUESTIÓN PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHECO	565-588

FOROS INTERNACIONALES

Unión Europea

Manuel MEDINA ORTEGA	
LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO	591-609
Unai BELINTXON MARTIN	
DUMPING SOCIAL, DESARMONIZACIÓN SOCIO-LABORAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA DES- UNIÓN EUROPEA	611-642
Caterina FRATEA	
LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SUS REFLEJOS SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EN EUROPA	643-669
Josep Maria JULIÀ INSENSER	
LA DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DEL REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO	671-678
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2015- MAYO 2016 ...	679-698

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado

Francisco–Javier FORCADA–MIRANDA

- COMPLEJIDAD, CARENCIAS Y NECESIDADES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SIGLO XXI Y UN NUEVO MARCO LEGAL EN ESPAÑA 699–743

Unidroit

Nuria BOUZA VIDAL

- UNIDROIT: DESARROLLOS RECIENTES Y NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO PARA EL TRIENIO 2017–2019 745–756

AMÉRICA LATINA

Inez LOPES

- EL RECONOCIMIENTO TRANSNACIONAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO O DE LA PAREJA HOMOSEXUAL Y LOS RECIENTES DESARROLLOS EN BRASIL Y EN EL MERCOSUR 759–792

Rosa MIQUEL SALA

- LOS CONTRATOS DE SEGURO EN EL PROYECTO DE LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿UN MODELO A SEGUIR PARA EL REGLAMENTO ROMA I? 793–820

Juan Carlos GUERRERO VALLE

- LA LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MÉXICO, COINCIDENCIAS, DESENCUENTROS Y CONCLUSIONES 821–834

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA

- LA CONVENIENCIA DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA CENTROAMÉRICA 835–856

Daniel Miguel ROJAS TAMAYO

- LAS DEFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO: PRINCIPIOS INAPROPIADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EFICACIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS 857–885

María Virginia AGUILAR

- LA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, SU CONCOR-

DANCIA Y ADICIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE FAMILIA. EL CASO DE MÉXICO	887-898

TEXTOS LEGALES

Advertencia	899

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)	901
Reglamento (UE) n° 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo	901
Observaciones de Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	901
Reglamento (UE) n° 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)	903

DIRECTIVAS

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes	904
Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE	904
Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo	904
Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas	904

ACUERDOS

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, de 14 marzo 2016. DO L 78 de 24.3.2016	904

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva	905
Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito	905

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	905
Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo	905
Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana	905
Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 octubre 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 mayo 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales	905
Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles	906
Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial	906
Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión	906
Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España	906
Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria	906
Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior	906
Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil	906
Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras	907
Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	907
Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	907
Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes	907
Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ...	907
Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil	908
Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	908
Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones	908
Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores	908
Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores	908
Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España	908
Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia	909
Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo	909
Real Decreto 195/2016, de 13 de mayo, por el que se establecen los requisitos para la expedición del Suplemento Europeo al Título Universitario de Doctor	909

CONVENIOS INTERNACIONALES**MULTILATERALES**

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 enero 1996	911
Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 enero 2003	911
Tercer protocolo adicional al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010	911
Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001	911

BILATERALES**Acuerdos de sede**

Acuerdo de sede entre el Reino de España y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, hecho en Madrid el 11 marzo 2015	911

Protección de inversiones

Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho <i>Ad Referendum</i> en Madrid el 24 julio 2008	912

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

ADOPCION

GARANTÍAS NECESARIAS Y ADECUADAS PARA ASEGURAR LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES	
2016/1.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 423/2015, de 9 junio 2015	915
2016/2.– AP Badajoz, Sección Tercera, Sentencia nº 49/2016, de 3 marzo 2016	916
SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA FEDERACIÓN RUSA SIN LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES COLABORADORAS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL	
2016/3.– TSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección Quinta, Sentencia nº 397/2015, de 26 junio 2015	917
LA OMISIÓN DEL CERTIFICADO DE INDONEIDAD PARA UNA ADOPCIÓN PRÁCTICADA EN EL EXTRANJERO NO PUEDE FUNDAR LA DENEGACIÓN DE UNA PRESTACIÓN DE MATERNIDAD	
2016/4.– TSJ Aragón, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 630/2015, de 21 octubre 2015	918
ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR EXTRANJERO RESIDENTE EN ESPAÑA: NULIDAD INSTADA POR LOS ADOPTANTES	
2016/5.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Auto de 3 febrero 2016	919

ALIMENTOS

DEMANDA DE ALIMENTOS A FAVOR DE HIJOS MENORES DE EDAD PRESENTADA EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DE AQUEL EN EL CUAL LOS HIJOS TIENEN SU RESIDENCIA HABITUAL	
2016/6.– AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 153/2016, de 15 marzo	919
2016/7.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 308/2015 de 12 mayo	920
2016/8.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 16 julio 2015. Asunto C-184/14	922

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO EN EL EXTRANJERO	
2016/9.– TSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 7/2015, de 23 junio 2015	923
2016/10.– TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 14 diciembre 2015	924
SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL EXECUTIVO TANTO NO SE RESUELVA LA DEMANDA DE NULIDAD DEL LAUDO EN EL ESTADO EN QUE SE DICTÓ	
2016/11.– TSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 29/2015 de 29 julio 2015	924
Observaciones Enrique LINARES RODRÍGUEZ	925

BIENES

Víctor FUENTES CAMACHO	
EL CASO “CABEZA DE MUJER JOVEN”: ¿UN NUEVO EJEMPLO DE TRÁFICO ILÍCITO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES?	927
2016/12.– AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Sentencia de 20 mayo 2015	933

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ACCIÓN POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR: LUGAR DE LA INFRACCIÓN EL LUGAR EN EL QUE LA ACTORA TIENE EL CENTRO DE SUS INTERESES PRINCIPALES	
2016/13.– AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Auto nº 32/2015, de 12 marzo 2015	934
Nota de Cristian ORÓ MARTÍNEZ	939
DILIGENCIAS PRELIMINARES DE EXIBICIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN PROCEDIMIENTO SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO: INCOMPETENCIA	
2016/14.– AP Valencia, Sección Séptima, Auto nº 149/2015, de 8 julio 2015	942
M ^a Elena ZABALO ESCUDERO	
LA CALIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	943
2016/15.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 10 septiembre 2015. Asunto C-47/14	946
COMPRAVENTA DE INMUEBLE SITUADO EN EL EXTRANJERO POR CONSUMIDOR DOMICILIADO EN ESPAÑA: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	
2016/16.– AP Castellón, Sección Tercera, Sentencia nº 206/2015, 28 septiembre 2016	947
ACUERDO DE REPARTO SUCESORIO ENTRE EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y LOS HIJOS MENORES, REPRESENTADOS POR UN TUTOR	
2016/17.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 6 octubre 2015. Asunto C-404/14	948

Observaciones de Albert FONT I SEGURA	948
PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN JUDICIAL EN UN ESTADO MIEMBRO Y PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN OTRO: COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANTE EL QUE SE INTERPUSO LA PRIMERA DEMANDA	
2016/18.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 6 octubre 2015. Asunto C-489/14	951
Observaciones de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	952
APLICACIÓN PREFERENTE DEL REGLAMENTO 2015/2012	
2016/19.– AP Islas Baleares, Sección Quinta, Auto nº 162/2015 de 8 octubre 2015	953
RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA NO IMPUGNADA POR EL REPRESENTANTE DEL DEMANDADO DESIGNADO DE OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE CONOCEN DEL ASUNTO	
2016/20.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 21 octubre 2015. Asunto C-215/15	955
Observaciones de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	956
FECHA EN LA QUE SE CONSIDERA QUE UN TRIBUNAL CONOCE DE UN LITIGIO PARA APRECIAR LA LITISPENDENCIA	
2016/21.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 22 octubre 2015. Asunto C-523/14	958
Nota de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	959
INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN MARRUECOS	
2016/22.– AP Islas Baleares, Sección Quinta, Auto nº 191/2015 de 12 noviembre 2015	962
Observaciones de Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	963
PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS. LITISPENDENCIA	
2016/23.– TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 710/2015, de 16 diciembre 2015	965
Observaciones de Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS	966
Josep M. FONTANELLAS MORELL	
LA EROSIÓN DE LA EXCLUSIVIDAD DEL <i>FORUM REI SITAE</i> EN LAS ACCIONES REALES INMOBILIARIAS	967
2016/24.– TJ, Sala Séptima, Sentencia de 17 diciembre 2015. Asunto C-605/14	975
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS	
COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES: CONCEPTO DE ACTIVIDAD COMERCIAL O PROFESIONAL	976
2016/25.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 23 diciembre 2015. Asunto C-297/14	979
DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA. PACTO DE ELECCIÓN DE LEY Y DE TRIBUNAL. POSTERIOR SUMISIÓN TÁCITA. INTERPRETACIÓN	
2016/26.– AP Madrid, Sección Vigésimoquinta, Sentencia nº 431/2015, de 30 diciembre 2015	980
SOLICITUD DE INTERVENCIÓN O ACCIÓN DE REGRESO EJERCITADA POR UN TERCERO CONTRA UNA DE LAS PARTES DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL QUE CONOZCA DE LA ACCIÓN PRINCIPAL	
2016/27.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 21 enero 2016. Asunto C-521/14	981
Nota de Rosa MIQUEL SALA	982
RECLAMACIÓN POR CANCELACIÓN EN CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO	
2016/28.– AP Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 9/2016, de 29 enero 2016	986

CONTRATOS QUE PREVEN LA OBLIGACIÓN DE UNA EMPRESA RUMANA DE CEDER LOS DERECHOS SOBRE UNA MARCA A UNA EMPRESA CON DOMICILIO SOCIAL EN UN ESTADO TERCERO	
2016/29.– TJ, Sala Sexta, Sentencia de 17 marzo 2016. Asunto C-175/15	987
Javier MASEDA RODRÍGUEZ	
VALIDEZ Y Oponibilidad a Terceros de las cláusulas atributivas de competencia incluidas en folletos de emisión de bonos	988
2016/30.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 20 abril 2016. Asunto C-366/13	993
INCLUSIÓN EN A MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	
2016/31.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 21 abril 2016. Asunto C-572/14	995
Observaciones de Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ	996
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. LUGAR DONDE SE HA PRODUCIDO EL HECHO DAÑOSO	
2016/32.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 16 junio 2016. Asunto C-12/15	998
CONSENTIMIENTO Y VALIDEZ DE CLÁUSULA JURISDICCIONAL CONTENIDA EN CONDICIONES GENERALES	
2016/33.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-222/15	999

CONTRATOS

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS. ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO	
2016/34.– AP A Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 168/2015, de 15 junio 2015	1000
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. PAGO DEL PRECIO	
2016/35.– AP Cádiz, Sección Segunda, Sentencia nº 167/2015, de 21 julio 2015	1002
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. INCAPACIDAD. EXCEPCIÓN DE INTERÉS NACIONAL: NO	
2016/36.– AP Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 385/2015, de 15 octubre 2015	1003
Georgina GARRIGA SUAÚ	
EL DERECHO DE REPETICIÓN DE LA ASEGURADORA SOLVENS CONTRA LA ASEGURADORA DEL CORRESPONSABLE DE UN ACCIDENTE AUTOMOVILÍSTICO	1004
2016/37.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 21 enero 2016. Asuntos acumulados C-359/14 y C-475/14	1010

DERECHO DEL TRABAJO

CONTRATO DE TRABAJO AL SERVICIO DE VARIAS EMPRESAS DE UN MISMO GRUPO	
2016/38.– TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Segunda, Sentencia nº 461/2015, de 10 junio 2015	1011
2016/39.– TS, Sala de lo Social, Auto de 17 junio 2015	1013
COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO CON TRABAJADOR EXTRANJERO QUE TIENE EN ESPAÑA SU CENTRO DE ACTIVIDAD	
2016/40.– TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 4166/2015, de 25 junio 2015	1014

ALCANCE DE INMUNIDAD DE UN ESTADO EXTRANJERO EN UNA DEMANDA ENMATERIA LABORAL INTERPUESTA POR UN TRABAJADOR ESPAÑOL CONTRA UNA EMBAJADA EXTRANJERA 2016/41.– TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Sexta, Sentencia nº 586/2015 de 14 septiembre 2015	1017
LEGISLACIÓN NACIONAL QUE ESTABLECE UNA GARANTÍA DE LOS CRÉDITOS SALARIALES IMPAGADOS DE LOS MARINEROS APLICABLE ÚNICAMENTE EN CASO DE ABANDONO DE ÉSTOS EN EL EXTRANJERO 2016/42.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 25 febrero 2016. Asunto C-292/14	1019
DERECHO MARÍTIMO	
TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE 2016/43.– AP Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 20/2016, de 19 enero 2016	1020
DIVORCIO	
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS 2016/44.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 466/2015, de 30 junio 2015	1023
Nota de Rocío CARO GÁNDARA	1025
LEGISLACIÓN BOLIVIANA QUE CONTEMPLA PLAZOS TRAS LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO PARA LA SOLICITUD DEL DIVORCIO 2016/45.– AP Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 471/2015 de 1 septiembre 2015	1032
EFFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. APLICACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LOS EFECTOS QUE CAEN BAJO SU COMPETENCIA 2016/46.– TSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera. Sentencia nº 27/2015, de 6 octubre 2015	1032
RELEVANCIA DE SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN ESPAÑA 2016/47.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 661/2015, de 20 octubre 2015	1033
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE 2016/48.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 828/2015, de 17 noviembre 2015	1035
PROCEDIMIENTOS PARALELOS DE DIVORCIO. SENTENCIA EXTRANJERA. MALA FE. ORDEN PÚBLICO PROCESAL ESPAÑOL 2016/49.– TS, Sala de lo Civil, Sentencia nº 625/2015, de 26 noviembre 2015	1035
LEY APLICABLE AL DIVORCIO. LEY EXTRANJERA NO PROBADA 2016/50.– AP Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 18/2016, de 15 enero 2016	1037
MEDIDAS SOBRE LOS HIJOS Y ALIMENTOS. 2016/51.– AP Vitoria–Gasteiz, Sentencia nº 26/2016, de 1 febrero 2016	1039
PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y NO INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL 2016/52.– AP Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 117/2016, de 24 febrero 2016	1039
PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO, MEDIDAS SOBRE LOS HIJOS, ALIMENTOS, RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL 2016/53.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 170/2016, de 26 febrero 2016	1041

AUSENCIA DE PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA. APLICACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS	
2016/54.— AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 119/2016, de 1 marzo 2016	1042
INSUFICIENCIA DE PRUEBA DE LA LEY ARGENTINA APLICABLE. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA	
2016/55.— AP Palma de Mallorca, Sentencia nº 104/2016, de 14 abril 2016	1042
FILIACIÓN	
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. NACIDO SIN RELACIÓN BIOLÓGICA CON LOS PADRES DE INTENCIÓN. RETIRADA DEL MENOR DE SU ENTORNO FAMILIAR	
2016/56.— TEDH, Sección Segunda, Sentencia de 27 enero 2015	1044
Observaciones de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1046
ACCIÓN DE RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD. APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN	
2016/57.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 477/2015, de 1 julio 2015	1048
Observaciones Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1049
RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD Y DE CAMBIO DE APELLIDOS. SILENCIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL NOMBRE Y LOS APELLIDOS	
2016/58.— AP Barcelona, Sección Decimosegunda, nº 103/2016, de 16 febrero 2016	1051
INSOLVENCIA	
José David ORTEGA RUEDA	
RÉGIMEN DE LEY APLICABLE EN LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA: CONDICIONES PARA EXCEPTUAR LA <i>LEX FORI CONCURSUS</i>	1052
2016/59.— TJ, Sala Sexta, Sentencia de 15 octubre 2015	1056
NULIDAD DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CONSUMIDOR. SOMETIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE LUXEMBURGO. INEFICACIA	
2016/60.— AP Málaga, Sección Quinta, Auto nº 281/2015, de 23 octubre 2015	1057
PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS	
2016/61.— TJ, Sala Sexta, Sentencia de 10 diciembre 2015	1059
MATRIMONIO	
MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA SIN PREVIA DISOLUCIÓN DEL CONTRAÍDO EN EL EXTRANJERO	
2016/62.— AP León, Sección Tercera, Sentencia nº 480/2015, de 22 octubre 2015	1061
RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y TITULARIDAD DE BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE EL MATRIMONIO	
2016/63.— AP Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 564/2015, de 30 octubre 2015	1062
NULIDAD MATRIMONIAL. SIMULACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO	
2016/64.— AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 6/2016, de 11 enero 2016	1063
RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE ELEMENTOS RELEVANTES PARA LA APLICACIÓN DE LEY EXTRANJERA. AUSENCIA DE PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA	
2016/65.— AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 49/2016 de 5 febrero 2016	1065

Pilar DIAGO DIAGO	
LA NULIDAD MATRIMONIAL Y EL INCOMPRENDIDO ART. 107 CC	1065
2016/66. – AP Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 47/2016, de 9 marzo 2016	1069
PENSIÓN DE VIUDEDAD, MATRIMONIO POLÍGAMO Y ORDEN PÚBLICO	
2016/67. – TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 2508/2016, de 24 abril 2016	1071
MATRIMONIO CELEBRADO EN IRÁN ENTRE ESPAÑOLA E IRANÍ: PRUEBA	
2016/68. – AP Madrid, Sección Decimonovena, Sentencia nº 149/2016, de 14 abril 2016	1073
MENORES	
TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN	
2016/70. – AP Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 243/2015, de 30 abril 2015	1073
RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO.	
2016/71. – AP Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 418/2015, de 9 julio 2015	1075
SOLICITUD DE PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL PARA UN MENOR. INEXISTENCIA DE MOTIVOS PARA ADOPTAR LA MEDIDA.	
2016/72. – AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 780/2015, de 18 septiembre 2015 ..	1077
MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO	
2016/73. – TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 19 noviembre 2015	1077
Observaciones Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1078
RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR POR SU MADRE. DEVOLUCIÓN A LOS ABUELOS QUE OSTENTAN LA CUSTODIA EN VIRTUD DE SENTENCIA PORTUGUESA	
2016/74. – AP Pontevedra, Sección Tercera, Sentencia nº 318/2015, de 26 noviembre 2015	1080
ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA, CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES	
2016/75. – AP Córdoba, Sección Primera, Sentencia nº 513/2015, de 1 diciembre 2015	1082
PROCESO SOBRE DEVOLUCIÓN DE UN MENOR ILÍCITAMENTE RETENIDO Y PROCESO SOBRE EL FONDO DE LA GUARDA	
2016/76. – AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 19/2016, de 19 enero 2016	1083
Mª Victoria CUARTERO RUBIO	
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
2016/77. – Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia nº 16/2016, de 1 febrero 2016	1084
MENOR. SOLICITUD DE RESTRICCIONES A LA SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL. AUSENCIA DE RAZONES.	
2016/78. – AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 138/2016, de 17 febrero 2016	1095
SOLICITUD DE MEDIDAS SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN POLONIA. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES	
2016/79. – AP Cádiz, Sección Quinta, Sentencia nº 89/2016, de 1 marzo 2016	1095
TRASLADO ILÍCITO DE MENORES DE MARRUECOS A ESPAÑA: RETORNO	
2016/80. – AP Cuenca, Sección Primera, Sentencia nº 31/2016, de 1 marzo 2016	1097

RETENCIÓN ILÍCITA. RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD EXPRESADA DE LOS MENORES EN EL PROCESO DE RETORNO	
2016/81.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 206/2016, de 8 marzo 2016	1100
RETENCIÓN ILÍCITA. DIFERENCIA ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO Y UN PROCEDIMIENTO PENAL POR SECUESTRO	
2016/82.– AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 205/2016, de 8 marzo 2016	1102
EFFECTOS DEL DIVORCIO Y MEDIDAS SOBRE LOS MENORES. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN	
2016/83.– AP Zaragoza 2016/86.–, Sección Segunda, Sentencia nº 153/2016, de 15 marzo 2016	1104
RETENCIÓN ILÍCITA. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO Y EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL FONDO DE LA CUSTODIA	
2016/84.– AP Pontevedra, Sección Tercera, Sentencia nº 129/2016 de 4 mayo 2016	1104

PERSONA Y ESTADO CIVIL

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	
LEY APLICABLE Y AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	1106
2016/85.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 1 octubre 2015	1109
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	
TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS PERSONALES: INVALIDEZ DE LOS PRINCIPIOS DE PUERTO SEGURO	1111
2016/86.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 6 octubre 2015	1114

PROCESO

NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES: OMISIÓN DEL FORMULARIO NORMALIZADO	
2016/87.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 septiembre 2015	1116
Nota María Jesús ELVIRA BENAYAS	1118
Joaquim J. FORNER DELAYGUA	
CONCEPTO DE DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES QUE DEBEN SER OBJETO DE UNA TRANSMISIÓN FORMAL A LOS DESTINATARIOS RESIDENTES EN OTRO ESTADO MIEMBRO	1121
2016/88.– TJ, Sala Primera, Sentencia de 11 noviembre 2015	1125
TRASLADO Y TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES	
2016/89.– TJ, Sala Décima, Auto de 28 abril 2016	1126

PROCESO MONITORIO EUROPEO

Federico F. GARAU SOBRINO	
LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE EMITE UN REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO NO CONSTITUYE MOTIVO DE REVISIÓN DEL REQUERIMIENTO	1127
2016/90.– TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 22 octubre 2015	1131
Nuria MARCHAL ESCALONA	
PROCESO MONITORIO EUROPEO. CRÉDITO BASADO EN EL DERECHO A COMPENSACIÓN	1132

2016/91. – TJ, Sala Segunda, Sentencia de 10 marzo 2016	1137

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

RESOLUCIÓN PROCEDENTE DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE MARCAS 2016/92. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 julio 2015	1139
RESOLUCIÓN SOBRE EL DERECHO DE VISITA ACOMPAÑADA DE UNA MULTA COERCITIVA 2016/93. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 9 septiembre 2015	1140
RECONOCIMIENTO DE DIVORCIO PRIVADO DICTADO EN UN TERCER ESTADO Y REGLAMENTO ROMA III 2016/94. – TJ, Sala Primera, Auto de 12 mayo 2016	1043
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES 2016/95. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 25 mayo 2016	1043
DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR FALTA DE ENTREGA AL DEMANDADO DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO 2016/96. – TJ, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016	1144

RESPONSABILIDAD

ACCIDENTE AÉREO. RESPONSABILIDAD 2016/97. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 9 septiembre 2015	1146
Javier MASEDA RODRÍGUEZ	
LEY APLICABLE A LOS DAÑOS SUFRIDOS PERSONALMENTE POR UN FAMILIAR DE UNA PERSONA FALLECIDA EN ACCIDENTE DE TRÁFICO	1147
2016/98. – TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 10 diciembre 2015.....	1151
Josep Gunnar HORRACH ARMO	
RESPONSABILIDAD POR COMENTARIOS DE TERCEROS PUBLICADOS EN PÁGINAS WEB .	1152
2016/99. – TEDH, Cuarta Sección, Sentencia de 2 febrero 2016	1159
RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO EN CASO DE RETRASO EN UN TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS	
2016/100. – TJ, Sala Tercera, Sentencia de 17 febrero 2016	1157

SOCIEDADES

LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA 2016/101. – AP Madrid, Sección Undécima, nº 398/2015, de 23 diciembre 2015	1159
Rafael ARENAS GARCÍA	
TRANSFERENCIA DE LA TOTALIDAD DEL PATRIMONIO ACTIVO Y PASIVO DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA A LA SOCIEDAD ABSORBENTE	1160
2016/102. – TJ, Sala Tercera, Sentencia de 7 abril 2016. Asunto C-483/14	1163

SUCESIONES

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	
DERECHO DE SUCESIONES EN TRÁNSITO DEL SISTEMA AUTÓNOMO A LA REGLAMENTACIÓN EUROPEA	1165

LEY SUCESORIA EXTRANJERA: PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO	
2016/103. – AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, Sentencia nº 156/2015, de 22 mayo 2015	1173
SUCESIÓN INTERNACIONAL. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA	
2016/104. – AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 105/2015, de 27 mayo 2015	1175
SUCESIÓN INTERNACIONAL Y TRUST <i>INTER VIVOS</i> . DELIMITACIÓN DE PRETENSIONES	
2016/105. – AP Madrid, Sección vigesimoquinta, Sentencia nº 226/2015, de 8 junio 2015	1076
DELIMITACIÓN ENTRE LA LEY SUCESORIA Y LA <i>LEX REI SITAE</i> . CALIFICACIÓN	
2016/106. – TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 342/2015, de 23 junio 2015	1077
DECLARACIÓN DE HEREDEROS POR EL NOTARIO Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO	
2016/107. – AP Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 236/2015, de 30 junio 2105	1078
TRUST <i>INTER VIVOS</i> Y SOLICITUD DE INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO DEL TRUST EN EL CAUDAL HEREDITARIO	
2016/108. – AP Granada, Sección Tercera, Sentencia nº 158/2015, de 30 junio 2015	1079
SUCESIÓN INTERNACIONAL. CONVENIO HISPANO GRIEGO: FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	
2016/109. – AP Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia nº 131/2016, de 4 mayo 2016	1181
TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO	
Mª Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
EL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO Y LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL DEUDOR	1183
2016/110. – TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 17 diciembre 2015	1188
CERTIFICACIÓN DE TÍTULO EJECUTIVO EN CASO DE SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA	
2016/111. – TJ, Sala Segunda, Sentencia de 16 junio 2016	1190

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

Albert FONT I SEGURA

CRISIS DE PAREJA Y REGÍMENES ECONÓMICOS	1196
Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 26 enero 2015 ..	1200
AP Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 4 febrero 2015	1201
AP Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 9 abril 2015	1202
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 21 abril 2015	1202
AP Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 5 mayo 2015	1202
AP Madrid, Sección Vigesimosegunda, Sentencia de 18 mayo 2015	1202
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 mayo 2015	1203
AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 2 junio 2015	1203
AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 4 junio 2015	1204
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 26 junio 2015	1204
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 29 junio 2015	1205
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 8 julio 2015	1205
Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Comellà de Llobregat, Sentencia de 15 julio 2015	1205
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 21 julio 2015	1206

AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 27 julio 2015	1206
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 28 julio 2015	1207
AP Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia de 10 septiembre 2015	1207
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 1 octubre 2015	1208
AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia de 14 octubre 2015	1208
AP A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 26 octubre 2015	1208
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 4 noviembre 2015	1209
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 2 diciembre 2015	1209
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 diciembre 2015	1209
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 9 diciembre 2015	1210
TS, Sección Primera, Sentencia de 16 diciembre 2015	1210
Albert FONT I SEGURA	
ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y LOS DERECHOS AUTONÓMICOS	1213
AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 29 julio 2015	1215
AP A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 31 julio 2015	1216
AP Barcelona, Sección Decimoséptima, Sentencia de 7 octubre 2015	1217
AP Barcelona, Sección Decimoséptima, Sentencia de 14 octubre 2015	1217
AP Tarragona, Sección Tercera, Sentencia de 24 noviembre 2015	1218
AP Barcelona, Sección Decimoprimera, Sentencia de 3 diciembre 2015	1219
Josep M. FONTANELLAS MORELL	
REMISIÓN A UN SISTEMA NO UNIFICADO EN EL REGLAMENTO “ROMA II”: LA PLURILE- GISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA A EXAMEN	1220
AP Lleida, Sección Segunda, Sentencia de 27 noviembre 2015	1229
Albert FONT I SEGURA	
SUCESIONES	1230
AP Pontevedra, Sección Primera, Sentencia de 20 enero 2015	1232
AP Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia de 2 febrero 2015	1232
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 18 febrero 2015	1233
AP Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia de 26 febrero 2015	1233
AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 10 marzo 2015	1234
TS, Sección Primera, Sentencia de 16 marzo 2016	1234
AP Lleida, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2015	1235
TS, Sección Primera, Sentencia de 21 abril 2015	1235
AP Barcelona, Sección Decimoprimera, Sentencia de 14 mayo 2015	1236
AP Barcelona, Sección Decimoprimera, Sentencia de 15 junio 2015	1236
AP Teruel, Sección Primera, Sentencia de 1 julio 2015	1236
AP A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 31 julio 2015	1237
AP Valencia, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015	1237
AP Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 21 septiembre 2015	1238
TS, Sección Primera, Auto de 30 septiembre 2015	1239
AP Barcelona, Sección Decimoprimera, Sentencia de 30 septiembre 2015	1239
AP Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 5 octubre 2015	1240
AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 8 octubre 2015	1240
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 17 noviembre 2015	1241
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 9 diciembre 2015	1241
Rafael ARENAS GARCÍA	
DERECHO CIVIL VALENCIANO	1241

TSJ la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 19 enero 2015 ..	1244
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 23 enero 2015	1245
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 enero 2015	1245
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 6 febrero 2015	1245
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 10 febrero 2015	1246
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 27 febrero 2015	1246
AP Alicante, Sección 6ª, Sentencia de 11 marzo 2015	1246
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 20 marzo 2015	1246
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 14 abril 2015	1246
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 21 abril 2015	1246
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 24 abril 2015	1246
TC, Pleno, Sentencia 82/2016, de 28 abril 2016	1248
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 mayo 2015	1250
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 5 mayo 2015	1251
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 14 mayo 2015	1251
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 29 mayo 2015	1251
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 1 junio 2015	1251
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 2 junio 2015	1252
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 15 junio 2015	1252
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 23 junio 2015	1252
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 26 junio 2015	1253
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 29 junio 2015	1253
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 17 julio 2015	1253
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 4 septiembre 2015	1253
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 9 septiembre 2015	1254
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 16 septiembre 2015	1254
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 21 septiembre 2015	1254
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 22 septiembre 2015	1255
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 14 octubre 2015	1255
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 21 octubre 2015	1255
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 30 octubre 2015	1256
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 5 noviembre 2015	1256
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 6 noviembre 2015	1256
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 11 noviembre 2015	1256
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 11 noviembre 2015	1257
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 3 diciembre 2015	1257
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 10 diciembre 2015	1257
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 14 diciembre 2015	1258
Rafael ARENAS GARCÍA	
UNIONES EXTRAMATRIMONIALES	1258
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 22 enero 2015	1263
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 23 enero 2015	1264
TSJ las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 9 febrero 2015	1264
TSJ Navarra, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 25 febrero 2015	1265
TC, Pleno, Sentencia 110/2016, de 9 junio 2016	1265
TSJ las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 15 junio 2015	1269
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 16 junio 2015	1269
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 30 junio 2015	1270
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 15 julio 2015	1271
AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 20 julio 2015	1271

Juzgado de lo Social de Barcelona, Sentencia de 6 agosto 2015	1272
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 23 septiembre 2015	1275
Rafael ARENAS GARCÍA	
PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y DERECHO INTERTERRITORIAL	1276
TSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Sentencia de 21 abril 2015	1278
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 1 julio 2015	1279
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 23 julio 2015	1279
AP Valencia, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015	1279
AP Barcelona, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015	1280
AP Soria, Sección Primera, Sentencia de 27 noviembre 2015	1280
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 2 diciembre 2015	1281

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Recopilación de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

ADOPCIÓN

Gisela MORENO CORDERO

DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS QUE EN EL ÁMBITO ESPAÑOL DESPLIEGA UNA KAFALA MARROQUÍ	1285
2016/DGRN/1.– Resolución (4ª) de 13 marzo 2015	1289

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN: NO EXTRANJERA

2016/DGRN/2.– Resolución (1ª) de 28 mayo 2015	1291

Gisela MORENO CORDERO

INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN BÉLGICA A FAVOR DE LA CÓNYUGE DE LA MADRE BIOLÓGICA DE UN MENOR NACIDO EN FRANCIA Y GESTADO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	1292
2016/DGRN/3.– Resolución (57ª) de 12 junio 2015	1297

DERECHOS REALES

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA REALIZADA CON PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

2016/DGRN/4.– Resolución de 23 febrero 2015	1298

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE FINCA RÚSTICA POR PARTE DE EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO QUE PRECISA DE AUTORIZACIÓN MILITAR

2016/DGRN/5.– Resolución de 5 marzo 2015	1300

FILIACIÓN

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

2016/DGRN/6.– Resolución (2ª) de 4 septiembre 2015	1302
2016/DGRN/7.– Resolución (33ª) de 30 octubre 2015	1303

MATRIMONIO

NEGATIVA A INSCRIBIR UN MATRIMONIO CONSUETUDINARIO QUE SE CELEBRÓ EN GUINEA ECUATORIAL	
2016/DGRN/8.– Resolución (25ª) de 23 enero 2015	1304
ADQUISICIÓN BIENES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	
2016/DGRN/9.– Resolución de 27 abril 2015	1305
Observaciones de S.A.S.L.	1308
2016/DGRN/10.– Resolución de 28 octubre 2015	1309
Observaciones de S.A.S.L.	1310
2016/DGRN/11.– Resolución 4 diciembre 2015	1311
Observaciones de S.A.S.L.	1312
2016/DGRN/12.– Resolución 15 febrero 2016	1313
Nota de Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1315
2016/DGRN/13.– Resolución 3 mayo 2016	1316
Nota de Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1319
2016/DGRN/14.– Resolución 3 mayo 2016	1320
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS EXTRANJEROS CON OPCIÓN POLIGÁMICA	
2016/DGRN/15.– Resolución (202ª) de 28 de agosto de 2015	1322
Nota de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	1323

NACIONALIDAD

PÉRDIDA Y CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA	
2016/DGRN/16.– Resolución (23ª) de 4 septiembre 2015	1325
2016/DGRN/17.– Resolución (41ª) de 27 noviembre 2015	1326
NACIONALIDAD ESPAÑOLA <i>IURE SOLI</i> : NO CABE OPCIÓN POSTERIOR	
2016/DGRN/18.– Resolución (50ª) de 18 septiembre 2015	1328

NOMBRE Y APELLIDOS

ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS A ESPAÑOL CON DOBLE NACIONALIDAD CONTEMPLADA	
2016/DGRN/19.– Resolución (16ª) de 25 septiembre 2015	1329
APELLIDOS DE ESPAÑOLES CON OTRA NACIONALIDAD DEL EEE	
2016/DGRN/20.– Resolución (47ª) de 23 octubre 2015	1330

SOCIEDADES

INSCRIPCIÓN DE UN PODER GENERAL OTORGADO POR LA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA	
2016/DGRN/21.– Resolución de 9 julio 2015	1331
RENOVACIÓN DE UN CODIGO <i>LEGAL ENTITY IDENTIFIER</i> GENERADO A FAVOR DE UNA PERSONA JURÍDICA EXTRANJERA	
2016/DGRN/22.– Resolución de 16 julio 2015	1332

SUCESIONES

NECESIDAD DE APORTAR CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD CORRESPONDIENTE A LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE	
2016/DGRN/23. – Resolución de 1 julio 2015	1335
Observaciones de S.A.S.L.	1337
SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN PARCIAL DE HERENCIA, SUJETA AL DERECHO ALEMÁN, OTORGADA ANTE NOTARIO ESPAÑOL POR CONSIDERAR QUE FALTA UNA PRUEBA DE DICHO DERECHO	
2016/DGRN/24. – Resolución de 20 julio 2015	1338
Observaciones de S.A.S.L.	1340
SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE HERENCIA Y VENTA A UN TERCERO DE LOS BIENES HEREDITARIOS ESPAÑOL DE ORIGEN PERO FALLECIDO EN CUBA CON NACIONALIDAD CUBANA	
2016/DGRN/25. – Resolución de 23 julio 2015	1341
Observaciones de S.A.S.L.	1343
CALIFICACIÓN SUCESORIA, CONFORME AL DERECHO BELGA, DE LA ASIGNACIÓN DE LOS BIENES AL CÓNYUGE VIUDO, CONFORME A LOS PACTOS QUE RIGEN EL CONSORCIO FAMILIAR	
2016/DGRN/26. – Resolución de 29 julio 2015	1343
Observaciones de S.A.S.L.	1346
NECESIDAD DE APORTAR CERTIFICACIÓN DE REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD CORRESPONDIENTE A LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE Y VALIDEZ FORMAL DEL TESTAMENTO	
2016/DGRN/27. – Resolución de 13 octubre 2015	1347
Observaciones de S.A.S.L.	1350
NECESIDAD DE IDENTIFICACIÓN FISCAL DE LOS EXTRANJEROS EN LA ESCRITURA PÚBLICA EXTRANJERA DE ADJUDICACIÓN Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA	
2016/DGRN/28. – Resolución de 13 octubre 2015	1350
Observaciones de S.A.S.L.	1357

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Advertencia	1357

CONSEJO DE ESTADO

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA	
2016/Doc/1. – Dictamen nº 928/2015 (Justicia), de 30 septiembre 2015	1355

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015 2016/Doc/2. — Circular nº 7/2015 de 17 noviembre 2015	1355
ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES 2016/Doc/3. — Circular nº 6/2015 de 17 noviembre 2015	1355
INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EUROPEAS 2016/Doc/4. — Instrucción 1/2016, de 7 de enero de 2016	1355

MINISTERIOS

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN 2016/Doc/5. — Acuerdo Administrativo entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Reino de España y el Ministerio de Salud de la República Portuguesa en el ámbito del traslado internacional de cadáveres, hecho en Bayona el 22 de junio de 2015	1356
2016/Doc/6. — Acuerdo Internacional Administrativo entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Consell Superior de Justicia del Principado de Andorra, hecho en Madrid el 21 de julio de 2015	1356
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD 2016/Doc/7. — Orden ECC/953/2015, de 14 de mayo, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España	1356
MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 2016/Doc/8. — Orden HAP/1067/2015, de 5 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica	1356
MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL 2016/Doc/9. — Resolución de 10 de junio de 2015, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de junio de 2015, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa “Vacaciones en Paz 2015”	1357

NOTICIAS**CONGRESOS, CURSOS Y SEMINARIOS**

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS X SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID	1361

UNIÓN EUROPEA

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO	1364
SIMPLIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PRESENTACIÓN DE DETERMINADOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA	1365

BIBLIOGRAFÍA**BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA**

ACTOS Y DOCUMENTOS	1369
ADOPCIÓN	1370
ARBITRAJE Y MASC	1370
BIENES	1375
CODIFICACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL	1376
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1376
CONSUMIDORES	1379
CONTRATOS	1380
COOPERACIÓN INTERNACIONAL	1382
DERECHO APLICABLE	1382
DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	1382
DERECHO DEL TRABAJO	1383
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	1383
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1383
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	1384
DERECHO INTERTERRITORIAL	1385
DERECHO MARÍTIMO	1386
DERECHOS FUNDAMENTALES	1386
ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	1387
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	1389
FAMILIA	1391
FILIACIÓN	1391
GARANTÍAS	1392
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN	1392
INSOLVENCIA	1392
INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO	1393
INVERSIONES	1393
LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL	1394
MATRIMONIO	1395
MENORES	1395
NACIONALIDAD	1396
PERSONA Y ESTADO CIVIL	1397
PROCESO	1398
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	1398
RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS	1399
RESPONSABILIDAD	1399
SOCIEDADES	1401

SUCESIONES	1402
TÍTULOS VALORES	1405
TRANSPORTES	1405

30 AÑOS DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA: SU SIGNIFICADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Alegría BORRÁS *

I. El panorama en 1986

1. La entrada de España en la, entonces, Comunidad Europea significó para toda una generación española la superación de un examen de democracia. Sólo podíamos congratularnos de ese ingreso tan anhelado. Desde la perspectiva de un jurista, especializado en el ámbito del Derecho internacional privado, las perspectivas eran, no obstante, limitadas. Y ello no sólo era consecuencia de unas relaciones internacionales escasas, sino también consecuencia de las pocas normas entonces existentes en el Derecho internacional privado comunitario. En efecto, el Tratado de Roma de 1957 tenía como objetivo el “establecimiento de un mercado común” abierto a los nacionales de los Estados miembros y en su elaboración hubo poco interés en los temas de Derecho internacional privado. De hecho, el art. 220, la única norma que se refiere a esta materia, que establece que los Estados miembros entablarían negociaciones entre sí, en tanto fuera necesario, a fin de asegurar, entre otras cosas, “la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales” fue introducida sólo catorce días antes de la firma del Tratado de Roma¹ y los términos “en tanto fuera necesario” muestran claramente las dudas en torno a esta disposición.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Profesora emérita de la Universidad de Barcelona.

¹ Así lo dice I. Schwartz en su comentario al art. 220, en *Commentaire Mégret*, t. XV, *Dispositions générales et finales*, Bruselas, 1987, p. 346. Sobre la evolución del Derecho internacional privado en la

2. Pero como resultado de esta disposición se adoptó el instrumento que ha sido el fundamental en la materia durante muchos años, que es el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 en materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil. No es obvio recordar que la Comisión, en una nota redactada en 1959 con motivo del arranque de las negociaciones que condujeron a su adopción, subrayó que “el poder judicial, tanto en materia civil como mercantil, depende de la soberanía de los Estados miembros y estando limitados los efectos de los actos judiciales al territorio nacional, la protección jurídica y, por tanto, la seguridad jurídica en el Mercado Común son esencialmente función de la adopción entre los Estados miembros de una solución satisfactorio en lo que concierne al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”². En definitiva, se trata de un Convenio internacional, con las características de tal, del que deben ser parte todos los Estados Miembros.

II. La etapa “intergubernamental”

3. Todo lo anterior resulta particularmente relevante para comprender la situación de España en materia de Derecho internacional privado en el momento de su ingreso en la Comunidad Europea. La adhesión de España y Portugal exigió ciertas modificaciones al Convenio de Bruselas, al igual que las había sufrido en las dos ampliaciones anteriores, con el agravante en esta ocasión de que se negoció paralelamente al Convenio de Lugano o “Convenio paralelo” para Estados europeos no miembros de la Comunidad³. Es así como, finalmente, se llega a la firma del Convenio de adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas, mediante el Convenio de San Sebastián, el 26 mayo 1989⁴. Aunque su entrada en vigor se demoró un tanto debido a la tardanza en las ratificaciones, debe valorarse positivamente que su texto ejerciera una influencia directa en los arts. 21 y 22 LOPJ/1985⁵. No se oculta, no obstante, que la aceptación y correcta aplica-

Unión Europea en general, A. Borrás, “Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 315 ss.

² Nota de 22 de octubre e 1959, citada en el Informe Jenard relativo al Convenio de 1968, JO C de 5.3.1979, p. 3.

³ No corresponde examinar esta cuestión. Al respecto, A. Borrás, “Competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 al Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988”, *Noticias CEE*, nº 50, 1989, pp. 93 ss.

⁴ BOE 28.1.1991 y corrección de errores BOE 30.4.1991.

⁵ BOE de 2 julio 1985.

ción de un texto de esta naturaleza por los operadores jurídicos no fue fácil⁶, no sólo por la novedad que la introducción de las reglas del Convenio implicaba, sino también por un elemento que aún hoy tiene dificultades para algunos abogados y jueces, que es la unificación de la interpretación del Convenio a través del recurso prejudicial, que se había extendido al Convenio de Bruselas a través del Protocolo de 3 junio 1971⁷.

4. Una mención especial en este periodo merece el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁸ que, a pesar de haber sido sustituido por el Reglamento Roma I a que después se hará referencia, se aplicará todavía durante tiempo teniendo en cuenta la pervivencia de contratos sometidos a él. Merece destacarse que este Convenio no se encuentra directamente basado en el art. 220 TCE, sino que, como se dice en su preámbulo, los Estados miembros se manifiestan preocupados “por proseguir, en el ámbito del Derecho internacional privado, la obra de unificación ya emprendida en la Comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales”. No es difícil comprender la preocupación, teniendo en cuenta, en particular, los riesgos de *forum shopping* derivados del Convenio de Bruselas en materia contractual⁹. Desde una perspectiva española, puede añadirse que España no adaptó el art. 10.5º Cc, teniendo en cuenta el carácter *erga omnes* de sus disposiciones¹⁰, una tarea que aún hoy queda pendiente para esta norma y para algunas de las demás disposiciones afectadas por normas de esta naturaleza previstas en Reglamentos o Convenios.

5. Una nueva etapa se abre con el Tratado de Maastricht, de 7 febrero 1992, que demuestra un mayor interés hacia el Derecho internacional privado, que se corresponde con la evolución y ampliación de los objetivos de la Comunidad. En este Tratado, se introduce el denominado “tercer pilar”, estableciendo el art. K.1 la necesidad de desarrollar la cooperación en el ámbito de la Justicia, sin perjuicio del mantenimiento del antes citado art. 220. Así como se adoptan tres conve-

⁶ Puede recordarse, en particular, la publicación por el Consejo General del Poder Judicial de los cursos impartidos en diferentes lugares de España, *Iniciación al Derecho comunitario europeo*, Madrid 1984 y *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1989. En relación a las dificultades, A. Borrás, “Les divers problèmes posés par l’application de la Convention de Bruxelles en Espagne”, *L’observateur de Bruxelles*, 1998, 1998, pp. 32 ss.

⁷ Publicado en JO L 204 de 2.8.1975.

⁸ En España”, publicado en el BOE 19.7.1993 y corrección de errores en BOE 9.8. de 1993.

⁹ Al respecto, S. Bariatti, “*Forum shopping*, abus de droit et droit international privé européen : quelques réflexions”, *De Bruselas a La Haya. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 161 ss.

¹⁰ Su art. 2 dispone que “la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”.

nios: el Convenio de 26 mayo 1997 sobre notificaciones de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, el Convenio de 28 mayo 1998 sobre litigios matrimoniales y protección de los hijos con motivo de tales litigios (el denominado “Bruselas II”) y el Convenio de 23 noviembre 1995 sobre procedimientos de insolvencia. Pero ninguno de ellos llegó a entrar en vigor, pues el 1º mayo 1999 entró en vigor el Tratado de Amsterdam, que significó la “comunitarización” del Derecho internacional privado. Desde una perspectiva española, merece destacarse el hecho de que la autora de esta contribución fuera la relatora del Convenio Bruselas II y Miguel Virgós fuera co-relator del Convenio en materia de insolvencia¹¹.

III. La etapa de la “europeización” del Derecho internacional privado

6. Una nueva etapa se inicia con el Tratado de Ámsterdam, que ha sido incluso calificado como verdadera “revolución copernicana en la historia de la integración europea”¹². El art. 65 limita de forma sustancial las posibilidades del legislador interno en materia de Derecho internacional privado, tanto en la elaboración de normas autónomas como en la conclusión de Convenios internacionales con terceros Estados. En definitiva, se está poniendo el acento en la unificación del Derecho internacional privado, más fácil de alcanzar que la unificación del Derecho sustantivo. Habiéndose adoptado en esta etapa diversos instrumentos, el cuadro sistemático cambió, no obstante, en el Tratado de Lisboa¹³. En efecto, la cooperación en materia civil, integrada en el espacio de libertad, seguridad y justicia, aparece en el ap. 2 del art. 3 del TUE. Ello significa que, inmediatamente después del ap. 1, que establece la finalidad de promover la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos de la Unión, aparece este espacio de libertad, seguridad y justicia, que precede al mercado interior, que aparece en el ap. 3, con lo que se subraya la autonomía creciente de esta dimensión judicial, separándola de la dimensión económica. Lo que antes fuera art. 65 se convierte ahora, con ciertos cambios, en el art. 81 TFUE.

¹¹ “Informe Borrás” publicado en DO C 221 de 16.7.1998, frecuentemente utilizado por el Tribunal de Justicia y sus Abogados Generales en casos en que actualmente resulta útil en relación a los Reglamentos que han sucedido al Convenio. Al respecto, por ej., las conclusiones del Abogado General Sr. Wathelet, de 26 mayo 2016, en el asunto C-294/15 (*Mikolajczyk*). El Informe Virgós-Schmidt no llegó a publicarse en el DO.

¹² F. Dehousse, “Les résultats de la Conférence intergouvernementale”, *Courrier hebdomadaire*, 1997, nº 1565-1566. Sobre las consecuencias del Tratado de Ámsterdam, A. Borrás, “Tratado de Amsterdam y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1999, 2, pp. 383 ss.

¹³ A. Borrás, “La cooperación judicial en materia civil”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (J. Martín y Pérez de Nanclares, coordinador), Madrid, 2008, pp. 437 ss.

7. Para la valoración de la posición española actual es preciso recordar el principio de unidad y uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, al que se acude con carácter general y, en particular, en relación a la cooperación judicial en materia civil. No obstante, este principio quiebra, esencialmente, de dos formas, en los propios Tratados y en la introducción del procedimiento de cooperación reforzada. En lo que se refiere a los propios Tratados, con la particular posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En lo que se refiere al procedimiento de cooperación reforzada, fue utilizado por primera vez para la adopción del Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (el denominado “Reglamento Roma III”)¹⁴, después de haberse constatado que “existían dificultades insuperables que hacían imposible en ese momento y en el futuro próximo toda unanimidad”¹⁵, requerida por tratarse de un tema relativo al Derecho de familia.

8. Un último aspecto que se desea subrayar se refiere a la proyección exterior de la comunitarización o europeización del Derecho internacional privado¹⁶, que implica que una vez que la Unión ha ejercido una competencia *ad intra*, adquiere también la competencia *ad extra*, algo no bien recibido por la gran mayoría de los Estados miembros y que dio lugar al contundente Dictamen C-1/03, emitido el 7 febrero 2006, en relación a la conclusión del Convenio de Lugano revisado, diciendo simplemente que “corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la CE”¹⁷. Del mismo modo, más recientemente el propio Tribunal ha debido

¹⁴ DO L 343 de 29.12.2010.

¹⁵ Así lo expresa el Consejo al adoptar la Decisión 2010/405/UE por la que autoriza la cooperación reforzada entre determinados Estados miembros que dio lugar al Reglamento (DO L 189 de 22.7.2010).

¹⁶ Entre la abundante bibliografía sobre este tema, B. Audit y G.A. Bermann, “The Application of Private International Norms to ‘Third Countries’: The Jurisdiction and Judgments Example”, *International Civil Litigation in Europe and Relations with third States*, Bruselas, A. Nuyts & N. Watté, 2005, pp. 55–82; A. Borrás, “The Frontiers and the Institutional Constitutional Question”, *Ibid.*, pp. 27–54; *id.*, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario* (P. Picone, ed.), Pádua, 2004, pp. 449–483; *id.*, “Le droit international privé communautaire...”, *loc. cit.*; M. Wilderspin y A.M. Rouchaud-Joët, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, n. 1, pp. 1–48; M. Pauknerova, “EU Regulations and International Conventions – Shifts in Time”, *De Bruselas a La Haya...*, *op. cit.*, pp. 685 ss.

¹⁷ Sobre este importante Dictamen, A. Borrás, “Competence of the Community to Conclude the Revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37–52 y también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3 pp. 879 ss y en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 10, mayo 2006, Revista electrónica que se encuentra en <http://www.iustel.com/revistas/>.

manifestarse en su dictamen 1/13, emitido el 14 octubre 2014 sobre la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, un tema quizás aún más sensible, y lo ha hecho de forma igualmente contundente, reafirmando la competencia exclusiva de la Unión¹⁸, algo que está causando dificultades prácticas a la hora de apreciar la mayor o menor urgencia de aceptar una determinada adhesión¹⁹.

IV. Consideraciones finales

9. Si consideramos todos los anteriores elementos en relación a España, cabría apreciar una actitud que me atrevería a calificar de “normal” en lo que se refiere a la participación en la cooperación judicial en materia civil. En primer lugar, no somos como Dinamarca, Irlanda o Reino Unido, que tienen su régimen especial ya en los Tratados. En segundo lugar, hemos participado en la cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio. En tercer lugar, hemos debido aceptar los dictámenes del Tribunal de Justicia sobre la proyección exterior de la europeización del Derecho internacional privado, algo particularmente duro en el tema de la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, en que España venía siendo particularmente rápida.

Si algún elemento negativo debe también subrayarse, ello afectaría tanto al legislador interno como a los jueces. En lo que se refiere al legislador, en determinadas ocasiones debe adoptar normas internas porque así lo exige la aplicación de una norma contenida en un Reglamento²⁰, pero en muchos casos no sólo no es necesaria normativa interna, sino que el hecho de dictarla induce a confusión, como lo demuestra gran parte de la normativa en materia de Derecho internacional privado dictada en julio de 2015²¹. En lo que se refiere a los Tribunales, se producen, como en otros países de la Unión, tensiones entre el

¹⁸ De forma más amplia sobre este dictamen y con mayor referencia bibliográfica, A. Borrás, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 42 ss.

¹⁹ Piénsese que, por el momento, sólo se han adoptado decisiones autorizando la aceptación de la adhesión al Convenio de Andorra, Singapur, Rusia, Albania, Marruecos y Armenia.

²⁰ *V.gr.*, las disposiciones finales 21 a 24 LEC/2000, que introduce medidas para facilitar la aplicación de los Reglamentos 805/2004, 2201/2003, 1896/2006 y 861/2007, respectivamente.

²¹ Fruto del “furor legislativo veraniego” que demuestra “la irreflexión jurídica, la incompetencia legislativa y la frivolidad política”, en palabras de J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, 2016, p.25.

Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²². Pero merece señalarse que, en numerosas ocasiones, el juez interno no aplica correctamente la normativa comunitaria o los mecanismos previstos en la Unión Europea²³.

En fin, una situación lógicamente mejorable, pero que ampliamente supera la existente en 1986 en el ámbito del Derecho internacional privado en España y, en gran parte, debida a la integración comunitaria, sin perjuicio de otros desarrollos internacionales y, en particular, de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

²² Como lo muestra la STC 26/2014, de 13 febrero 2014 en el recurso de amparo 6922/2008 y los interesantes argumentos que se encuentran en el voto particular concurrente de E. Roca, en relación a la STJ 26 febrero 2013, as. C-399/11, *Melloni* (*Revista Jurídica de Catalunya*, 2013.3. pp. 836 ss).

²³ Muy comentadas en este sentido las Sentencias del Tribunal de Justicia en las dos sentencias en el asunto *Purrucker* (Sentencia de 15 julio 2010, Asunto C-256/09, y Sentencia de 9 noviembre 2010, asunto C-296/10, ambas en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, 1 y 2, pp. 288 ss y 565 ss) y *Aguirre Zárraga*, Sentencia de 22 diciembre 2010, asunto C-491/10 PPU, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011.2, pp. 567 ss. Y por no mencionar casos extremos, como el del ATS10 junio 2015.

ESPAÑA Y EUROPA, TREINTA AÑOS PARA UNA NUEVA MENTALIDAD JURÍDICA

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

Para evaluar el impacto jurídico de la entrada de España en la Unión Europea hace ahora treinta años, resulta imprescindible un juicio que no olvide el análisis paralelo de su impacto económico y político.

España, junto a Portugal, accede a la Unión Europea en un momento de dulce tránsito en el proceso de integración. Los años ochenta fraguaron el paso de un Mercado Común a un Mercado Único. El Acta Única Europea de 1986, y luego del Tratado de Maastricht en 1992, supusieron un tránsito de las Comunidades Europeas a la Unión Europea, que no era puramente nominal. En términos económicos, dicho tránsito suponía escalar un peldaño fundamental de la integración, desde la Unión Aduanera, o la Europa de las libertades de circulación, hacia un Mercado Único sustentado en la Europa de las políticas. Dicho tránsito no fue fruto de un mero acto de voluntad política. Fue, también, el resultado de una evolución jurídica palpable en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Concluidos los períodos transitorios en el establecimiento de las libertades de circulación de mercancías, personas y servicios, el Tribunal de Justicia propició un cambio radical en la comprensión de las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el Derecho europeo en materia de libertades de circulación, tanto originario como derivado. En la lógica de un Mercado Común, las normas nacionales quedaban restringidas por un mero principio de no discriminación. Consolidadas dichas libertades, el Tribunal de Luxemburgo configuró un nuevo marco de relaciones, más estricto, donde el concepto de restricción o contrariedad de la norma nacional con el Derecho comunitario iba más allá del principio

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

de no discriminación, a través de la denominada “regla de reconocimiento”, que exigía un test más severo acerca de los intereses públicos que sustentaban la restricción nacional de las libertades, su adecuación, eficacia y proporcionalidad. Esta evolución jurisprudencial, visible ya en los años setenta, fue el motor de la evolución legislativa y económica reconocida, más que creada, en el Tratado de Maastricht. Con ello, como decíamos, se consolidaba la integración económica sobre una base que multiplicaba las posibilidades legales de las instituciones europeas para proceder a una armonización jurídica y económica, sobre la base del desarrollo directo de las políticas y alimentada asimismo por la liberación mundial de la libre circulación de capitales.

Integración económica e integración jurídica fueron, pues, de la mano. La integración política, sin embargo, no avanzó en términos similares. Como la historia demuestra, la integración política también precisa, más allá de la voluntad, una fuerte dosis de integración económica y jurídica. La dificultad para avanzar en esta dirección pronto se vio evidenciada por la dificultad de implementar una auténtica política exterior común, que a la postre ha supuesto una debilidad estratégica de la Unión en el ámbito de los conflictos internacionales. Un segundo escollo, presente en cada reforma de los Tratados, desde Maastricht a Ámsterdam, de Niza a Lisboa, radicaba en la lejanía de las instituciones europeas respecto de la ciudadanía y en el déficit democrático en los procesos de adopción de decisiones. Poco a poco, el Parlamento Europeo ha obtenido un papel más predominante en los mecanismos de adopción de decisiones, si bien el peso de la Comisión no oculta la idea de que las decisiones se adoptan esencialmente en sedes gubernativas controladas por los Estados dominantes y, en muchos casos, por el eje franco-alemán, o mejor, germano-francés.

La Unión Europea no se ha dejado nunca arredrar por las dificultades socio-políticas en el avance de la integración política. La prudencia no ha sido la seña de identidad de las instituciones europeas, acostumbradas a poner a menudo el carro ante los bueyes para forzar las zancadas de la integración política hasta sufrir inevitables traspies. Para muchos observadores el primer error de cálculo consistió, tal vez, en la extensa ampliación de la Unión Europea de 15 a 25 miembros en 2004, incorporando a muchos países del Este. En dicha ampliación los objetivos políticos primaron sobre los objetivos económicos. El funcionamiento de la UE no volvería a ser el mismo, y algunos de los retos que dicha ampliación planteó hoy no se han visto resueltos: de un lado, países como Polonia o Hungría suscitan dudas desde el punto de vista del ideario político y la lealtad a los valores de la Unión. De otro, los flujos migratorios desde países como Rumania, una vez expirados los severos plazos transitorios, han hecho tambalearse los pilares de las viejas libertades de circulación o han contribuido a aumentar el euroescepticismo.

La velocidad del proceso de integración en un marco cada vez más heterogéneo de Estados ha requerido compartimentar la propia Unión Europea en subespacios: la Europa de Shengen, la Europa del Euro, la Europa de la cooperación reforzada... Igualmente, la necesidad imparable de avanzar y, al mismo tiempo, de respetar las reclamaciones políticas de unos y otros, ha implicado la desnaturalización del proyecto del Mercado Único, convertido en un mercado a distintas velocidades. La cooperación judicial en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia se acomodaba a este modelo, a través de privilegios protocolarios para países como el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. La armonización jurídica a través de directivas deformaba la presunta uniformidad legislativa, permitiendo numerosas directivas de mínimos, cuyos objetivos podrían ser superados por las legislaciones nacionales al albur de las preferencias políticas o las posibilidades económicas en cada Estado. Las expectativas generadas en los noventa a favor de una Unión Europea consolidada en un Mercado Único y con un mayor protagonismo en la unificación jurídica poco a poco se veían traicionadas por una Europa amorfa y desgajada, cada vez más compleja. El tamaño del cuerpo aumentaba, pero las formas cada vez resultaban más irreconocibles.

El resultado de este proceso fue el fiasco del proyecto de Constitución Europea de 2005, arrojado a la basura por los propios ciudadanos a través de los resultados del referéndum en Francia y en los Países Bajos. Por aquel año, los ciudadanos españoles aún acreditaban el talante europeísta de siempre, y votaron a favor de dicha Constitución. Desde un punto de vista jurídico, la Constitución Europea tenía un valor esencialmente emotivo. En términos técnicos, se trataba de una simple modificación de los Tratados, que añadía un Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, finalmente, pasaron en buena parte en 2007 al Tratado de Lisboa. Pero la crisis institucional no se detuvo en el modesto alcance jurídico de la llamada “Constitución para Europa”, pues lo verdaderamente relevante consistía en el freno al proceso de integración política europea.

Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales no aporta en realidad un acervo suficiente para configurar un patriotismo constitucional europeo, en el sentido “habermasiano” del término. Una vez más, las instituciones europeas confunden un alto grado de integración económica con una paralela intensificación de la realidad política y cultural. Cabría decir que los errores en el proceso de integración europeo han partido casi siempre de este fatal diagnóstico. El ámbito de los Derechos fundamentales, aparentemente simbólico en la definición de la identidad europea, tampoco escapa al peso de la diversidad. El propio Tribunal de Justicia lo puso de relieve en el 2004, al hilo del caso *Omega*. La Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, integrados en el acervo europeo, garantizan una

homogeneidad en el tratamiento de los derechos fundamentales, que ha sido esencial en múltiples ámbitos, singularmente del Derecho procesal y del Derecho de familia. Sin embargo, en los ámbitos no cubiertos por el Tratado, la pretensión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de reconducir los derechos fundamentales a una presunta tradición común podía resultar vana respecto a derechos tan básicos como la dignidad de la persona. Así lo puso de relieve el caso *Omega*, y el propio Tribunal de Luxemburgo al recurrir al eufemismo de la diversidad de “modalidades de ejecución” para poner de relieve que no todos los Estados miembros tienen por qué compartir una única interpretación sobre el alcance de un derecho fundamental, y que si “jugar a matar” es contrario a la dignidad de la persona en Alemania, por razones obvias, quizás no lo sea en el Reino Unido, menos proclive históricamente a holocaustos.

Aunque mediáticamente el fiasco de la Constitución Europea justificaba la crisis institucional, en términos políticos el fracaso de la unificación del Derecho privado europeo acaso presente mayor envergadura. La Europa de las políticas ha permitido un desarrollo notable en determinados ámbitos del Derecho privado. El Derecho internacional privado prácticamente ha pasado a ser competencia exclusiva de la Unión Europea. El desarrollo de la política de consumo, originalmente vinculada a la libre circulación de mercancías, ha conllevado una armonización muy relevante de las normas reguladoras de los contratos de consumo y de la responsabilidad del fabricante por sus productos. El desarrollo de las directivas en materia de consumo ha propiciado, además, algunas de las sentencias más señeras del Tribunal de Justicia acerca de la transposición de directivas, sus efectos verticales, el principio de interpretación conforme a las directivas del Derecho nacional o la responsabilidad del Estado en caso de no transposición o transposición defectuosa de las directivas. Sin embargo, el “puntillismo” de las normas europeas con repercusión en el Derecho privado pronto sirvió de excusa a las instituciones europeas para tratar una vez más de poner el carro ante los bueyes, proclamando la necesidad de contar con un sistema europeo de Derecho privado.

La idea del Código civil europeo empezó a barajarse ya en los años ochenta, mientras la denominada Comisión Lando iniciaba las arduas tareas que alumbraron, a finales de los noventa, una versión ya completa de los Principios de Derecho Contractual Europeo. El modelo supo a poco, sobre todo al *lobby* alemán, que pensaba en un proyecto más ambicioso, y no en un mero conjunto de normas opcionales más o menos inspiradas por los Principios de Derecho Contractual Europeo. El eufemismo para alcanzar la redacción del ansiado Código civil comenzó a aparecer con el nuevo siglo en las Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo como “*Common Frame of Reference*”. El Marco Común de Referencia debía servir, como su propio nombre indica, para

dotar de coherencia al creciente Derecho derivado en materia de Derecho privado, de forma que hubiera coherencia y congruencia del léxico jurídico y, sobre todo, de los principios jurídicos generales, informadores del *acquis* comunitario. Los *Acquis Principles* fueron el subproducto que sirvió a esta finalidad. Pero el verdadero producto fue un embrión de Código Civil en toda regla, conocido como *Draft Common Frame of Reference*, que abarcaba todo el Derecho patrimonial desde una concepción claramente continental, o más propiamente germánica, que solo sirvió para alejar definitivamente al mundo anglosajón de las veleidades quiméricas del *lobby* alemán. El ambicioso proyecto del Marco Común de Referencia apenas quedó reducido a un Proyecto de Reglamento sobre la compraventa europea de 2011, limitado a transacciones transfronterizas, que muy pronto cayó abatido por el peso de las críticas venidas de todos los frentes.

El estrepitoso fracaso del costoso y largo proceso para alcanzar un Derecho privado europeo es muy revelador de los errores de conjugación de las vertientes jurídica, económica, política y cultural en el seno de la Unión Europea. La idea de un Código civil europeo obviamente recordaba la polémica codificadora del siglo XIX. No en vano a partidarios y detractores de semejante idea se les comenzó a denominar “thibautianos” y “savignyanos”. La historia demuestra que la idea de un Código civil responde siempre a un interés político unificador, como bien supo Napoleón. Pero el mero hecho de creer en la factibilidad de ese proyecto implicaba una ignorancia supina de la diversidad cultural europea y, lo que es más relevante, de la conveniencia de que las aproximaciones culturales se procuren de forma blanda y progresiva.

Solo faltaba la crisis económica, con su secuela en forma de crisis del euro, para que las suspicacias y las diversidades culturales se acentuaran en contra del proyecto europeo. La crisis económica vino a poner de manifiesto los riesgos que implicaba que el carro estuviera delante de los bueyes. Se había permitido una moneda única sobre unas condiciones de acceso poco rigurosas, que permitieron a un país como Grecia falsear sus cifras macroeconómicas y alimentar así su suicidio. La política monetaria conllevaba unas limitaciones evidentes de competencias soberanas, que pasaron a un Banco Central Europeo que, sin embargo, tampoco tenía las competencias específicas de un Banco Central. La globalización de la moneda no venía acompañada de una globalización de la política fiscal ni tampoco de la política bancaria y, lo que es peor, englobaba a economías nacionales con intereses diversos, problemas estructurales diferentes y poblaciones con necesidades dispares. Las consecuencias son bien conocidas, al menos en lo económico. Ignoramos aún, cuáles pueden ser las consecuencias para el proyecto político europeo. Por el momento, hemos asistido a la suspensión del sistema Schengen, esperamos cuando escribimos estas líneas al referéndum inglés sobre el Brexit, atestiguamos el auge de partidos xenófobos y a un

incremento notable, más allá del escepticismo, de la euro–animadversión. Seguramente nadie habría podido prever un escenario semejante hace solo diez años.

España ha sido, durante buena parte de estos treinta años, un país comprometido con la idea europea y una sociedad claramente partidaria del proceso de integración. Ciertamente, el desarrollo socio–económico de España desde la adhesión a la Unión Europea no puede ser objetado por nadie en su sano juicio. Desde el punto de vista jurídico, la incidencia del Derecho europeo es algo asumido e impregna de forma natural tanto la práctica jurídica como la enseñanza del Derecho. En muchos ámbitos ha supuesto una mejora de la calidad de las normas, aunque ha introducido indudablemente elementos de complejidad y dificultades de adaptación.

La primacía del Derecho europeo no ha planteado singulares problemas en España. Aunque el Tribunal Constitucional se ha alineado con la doctrina constitucional de otros Estados, como Italia, Alemania o Dinamarca, no reconociendo en realidad el carácter supraconstitucional del Derecho europeo (Declaración TC 1/2004, RJ 2004/256), ha afirmado en todo caso su compatibilidad con la soberanía estatal, nuestras estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores y derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución. El Tribunal Supremo, por su parte, estableció en su sentencias de 19 enero 2004 (RJ 2004/1077) y de 24 mayo 2005 (RJ 2005/5408) un sistema diferenciado en el tratamiento de las acciones por responsabilidad del Estado por infracciones del Derecho constitucional o del Derecho europeo, aplicando el principio de agotamiento de recursos solo para el segundo, interpretación que el Tribunal de Luxemburgo juzgó contraria al principio de equivalencia en la sentencia *Transportes Urbanos* en 2010.

Al margen de estas cuestiones puntuales, la integración del Derecho europeo en el sistema español se ha efectuado con normalidad, si bien con las particularidades derivadas del carácter plurilegislativo del sistema español. En efecto, las amplias competencias legislativas de las Comunidades Autónomas las habilita para la transposición y ejecución de buena parte del Derecho europeo, aunque la responsabilidad por la defectuosa transposición y aplicación del Derecho europeo recae exclusivamente en el Estado. Esta singularidad ha planteado constantes dudas sobre la eficacia del Derecho derivado en caso de inacción de las Comunidades Autónomas (Informe del Consejo de Estado de 14 febrero 2008) y sobre el propio papel subsidiario del Derecho común en materias de Derecho privado. De hecho, la pluralidad legislativa española en materia de Derecho privado, únicamente equiparable en el Reino Unido, siempre ha hecho dudar sobre la pertinencia de un Código civil europeo en un país en que el Derecho civil tiende a diversificarse territorialmente (lo que algún autor ha calificado como “el suplicio de Tántalo”).

El grado de compromiso jurídico del legislador y de los tribunales españoles con el Derecho europeo se ha situado en estos años en un discreto término medio. No se ha caracterizado España por ser un país aplicado a la hora de transponer el Derecho derivado, ni tampoco los tribunales por plantear un número de cuestiones prejudiciales significativo. Pero tampoco España ha sido la última de la clase. En contraste, el impacto académico del Derecho europeo ha sido notable, y así se ha traducido en planes de estudios, cátedras Jean Monnet, y proliferación de publicaciones periódicas de prestigio. Hoy en día resulta muy difícil concebir el retorno a un sistema jurídico en que el elemento integrador y europeo no esté presente, aportando normas, conceptos, principios y criterios interpretativos, proporcionando, en suma, una nueva mentalidad jurídica que es ya consustancial a muchas generaciones de juristas. El futuro no está escrito, pero cualquiera que sea resulta difícilmente concebible sin la impronta de un sistema jurídico que trasciende las fronteras del Estado y, en consecuencia, las grandes teorías del Derecho que, como el positivismo, son tributarias de una Era Moderna ya periclitada. Si las circunstancias históricas, políticas y económicas pueden conllevar algunas involuciones, la mentalidad jurídica que ha ido esculpiendo el Derecho europeo como manifestación más profunda de la integración supranacional no será ya prescindible, seguramente por fortuna.

ESTUDIOS

Recepción: 2.6.2016
Aceptación: 15.6.2016

COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA*

Jürgen BASEDOW**

SUMARIO: I. Coherencia. II. *Acquis* del Derecho internacional privado: ¿Reforma mediante codificación? 1. Panorámica del *acquis*. 2. Coherencia, codificación, parte general. A) Coherencia; B) Codificación; C) Parte general; D) Marco institucional. III. Incoherencias entre las normas paralelas de Derecho aplicable en varios instrumentos europeos. 1. Desviación en la regulación sobre temas similares—Aspectos relacionados con la ley aplicable: A) Elección tácita de la ley aplicable; B) Momento de elección de la ley aplicable; C) Ley aplicable y validez formal. 2. Divergencias arraigadas en los Derechos nacionales. IV. Coherencia entre las normas de competencia judicial y las normas de ley aplicable. 1. Convergencia de las normas de competencia judicial y ley aplicable. 2. Lagunas en la convergencia. A) Acciones directas contra aseguradores; B) Divorcio bajo una ley extranjera. V. Coherencia entre el régimen de Derecho internacional privado de la UE y el marco legal que promueve la integración europea. 1. El Derecho internacional privado como un catalizador de la integración. 2. El Derecho Internacional Privado de la UE y los principios sustantivos de Derecho originario. 3. Normas contradictorias de Derecho derivado. VI. Conclusión.

RESUMEN: La búsqueda de la coherencia en el Derecho internacional privado europeo es de importancia apremiante. Sin embargo, el artículo señala que el tiempo para una amplia codificación del derecho internacional privado europeo todavía no está maduro. A aquellos que abogan por una mayor claridad se les aconsejaría seguir el modelo de una “progresiva (o extensa) codificación” que inicialmente sólo agregue los textos existentes, por ejemplo, los Reglamentos Roma I, Roma II y Bruselas I. El es-

* Este artículo se presentó en el X Seminario de derecho internacional privado organizado en la Universidad Complutense de Madrid el 15 mayo 2016. Ha sido adaptado de una contribución a la conferencia desarrollada en la Universidad de Friburgo en Breisgau los días 10 y 11 octubre 2014, *vid.* J. Basedow, “Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union – Eine einleitende Orientierung”, en J. von Hein y G. Rühl, eds., *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tubinga, 2016, pp. 3–23. Traducción del inglés de Briseida Sofía Jiménez Gómez, investigadora Universidad Complutense de Madrid.

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), Director del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Profesor en la Universidad de Hamburgo; *Membre associé, Institut de droit international*.

fuerzo, además, necesita ser conceptualizado como una forma de legislación abierta, capaz de absorber más tarde elementos adicionales tales como normas generales, un Reglamento revisado Roma III o normas con respecto a las obligaciones de alimentos.

PALABRAS CLAVE: UNIÓN EUROPEA – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CODIFICACIÓN – COMPETENCIA JUDICIAL – LEY APLICABLE

ABSTRACT: *Consistency in EU Conflict of Laws*

The pursuit of consistency in European conflict of laws is of pressing importance. However, the article points out that the time for a comprehensive codification of European private international law is not yet ripe. Those striving for clarity would be advised to pursue the model of a “creeping (or expanding) codification” that initially only aggregates existing texts, e.g. the Rome I, Rome II and Brussels I Regulations. The effort, moreover, needs to be conceptualized as a form of open legislation, one capable of later absorbing additional elements such as general rules, a revised Rome III Regulation or rules in regard to maintenance.

KEY WORDS: EUROPEAN UNION – CONFLICT OF LAWS – CODIFICATION – INTERNATIONAL JURISDICTION – CHOICE OF LAW

I. Coherencia

En la primavera de 2014 la Comisión Europea señaló en una Comunicación referida a la agenda de justicia de la UE para los años de 2015 a 2020:

“La codificación de la legislación y las prácticas vigentes puede facilitar el conocimiento, la comprensión y el uso de la legislación, mejorar la confianza mutua, así como la coherencia y la seguridad jurídica, y contribuir a la simplificación y la eliminación de la burocracia. ... La UE debe estudiar la conveniencia de codificar los instrumentos vigentes, sobre todo en el ámbito del conflicto de leyes”¹.

Así se anunciaba el tema rector de la futura política legislativa de la UE en el área del Derecho internacional privado. Comparando con años anteriores, la Comunicación sorprende con un tono diferente. Ya no encontramos en el primer plano un deseo de ampliar las normas de conflicto del *acquis communautaire* a través de instrumentos individuales adicionales, como con respecto al derecho internacional de propiedad, el derecho internacional de sociedades o el Derecho internacional de familia. Del mismo modo está ausente de la discusión una necesidad articulada para llenar los vacíos en los instrumentos existentes, con los

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, la agenda de justicia de la UE para 2020 – Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión, Estrasburgo, 11.3.2014, COM (2014) 144 final, p. 8; aunque las conclusiones del Consejo en este punto son menos explícitas, también identifican el objetivo de consolidar los instrumentos existentes, *vid.* Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de 26 y 27 junio 2014 en lo relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia y algunas cuestiones horizontales conexas, DO 2014/C 240/05 n° 3.

esfuerzos de abordar, por ejemplo, la legislación aplicable a la responsabilidad extracontractual para la protección de los derechos de la personalidad o la ley de los acuerdos de arbitraje. En cambio, el objetivo declarado es el logro de una mayor coherencia en la legislación vigente, potencialmente por medio de la codificación². Con este desarrollo, queda establecido el tema para mis comentarios siguientes.

La coherencia, como un rasgo de un sistema jurídico, representa una meta no sólo en términos de política legislativa, sino también en la aplicación de la ley, por lo que es un objetivo relativo a la sistemática jurídica (o *Rechtsdogmatik* como se conoce en algunos Estados miembros). Además, declarado bien en la jurisprudencia bien en la legislación, las normas jurídicas generalmente surgen de forma independiente entre sí, tanto cronológicamente como en relación con el contenido. En consecuencia, tienden a ser productos del problema inmediato de que se ocupan, reflejo de las posibilidades en evolución para la resolución de problemas. Como resultado, la propia naturaleza de las normas jurídicas es estar descoordinadas.

A su vez, se convierte en la tarea de los juristas y de los proyectos de codificación permitir que estas reglas adopten (nuevamente) una apariencia de coherencia, como elementos no contradictorios de un todo ordenado³. Esto es cierto para todos los sistemas jurídicos, los regímenes de derecho civil continental, así como los de *common law*. Y mientras que al hablar de *common law*, Oliver Wendell Holmes pudo escribir “[t]he life of the law has not been logic: It has been experience [...]”⁴, no llegó tan lejos como para negar el objetivo de la coherencia. De hecho, el principio jurídico de precedente vinculante expresa claramente el objetivo de coherencia en los países de *common law*. Observamos simplemente un acento diferente: en las jurisdicciones de *common law* la regla del precedente se refiere principalmente a la coherencia vertical en un sentido histórico, mientras que la Comisión Europea, en su Comunicación, parece estar esforzándose por una coherencia horizontal entre diferentes instrumentos jurídicos⁵. Por último, la coherencia tanto en uno como en otro sentido fundamenta la legitimidad y la aceptación del Derecho⁶.

² Vid. sobre este tema R. Wagner, “Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – quo vadis?”, *ZEuP*, 2014, 1.

³ Vid. recientemente C. Bumke, “Rechtsdogmatik”, *JZ*, 2014, pp. 641–650, p. 647.

⁴ O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, ed. Mark DeWolfe Howe, 1881, citado de la edición de Boston, 1963, p. 5.

⁵ Una conceptualización la ofrece E. Crawford y J. Carruthers, “Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *Int’l Comp. L. Q.*, 63, 2014, pp. 1–29, esp. p. 2.

⁶ Vid. C. Bumke, *loc. cit.*, p. 647.

La Comisión Europea se esfuerza por mantener la coherencia en el Derecho internacional privado de la Unión Europea, es decir, con respecto a las normas relativas a la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. De acuerdo con ello, un primer paso es revisar la legislación existente en la materia, teniendo presente en el proceso la amplitud del régimen actual y cuestionando la utilidad de una codificación (II, *infra*). La incertidumbre respecto a la compatibilidad del *acquis* actual surge en muchos aspectos: dentro de las regulaciones individuales que a veces utilizan diversos criterios de conexión para áreas relacionadas, (por ejemplo, en la legislación relativa a los contratos de seguros, contratos de consumo y contratos para el transporte de pasajeros); y entre las normas de referencia actuales que se encuentra en diversos instrumentos de conflicto de leyes en el sentido estricto (III, *infra*); y entre las normas sobre derecho aplicable y las normas de competencia (IV, *infra*). Sin embargo, el espectro de la coherencia se extiende aún más. Podría resultar lógico y esencial esforzarse por un cuerpo legal coherente y no contradictorio en cada área jurídica individual, pero dicha limitación no es menos problemática, lo cual es especialmente cierto en materias transversales, tales como el Derecho internacional privado y la litigación civil internacional. Una limitación de esta naturaleza minora la importancia de las áreas individuales para el conjunto. De acuerdo con ello, en una sección posterior nos preguntamos si la legislación sobre Derecho internacional privado resulta coherente con el marco legal restante de la integración europea (V, *infra*).

II. *Acquis* del Derecho internacional privado: ¿Reforma mediante codificación?

1. *Panorámica del acquis*

La competencia explícita para adoptar legislación en las áreas de Derecho internacional privado y de Derecho procesal civil internacional se confirió por primera vez a la Unión Europea en el Tratado de Amsterdam⁷. En virtud de la nueva disposición de los Tratados constitutivos, esta competencia básica se establece en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸. De conformidad con esta disposición, las normas de la UE sobre Derecho internacional privado sirven para desarrollar la cooperación judicial

⁷ Tratado de Amsterdam se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 octubre 1997, DO 1997, C 340, entrada en vigor el 1 mayo 1999.

⁸ Versión consolidada en DO 2012 C 326/47.

en materia civil; además, este tipo de cooperación es, de acuerdo con el art. 67 TFUE, un componente del espacio de libertad, seguridad y justicia, que es a su vez uno de los principales objetivos de la Unión Europea, conforme el art. 4 (2) (j) TFUE.

Como es bien sabido, la Unión Europea no se ha mostrado tímida en el ejercicio de esta nueva competencia legislativa. En parte, los esfuerzos de los legisladores se han basado en los convenios previos de Derecho internacional público. En el área de la litigación civil internacional, una legislación frenética durante un periodo de tiempo supuso la promulgación de reglamentos sobre la notificación de documentos⁹, la obtención de pruebas¹⁰, la competencia judicial en materia civil y mercantil¹¹ y en materia matrimonial¹². Por su parte, el Reglamento Roma I regula las obligaciones contractuales¹³, el Reglamento de Roma II regula las obligaciones extracontractuales¹⁴ y el Reglamento Roma III –legislativamente adoptado por una cooperación reforzada con arreglo al art. 326 TFUE– sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁵, son ejemplos de instrumentos de conflicto de leyes en sentido estricto. A esto hay que añadir los Reglamentos mixtos que abordan las cuestiones de procedimiento, así como la ley aplicable a una controversia; entre los que se incluyen, el Reglamento sobre insolven-

⁹ Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; sustituido por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, DO 2007 L324/79.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. DO 2001 L 174/1.

¹¹ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO 2001 L12/1 (“Reglamento Bruselas I”); sustituido Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO 2012 L 351/1 (“Reglamento Bruselas I bis”),

¹² Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, DO 2000 L 160/19; sustituido por Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO 2003 L338/1 (“Reglamento Bruselas II bis”)

¹³ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO 2008 L 177/6.

¹⁵ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO 2010 L343/10, en vigor ahora en 16 Estados miembros.

cia¹⁶, medidas en relación con las obligaciones de alimentos internacionales¹⁷ y el Reglamento sobre sucesiones¹⁸. Algunos de estos Reglamentos ya han sido modificados. Adicionalmente existen instrumentos legales referidos a procedimientos especiales, por ejemplo, un requerimiento europeo de pago¹⁹, un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²⁰, un proceso europeo de escasa cuantía²¹, y, recientemente, una orden europea de retención de cuentas para la recuperación de deudas²²; que para nuestros propósitos tienen escasa importancia.

Por supuesto la amplia gama de instrumentos jurídicos de Derecho derivado de la UE plantea la cuestión de cómo de bien están coordinados entre sí y si es posible reunirlos en un todo coherente. A tal fin Stefan Leible y Hannes Unberath acuñaron la expresión de un “Reglamento Roma-0”²³, y Paul Lagarde incluso siguió adelante con un proyecto de un código europeo de Derecho internacional privado y procesal civil internacional²⁴. Reflexionando por un lado sobre el objetivo de lograr la coherencia entre la legislación vigente, estos esfuerzos también indican un deseo de adoptar las normas, que por lo general se

¹⁶ Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DO 2000, L 160/1.

¹⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008 sobre competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO 2009 L 7/1; en la Unión Europea, la ley de alimentos se rige por el Protocolo de La Haya de 2007, que aún no ha entrado en vigor como un instrumento de derecho internacional, sino que ha sido declarado aplicable en los Estados miembros de la UE, *vid.* Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 sobre la celebración por la Comunidad Europea del Protocolo de la Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, DO 2009 L 331/17.

¹⁸ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO 2012 L 201/107.

¹⁹ Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 diciembre 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, DO 2006 L 399/1.

²⁰ Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo para créditos no impugnados, DO 2004 L 143/15.

²¹ Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DO 2007 L 199/1.

²² Reglamento (CE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DO 2014 L 189/59.

²³ *Vid.* los estudios compilados por S. Leible y H. Unberath, eds., *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena 2013; *vid.* también S. Leible, “Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR”, *Festschrift für Dieter Martiny*, Tübinga, 2014, pp. 429–448.

²⁴ P. Lagarde, “Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé”, *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 673–676.

pueden asignar a una parte general del Derecho internacional privado y procesal civil internacional. También cabe señalar que la idea de una parte general de DIPr europeo ha sido recibida muy favorablemente en la doctrina jurídica europea²⁵.

2. Coherencia, codificación, parte general.

¿Cómo deben evaluarse estos objetivos? Al plantear esta cuestión, conviene establecer tres distinciones: En primer lugar, en cuanto a la meta de la coherencia, se puede lograr mediante la coordinación de los instrumentos legales específicos y no necesariamente exigen una codificación. En segundo lugar, cualquiera que contemple la codificación debe ser consciente de que en la práctica jurídica de la Unión Europea, la noción de codificación de ninguna manera debe ser equiparada con la cobertura altamente sistemática y exhaustiva de un amplio sector del Derecho, como se ve, por ejemplo, en los grandes códigos civiles. De conformidad con los acuerdos interinstitucionales pertinentes, la codificación sólo significa la derogación de determinados instrumentos jurídicos y su compilación en un nuevo texto legislativo sin ningún cambio en el contenido; no es otra cosa que un nuevo envoltorio de la ley para mejorar su accesibilidad²⁶. En tercer lugar, y por último, el deseo de una parte general es particularmente ambicioso, ya sea en la forma de un Reglamento Roma-0 o Bruselas-0 separado que presenta los Reglamentos existentes y la extracción de algunas reglas generales a partir de ellos, o en la forma de un código general estableciendo la vinculación de estos Reglamentos.

A) *Coherencia*. La búsqueda de la coherencia merece apoyo *de lege lata*, así como –en el contexto de la revisión de los instrumentos legales existentes– *de lege ferenda*. A menos que haya motivos especiales que justifiquen una desviación en el contenido de los instrumentos legales individuales, la coherencia interna y la ausencia de disposiciones contradictorias son requisitos básicos de un sistema destinado a garantizar la justicia. Como se verá, el deseo de coherencia se destaca expresamente en una serie de instrumentos existentes.

²⁵ Vid., v.gr., K. Kreuzer, “Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?”, en B. Jud, W. Rechberger y G. Reichelt, eds., *Kollisionsrecht in der Europäischen Union, Neue Fragen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Wien 2008, pp. 1–62; C. Heinze, “Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts”, *Festschrift für Jan Kropholler*, Tubinga, 2008, pp. 105–128; vid., asimismo, diversas contribuciones en Leible/Unberath, op. cit.; también, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto, eds., *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011.

²⁶ Vid. R. Herten-Koch, *Rechtssetzung und Rechtsbereinigung in Europa*, Frankfurt am Main, 2003, pp. 168–174, con más referencias.

B) Codificación. Como objetivo a largo plazo, la codificación del Derecho internacional privado europeo y la legislación relativa al Derecho procesal civil internacional podría facilitar de hecho la búsqueda de coherencia. Pero ¿es el momento oportuno para un proyecto de codificación? Los juristas, que mediante la codificación entienden un régimen sistemático y completo de normas, apenas pueden responder a esta pregunta afirmativamente. Basta recordar las lagunas en DIPr europeo: por ejemplo, no hay normas sobre aspectos internacionales de Derecho de propiedad, particularmente en lo que respecta a la posibilidad de elegir la ley aplicable en acuerdos de garantía financiera, siendo tal elección permitida por los códigos nacionales a veces²⁷, pero frecuentemente prohibida²⁸. Las normas de la Unión Europea carecen igualmente de derecho internacional de sociedades. La divergencia de los Estados miembros entre la adopción de la teoría de la incorporación o de la sede real no se ha visto disminuida por la jurisprudencia *Centros* del Tribunal de Justicia²⁹; ilustrativa aquí es Polonia, con la renovada y expresa aprobación de la teoría de la sede real en su Ley de DIPr 2011³⁰. Estas lagunas y las discrepancias que se traducen en normas nacionales de conflicto de leyes ponen en peligro el éxito de una codificación de DIPr europea. Las codificaciones privadas de Derecho internacional general, tienden a tener éxito cuando se limitan al acuerdo del material existente. Por el contrario, su éxito se pone en duda, cuando también se adentran en territorio de políticas inexploradas. Los legisladores europeos deben prestar atención a esta experiencia centenaria y en primer lugar, aprobar instrumentos específicos para cubrir las actuales áreas jurídicas desatendidas. Sólo entonces habrá llegado el tiempo para una codificación.

Esto resulta doblemente cierto en relación con el Derecho internacional de familia. Salvo en materia de divorcio y obligaciones de alimentos, las normas de conflicto de leyes están totalmente ausentes. Resulta incierta la adopción de la propuesta de Reglamento sobre el régimen económico matrimonial³¹. Las áreas

²⁷ Vid. Art. 10: 128 *Burgerlijk Wetboek* para los Países Bajos y art. 2619 del Nuevo Código Civil de Rumania.

²⁸ Donde las codificaciones nacionales regulan el Derecho internacional de la propiedad, como en Bélgica o Alemania, generalmente no se reconoce la elección de la ley aplicable, al menos no de forma explícita.

²⁹ STJUE 9 marzo 1999, as. C-212/97: *Centros*, ECR 1999, I-1459.

³⁰ Vid. art. 17 Ley polaca de DIP 2011; una disposición que concierne a la jurisprudencia del TJUE del Derecho de sociedades sobre la libertad de establecimiento se establece por separado en el art. 19 de la ley.

³¹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM (2011) 126, 16 marzo 2011; vid. también la Propuesta paralela de Reglamento del Consejo relativo a la competencia,

centrales, como el matrimonio, las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, la filiación, la adopción y las relaciones entre padres e hijos no han sido, en gran medida, el objeto de atención. La perspectiva de que lleguen a un acuerdo los Estados miembros del este y del oeste sobre un tema tan controvertido como el estatus jurídico de las relaciones del mismo sexo parece un desarrollo muy improbable en los próximos años, si se tiene en cuenta el hecho de que algunos Estados miembros combaten toda discriminación por razón de la orientación sexual, mientras que otros tratan de consolidar dicha discriminación con enmiendas en sus constituciones.

C) Parte General. De acuerdo con lo anterior, las perspectivas de una codificación global europea de Derecho internacional privado no parecen prometedoras. Esto no significa, sin embargo, descartar la formulación de una parte general de DIPr europeo en un Reglamento especial Roma-0 o Bruselas-0. Pero aquí también la Unión debe tomarse su tiempo. Un régimen uniforme para preguntas generales se debe desarrollar sólo cuando exista suficiente experiencia con los instrumentos jurídicos existentes. Sin embargo, hasta el momento –al considerar el sector del conflicto de leyes en sentido estricto– no podemos señalar ni un régimen jurídico exhaustivo ni un número suficiente de interpretaciones de los instrumentos existentes por parte del Tribunal de Justicia.

En la política europea, los compromisos, una vez alcanzados, arrojan una larga sombra. Las consultas posteriores sobre objetos no relacionados se basarán en estos compromisos y rara vez desafían su contenido o supuestos. Por esta razón es aún más importante basar tales compromisos sobre una amplia y sólida base empírica. Con estos antecedentes en mente, sería conveniente entender que la experiencia práctica de amplio alcance es una condición necesaria para una Parte General del Derecho internacional privado europeo.

D) Marco institucional. Un Reglamento Roma-0 o Bruselas-0 –al igual que una amplia codificación– también resulta problemática desde una perspectiva institucional. Como es bien conocido, los instrumentos jurídicos basados en el art. 81 TFUE son aplicables en Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido sólo cuando dichos Estados presenten la notificación correspondiente³². Esto ha sucedido en algunos casos, pero no en otros como ilustra el Reglamento sobre sucesiones³³.

la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas, COM (2011) 127, 16 marzo 2011.

³² Vid. para Irlanda y Reino Unido el Protocolo nº 21 al TFUE, DO 2012 C 326/295; para Dinamarca vid. Protocolo nº 22 al TFUE, DO 2012 C 326/299 y el anexo adjunto en p. 302.

³³ Vid. los considerandos 82 y 83 del Reglamento 650/2012.

En el ámbito de la ley aplicable al divorcio, forman parte solamente 12 Estados miembros, ya que el Reglamento Roma III se promulgó como una cooperación reforzada con arreglo al art. 326 TFUE. ¿Permitiría el art. 81 TFUE la promulgación de normas generales de la naturaleza de un Reglamento Roma –0– que abarcara todas las áreas del Derecho internacional privado y procesal – para los países en que los instrumentos especiales tales como el Reglamento sobre Sucesiones no tienen efecto legal? ¿Podrían entonces estos países declarar que su participación en el régimen de Roma–0 se limita a aquellos instrumentos especiales que están en vigor para ellos? Si se diera el caso de que se puede recurrir al proceso legislativo especial del art. 81.3º para un instrumento jurídico general, que también haga referencia a los instrumentos de Derecho de familia especiales, ¿seguiría la participación del Parlamento limitada a un derecho de consulta con la unanimidad requerida del Consejo?. Estas cuestiones plantean dudas sobre si el marco institucional de la Unión resulta adecuado actualmente para la creación de una legislación completa sobre Derecho aplicable y litigación civil internacional. Los planes ambiciosos de esta naturaleza deben dejarse a un lado por el momento, y prestar atención en su lugar a la cuestión previa de si la legislación de la UE sobre conflictos de leyes, de hecho, se caracteriza por notables incoherencias.

III. Incoherencias entre las normas paralelas de Derecho aplicable en varios instrumentos europeos

Las normas de conflicto de leyes que se encuentran en diversos instrumentos de DIPr europeos deben considerarse incompatibles, si regulan, sin razones de peso, objetos similares de manera diferente o, de forma alternativa, si en la práctica, la aplicación de las normas resulta en superposiciones, lagunas u otras discrepancias. Las incoherencias del primer tipo tienen sus raíces en los textos de los instrumentos europeos; el último puede ser el producto de los diferentes marcos estructurales y concepciones jurídicas de los Estados miembros conducentes a interpretaciones divergentes de los textos de la UE.

1. Desviación en la regulación de cuestiones similares – Aspectos relacionados con la elección de la ley

La determinación de incoherencias es una empresa ambiciosa, en la actualidad se convierte en un amplio proyecto de investigación por derecho propio. El esfuerzo requiere la realización de exhaustivos estudios comparativos en relación con numerosos términos y principios que se encuentran en los diversos instrumentos legales. Esto incluiría, por ejemplo, temas específicos como los criterios

de conexión residencia habitual, lugar del establecimiento y nacionalidad, pero también habría que tener en cuenta los instrumentos jurídicos generales, tales como las cláusulas de orden público (*ordre public*), las leyes de policía, el *dépeçage*, el tratamiento de cuestiones preliminares, los mecanismos de elección de la ley y caracterización. Esto no se puede lograr en una charla introductoria o en un solo artículo. Sin embargo, una serie de ejemplos pueden servir para ilustrar la cuestión.

A) *Elección tácita de la ley aplicable*. En principio, la elección de la ley aplicable se permite en todos los instrumentos actuales de conflicto de leyes de la Unión. Sin embargo, si se examina la forma exacta de ejercer este derecho, las diferencias llegan a ser bastante relevantes. Tanto el art. 3.1º del Reglamento Roma I, como el art. 14.1 2ª frase del Reglamento Roma II, permiten junto con la elección expresa, también una elección tácita de la ley. Pero ¿por qué la elección tácita debe demostrarse con “claridad” en relación con un contrato, sin embargo, solamente con “certeza razonable” en una relación extracontractual?. Nada en el propio Reglamento explica por qué el Derecho internacional de responsabilidad civil extracontractual está preparado para reconocer una elección tácita de la ley de una manera tan ambigua. De hecho, sólo hay una razón histórica: La formulación más indulgente contenida en el Reglamento Roma II de 2007 se realizó simplemente sobre el art. 3.1º del Convenio de Roma de 1980³⁴. Un año más tarde, sin embargo, mientras se transformaba el Convenio de Roma en el Reglamento Roma I, se reconoció que la norma era vaga en sus términos y, en todo caso demasiado laxa, especialmente en lo que se refiere a una elección tácita de la ley a través de un acuerdo de elección de foro³⁵. En cuanto a este punto, una modificación del Reglamento Roma II debería orientarse en la formulación adoptada posteriormente en el Reglamento Roma I.

B) *Momento de elección de la ley aplicable*. También se perfila de forma bastante heterogénea la cuestión de cuándo se cierra la puerta al ejercicio de la elección de ley. El art. 14 del Reglamento Roma II no aborda la cuestión, mientras que el art. 3.2º del Reglamento Roma I permite a las partes elegir la ley aplicable “en cualquier momento”, extendiéndola así no sólo al proceso judicial sino —en

³⁴ Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 19 junio 1980, DO 1980 L 266/1, versión consolidada en DO 2005 C 344/1.

³⁵ Vid. Considerando 12 del Reglamento Roma I y del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RabelsZ*, 71, 2007, pp. 225–344, p. 243; Crawford/Carruthers, *loc. cit.*, p. 6, mantiene la diferencia en las formulaciones hasta “almost certainly a matter of semantics”.

la medida de lo posible en virtud de la ley procesal del foro— incluso después de la conclusión de la primera instancia, con un efecto que se proyecta en la ulterior instancia³⁶. En el proceso de divorcio, la ley aplicable puede seleccionarse en cualquier momento en aplicación del art. 5.2º Reglamento Roma III, “pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional”. C. Kohler ha observado correctamente que los cónyuges y sus representantes legales a menudo se darán cuenta de la aplicabilidad de un Derecho extranjero —al parecer oneroso— sólo después del inicio del procedimiento judicial. En teoría, una elección de ley permite a las partes evitar que esta situación no deseada ocurra, pero ahora, en la práctica, esto está excluido por el Reglamento Roma III³⁷. No hay razón aparente para los diferentes plazos para el ejercicio de la elección de la ley, lo que sugiere una incoherencia sin fundamento también en este punto. De acuerdo con la formulación del Reglamento Roma I, que también se encuentra en el Protocolo sobre alimentos de La Haya³⁸, la elección es una cuestión de derecho sustantivo (no procesal) permitida “en cualquier momento”. No ocurre lo mismo en el Derecho internacional de sucesión: aquí la muerte del testador, naturalmente, establece el límite externo de la elección de ley.

C) *Ley aplicable y validez formal*. Nos encontramos ante una variedad de enfoques también en cuanto a un tercer aspecto de la ley aplicable, la validez formal. Considerando que, una vez más, no se refiere a este aspecto el Reglamento Roma II, el art. 3.5º del Reglamento Roma I remite al art. 11, cuyas disposiciones son relativas a la validez formal del contrato. En consecuencia, se hace referencia alternativamente a la *lex causae* o la *lex loci celebrationis*. Sin embargo, debido a consideraciones materiales, se margina este enfoque liberal a las transacciones de bienes inmuebles y los contratos de consumo; aquí la *lex rei sitae* y la residencia habitual del consumidor rigen respectivamente.

El esquema de aplicable al divorcio es muy diferente: En virtud del art. 7 del Reglamento Roma III, la validez formal de una elección de la ley se determina principalmente con respecto a requisitos de derecho sustantivo y no simplemente con la remisión a una ley nacional. El acuerdo debe ser por escrito y firmado y fechado por ambos cónyuges, aunque también se permiten explícitamente las comunicaciones electrónicas. La legislación nacional entra en juego sólo en la

³⁶ La jurisprudencia alemana adoptó esta posición, como se indica por Martiny en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 10, 5ª ed., München, 2010, Art. 3 Rom I-VO, Rz. 78 en las notas a pie de pp. 315–316.

³⁷ C. Kohler, “L’autonomie de la volonté en droit international privé. Un principe universel entre libéralisme et étatisme”, *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, pp. 285–478, p. 428 ss.

³⁸ Vid. art. 8 del Protocolo de 23 noviembre 2007 en materia de obligaciones de alimentos, disponible en la página web de la Conferencia de la Haya: http://www.hcch.net/index_en_php→conventions.

medida en que impone requisitos formales adicionales. Este enfoque de Derecho sustantivo puede explicarse por el hecho de que en el momento de promulgación del Reglamento, la elección de ley se contemplaba sólo en unos cuantos países, por tanto existía una escasez de disposiciones nacionales. Sin embargo, resulta un hecho bastante sorprendente que la elección de ley en materia de divorcio pueda ser el producto de la correspondencia por correo electrónico, mientras que muchas de las transacciones de propiedad requieren certificación notarial³⁹. ¿Refleja esto con precisión la jerarquía de valores en Europa?

Si se emprende un análisis transversal de los instrumentos legales de la Unión Europea, examinando durante este proceso distintos temas legislativos, se pueden identificar una serie de incoherencias. La naturaleza de la cuestión particular a veces justifica las discrepancias. En muchos casos, sin embargo, son simplemente el resultado de diferentes procesos de consulta y carecen de cualquier base sustantiva. Como consecuencia, el siguiente paso es desarrollar una solución global en cada caso.

2. Divergencias arraigadas en los Derechos nacionales

Las incoherencias de diversa naturaleza pueden deberse tanto a los diferentes regímenes jurídicos nacionales como a las concepciones nacionales en conflicto que conducen a divergencias a la hora de la calificación. De particular importancia en este sentido resultan las diferentes normas procesales nacionales acerca del tratamiento de la ley extranjera. Mientras que los criterios de conexión pertinentes –y el Derecho que resulta aplicable– encuentran aplicación de oficio en muchos Estados miembros, los tribunales de otros Estados miembros, especialmente Inglaterra y España, emplean las normas de conflicto europeas solamente a petición de parte⁴⁰. En la medida en que las normas europeas sobre Derecho aplicable no tienen en cuenta su aplicación procesal, éstas llevan dentro de sí las semillas de una aplicación desigual y, en este sentido, incoherente. Faltando la acción en el ámbito de la Unión, el problema relativo a la aplicación de la ley extranjera no se resolverá por sí mismo.

Incoherencias similares pueden resultar de concepciones sustantivas diferentes. Aquí es ilustrativa la *culpa in contrahendo*. En Alemania, esta doctrina legal

³⁹ C. Kohler, *loc. cit.*, p. 430.

⁴⁰ Para una discusión sobre cómo los tribunales han resuelto este problema en los últimos años, *Vid.* el estudio comparativo por C. Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tubinga, 2011, con análisis profundo en Alemania, pp. 19 ss; Inglaterra, p. 47 ss y Francia, pp. 79 ss. También una panorámica de otros Estados, pp. 125 ss. *Vid.*, también los informes nacionales de C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias y G. Palao, *Application of Foreign Law*, Múnich, 2011.

ha sido desarrollada por la jurisprudencia como un principio del derecho de los contratos a causa de las estrictas reglas del *BGB* en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, otros sistemas jurídicos europeos caracterizan la conducta defectuosa en las negociaciones contractuales como una cuestión de responsabilidad civil precontractual dado que tal comportamiento se produce en ausencia de (es decir, antes de) un acuerdo contractual. A los efectos de la competencia internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha adoptado esta última opinión⁴¹ y siguió el criterio de competencia judicial en virtud del art. 5, n° 3 del Convenio de Bruselas⁴².

Tal solución definitiva para la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, sin embargo, tenía sentido solamente en un grado limitado. En primer lugar, el Reglamento Roma II –a diferencia del enfoque del Reglamento Bruselas I en lo que respecta a la competencia– no concede al demandante la posibilidad de elegir entre diferentes regímenes nacionales de responsabilidad civil extracontractual, declarando en su lugar una sola ley aplicable, es decir, la ley del lugar donde se ha producido el hecho dañoso. En segundo lugar, a menudo la responsabilidad resultante de la *culpa in contrahendo* resulta de naturaleza puramente financiera y sólo puede ser asignada arbitrariamente a un lugar específico donde se ha producido el daño. Y en tercer lugar, las negociaciones contractuales a menudo se pueden vincular a un –subsiguiente hipotético– contrato cuya relación con un orden jurídico específico puede comprobarse mucho más fácilmente. Por lo tanto, como es bien conocido, el art. 12 del Reglamento Roma II optó por una solución intermedia que principalmente se fija en el contrato (sin considerar si está concluido o no) y recurre sólo en segundo lugar a las conexiones específicas bajo una perspectiva de responsabilidad civil extracontractual. De esta manera se evitó una incoherencia entre los Reglamentos Roma I y Roma II.

Sin embargo, las incoherencias pueden materializarse en otros contextos. Consideremos, por ejemplo, la responsabilidad civil de los expertos como auditores, abogados o expertos técnicos. El Derecho alemán conceptualiza esta responsabilidad de terceros como resultado de un contrato con efectos protectores de terceros, por lo que –una vez más– como una forma de responsabilidad contractual⁴³. En otros sistemas jurídicos, como en virtud del *common law* inglés o

⁴¹ STJUE 17 septiembre 2002, as. C–334/00: *Tacconi / HWS*, ECR 2002, I–7383, para. 27.

⁴² Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 27 septiembre 1968, 1262 UNTS 153; *vid.* ahora art. 7.2º Reglamento Bruselas I bis.

⁴³ Sobre la responsabilidad de un auditor a terceros, *vid.*, *v.gr.*, BGH 2.4.1998, BGHZ 138/257, 261 como también J. Basedow y W. Wurmnest, *Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften*, Tubinga 2004, p. 35 ss. Recientemente J. de Bruyne y C. Vanleenhove, “An EU Perspective on the Liability of Classification Societies: Selected Current Issues and Private International Law Aspects”, *The Journal of*

en el Derecho francés, la responsabilidad frente a terceros parece extracontractual⁴⁴. Para el Derecho aplicable, los diferentes enfoques conceptuales dan lugar a visiones divergentes sobre la cuestión de la caracterización. En Alemania, los jueces nacionales caracterizando la *lege fori* recurren al Reglamento Roma I. Sus homólogos en Inglaterra, por el contrario, recurrirían sin vacilar al Reglamento Roma II.

Cuando se presentara la cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría resolver el problema por medio de una interpretación autónoma; el Considerando 7 del Reglamento Roma I, aparentemente favorece este enfoque, ya que el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento de Roma I deben “garantizar la coherencia” con el Reglamento Roma II. La remisión depende sin embargo, de la identificación por las autoridades judiciales nacionales de los Estados miembros. Hasta ese momento, los casos idénticos se encasillan en el marco del Reglamento Roma I o II de Roma dependiendo de qué país se enfrenta a la cuestión, con el resultado de que los dos instrumentos asumen diferentes ámbitos de aplicación en los distintos Estados miembros. Por lo tanto, aquí también falta la coherencia, aunque desde una perspectiva paneuropea y no en la aplicación de los instrumentos jurídicos dentro de los distintos Estados miembros.

IV. Coherencia entre las normas sobre competencia judicial y normas sobre ley aplicable

1. Convergencia de las normas de competencia judicial y de ley aplicable

De acuerdo con el Considerando 7 del Reglamento Roma I, el “ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento” debería “garantizar la coherencia” no sólo con el Reglamento Roma II, sino también con el Reglamento de Bruselas. El deseo de coordinar los Reglamentos y sentar las bases para la coherencia es, en cierto modo, un ejercicio que busca alinear por un lado, las normas de elección de ley y por otro, las reglas de competencia judicial. En un primer vistazo esto puede parecer sorprendente. En primer lugar, el acceso a los tribunales y la base jurídica de la decisión de un tribunal son temas muy diferentes. En segundo lugar, la metodología es distinta: mientras que en

International Maritime Law, 20, 2014, pp. 103–120, que sin embargo no identifica el problema de caracterización aquí abordado.

⁴⁴ Para Inglaterra *vid. Marc Rich & Co. AG and others v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. and others – The Nicholas H*, [1995] 3 All ER 307 (HL) comentado por Cane, *Lloyd’s Maritime and Commercial L–Q*, 1995, p. 433 ss; en Derecho francés la concepción extracontractual no es irrefutable, *vid., v.gr., Cour d’Appel de París*, 12 diciembre 1968, *Droit maritime français*, 1969, 223, 229 comentado por Le Clère; sobre este tema en general *vid. Basedow / Wurmnest, op. cit.*, p. 13 ss, esp. p. 26 ss.

muchas áreas se permite a los demandantes elegir entre varias jurisdicciones designadas competentes de forma simultánea, el papel de las normas de Derecho aplicable identificando una única ley nacional de forma independiente al tribunal competente.

La coordinación de las normas relativas a la competencia y la ley aplicable es, sin embargo, esencial en los casos en que las normas especiales sobre la competencia o la legislación aplicable se han puesto en marcha a causa de una especial preocupación sustantiva. Cuando, por ejemplo, se establece la competencia exclusiva en los litigios relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual o de los bienes inmuebles, la aplicación de la *lex fori* debe quedar garantizada con toda seguridad. En consecuencia, las normas de conflicto –remitiendo aquí a la ley del país de protección o de la *lex situs*– deben estar alineadas con las normas que indican el tribunal competente. Lo mismo resulta cierto cuando las normas generales sobre competencia resultan limitadas y los criterios de competencia adicionales se nombran con el fin de proteger a ciertas categorías de personas (v.gr., trabajadores y consumidores). También en este caso el objetivo es proteger a determinadas personas recurriendo a los tribunales competentes y una ley aplicable a la cual están estrechamente relacionados, consiguiendo de esta manera la protección legal a un coste relativamente bajo. En el campo del Derecho internacional privado y procesal civil internacional, el objetivo identificado aquí se describe generalmente como la convergencia o la congruencia (también conocido bajo el término alemán *Gleichlauf*)⁴⁵.

La meta de alinear las normas sobre competencia y ley aplicable juega un papel importante en la preparación del Reglamento Roma I. Por su parte, la Comisión Europea inició su propio proyecto de investigación sobre el tema⁴⁶. Los frutos de estos esfuerzos son visibles en muchos lugares, por ejemplo, en relación con los contratos de consumo. Bajo la competencia especial del art. 15 del Reglamento Bruselas I, ésta se amplió para incluir los casos en los que el profesional dirige sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del consumidor, el criterio también fue adoptado en la norma de conflicto para los contratos de consumo (art. 6.1º del Reglamento Roma I). La convergencia permite la aplicación de la ley del foro en el país del consumidor y por lo tanto, facilita una solución eficiente en la era del comercio en línea⁴⁷.

⁴⁵ Para un análisis detallado de los fundamentos teóricos vid. P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1976, pp. 428 ss.

⁴⁶ J. Meeusen, M. Pertegás y G. Straetmans, (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union – Convergence and Divergence Between Brussels I and Rome I*, Amberes, 2004.

⁴⁷ Para una opinión más detallada vid. J. Basedow, “Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I–Regulation”, en Meeusen / Pertegás / Straetmans, *ibid*, pp. 269–294, pp. 286–288.

2. Las lagunas en la convergencia

Esta y otras alineaciones de los Reglamentos Bruselas I, Roma I y Roma II han llevado a Crawford y Carruthers a la conclusión de que la tríada de Reglamentos “*constitutes an admirable body of law*”⁴⁸. Pero la coordinación no es completa, *vid. infra* a). Por otra parte, no existe coordinación en otras áreas, especialmente entre el Reglamento Bruselas II *bis* y el Reglamento Roma III en materia de divorcio internacional, *vid. infra* b).

a) Acciones directas contra las aseguradoras. Como un primer e ilustrativo ejemplo de la falta de coordinación entre el Reglamento Bruselas I y Roma II, se puede hacer referencia a la ley aplicable a la indemnización. De conformidad con el art. 9.1º.b), a los tomadores del seguro, los asegurados o beneficiarios se les otorga *forum actoris* para acciones contra un asegurador domiciliado en un Estado miembro. En 2007 el Tribunal de Justicia extendió este *forum actoris* para que la parte perjudicada pudiera entablar acciones directas relativas a la responsabilidad civil de los aseguradores⁴⁹. Esta interpretación se basa en el art. 11.2º del Reglamento Bruselas I y, naturalmente, hace que sea más fácil para los perjudicados entablar acciones, especialmente en lo que respecta a los accidentes de tráfico. En virtud del art. 4 del Reglamento Roma II, la cuestión de la responsabilidad se encuentra generalmente sujeta a la ley del lugar donde se ha producido el daño.

Para los accidentes de tráfico los individuos, involucrados en un accidente ocurrido en el extranjero, que habían presentado anteriormente sus demandas contra la parte extranjera por medio de una acción iniciada por un abogado extranjero ejerciendo en el Estado donde ocurrió el accidente, la demanda se presentó ante el tribunal de la contraparte o ante el tribunal de la compañía aseguradora – ambas normalmente se encontraban en el mismo país extranjero. El resultado fue la convergencia de la competencia judicial internacional y la legislación aplicable. Desde la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Odenbreit*, sin embargo, los residentes en el país involucrados en un accidente en un país extranjero ahora pueden presentar su demanda contra la compañía de seguros ante los tribunales de su país de residencia, que a su vez, de acuerdo con el art. 4 Reglamento Roma II, tienen que considerar la demanda en virtud de la ley del lugar donde se ha producido el daño. Esto significa, a su vez, que los tribunales están obligados a determinar y aplicar el Derecho extranjero.

⁴⁸ Crawford y Carruthers, *loc.cit.*, p. 29.

⁴⁹ STJUE 13 diciembre 2007, as. C-463/06: *FBTO Schadeverzekeringen NV / Jack Odenbreit*, ECR 2007, I-11323.

Recientemente el número de consultas realizadas por los tribunales alemanes en cuanto al contenido de normativa extranjera sobre responsabilidad de accidentes ha aumentado de forma constante, estas consultas suelen presentarse ante las instituciones universitarias, así como ante el Instituto Max Plank de Derecho Privado. Si bien dichas solicitudes eran relativamente desconocidas hace sólo unos pocos años, ahora representan el 20% de las opiniones de los tribunales de expertos (*Gerichtsgutachten*) publicados por el Instituto Max Planck de Hamburgo. En consecuencia, las reclamaciones no valoradas por más de varios miles de euros generan costes correspondiendo o incluso superando el valor de la demanda, ya que las cuestiones complicadas, inevitablemente implican la investigación del Derecho extranjero que lleva mucho tiempo. Las consultas contemplan, por ejemplo, el cálculo de los daños y perjuicios, el reembolso del impuesto sobre el valor añadido, o el resarcimiento de los costes asociados a un coche de alquiler al que la parte tenía derecho... pero que no utilizó. Y si esto no fuera suficiente, los demandados en este procedimiento son las compañías de seguros extranjeras que generalmente conocen la ley de responsabilidad del lugar del accidente en detalle, pero que, sin embargo, en un principio rechazan la responsabilidad *in toto*. Sólo después de enfrentarse con un dictamen pericial que indica lo contrario, las compañías responden a los aspectos de fondo particulares, haciendo con ello que los tribunales recaben un segundo dictamen pericial complementario. Esto es claramente ineficiente, y se retrasa innecesariamente la reparación en su totalidad a los perjudicados. Nos preguntamos si no sería prudente restituir la convergencia de alguna manera.

b) El divorcio bajo la ley extranjera. En el ámbito de la ley aplicable al divorcio, existió menos intención de alinear el Reglamento Bruselas II *bis* con el Reglamento Roma III desde el principio. El art. 3 del Reglamento Bruselas II *bis* permite al demandante una elección entre numerosas jurisdicciones, en cada una de las cuales la ley de divorcio se determinará de conformidad con el Reglamento Roma III. A pesar de que la primera conexión que se afirma tanto en los arts. 3 del Reglamento Bruselas II *bis* y 8 del Reglamento Roma III es el país en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual, esta competencia no es más que una de las varias opciones disponibles para el cónyuge requirente. La ley de este país, por el contrario, se aplica necesariamente cuando constituya la residencia habitual de ambos cónyuges; esto es válido también cuando la demanda de divorcio se presenta en un Estado miembro diferente, especialmente en el país de origen común.

Así, cuando una pareja de alemanes residentes en el extranjero inicia el proceso de divorcio ante un tribunal alemán, a menudo el juez estará obligado a aplicar la ley de la residencia habitual extranjera. En muchos sentidos, esta incoherencia se puede interpretar como una manifestación persistente de la concepción tradicional dada al matrimonio en la Europa continental, es decir, es visto como

una institución jurídica que debe en todos los casos y en todos los países ser juzgada por la misma ley nacional. Sin embargo, puede que sea cuestionable si este punto de vista resulta compatible de hecho con el dominio emergente del principio de residencia habitual. A medida que la ley que rige el divorcio se torna cada vez más mutable –dicha modificación ahora se logra fácilmente bajo los auspicios del principio de residencia habitual– las normas sustantivas de divorcio son paulatinamente de menor importancia en la configuración de las circunstancias de convivencia. Así pues, la transición hacia la aplicación general de la ley del foro parece una alternativa totalmente plausible, más que un pequeño paso conceptual.

En cualquier caso, la incoherencia descrita aquí ha llevado a varios países europeos, incluyendo los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido, a no participar en el Reglamento Roma III. Estos Estados aplican la *lex fori* a los procesos de divorcio ya sea de manera uniforme o solamente con excepciones limitadas⁵⁰. El establecimiento de la coherencia, en el sentido de la convergencia, en esta área significaría una nueva conceptualización del Reglamento Roma III con la vista puesta en la aplicación de la *lex fori*. Las perspectivas de que esto ocurra en los próximos años no son especialmente halagüeñas. Sin embargo, parecería que dicho cambio hacia la ley del foro supondría una oportunidad de unificar la ley aplicable al divorcio de forma más exhaustiva a lo que se ha alcanzado en la actualidad por medio de la cooperación reforzada.

Los dos ejemplos demuestran que una incoherencia entre las normas de la competencia judicial y las normas de ley aplicable no deja de tener su coste. Mientras que la sincronización de la competencia judicial y la ley aplicable no es el único objetivo del Derecho internacional privado, el objetivo resulta de mayor importancia en una época de fronteras abiertas.

V. Coherencia entre el régimen de Derecho internacional privado de la UE y el marco legal que promueve la integración europea.

1. El Derecho internacional privado como un catalizador de la integración

Desde un punto de vista metodológico, los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión se caracterizan por un enfoque básico de naturaleza

⁵⁰ Vid., para los Países Bajos Art. 10:56 Burgerlijk Wetboek y, en este sentido, K. Boele-Woelki y D. van Iterson, “The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities”, *Electronic Journal of Comparative Law* 14.3, 2010, pp. 1–26, p. 20; para Suecia vid. M. Bogdan, Sweden, *International Encyclopedia of Laws. Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 101, No. 233; para el Derecho inglés de *common law* vid. Cheshire/North/Fawcett, *Private International Law*, 14ª ed., Oxford 2008, p. 966.

conservadora. Muchos de ellos podrían –igual de bien– haber sido promulgados como leyes nacionales; sólo una minoría de las normas jurídicas pueden ser identificadas específicamente como europeas. Esto es sorprendente si se tiene en cuenta dos particularidades de las normas de Derecho internacional privado en la UE: En primer lugar, a diferencia de los regímenes nacionales de DIPr, no sirven para salvaguardar el derecho material privado propio de la Unión, que hasta ahora es en cualquier caso, solamente un conjunto fragmentario de normas en el ámbito de la UE; en cambio, las normas de DIPr permiten a la Unión actuar como árbitro supervisando la interacción de derechos reivindicados por los respectivos Estados miembros. En segundo lugar, el papel de árbitro no está siendo asumido por la UE con el fin de delinear una competencia legislativa nacional; más bien el papel se asume con vistas hacia la promoción de la integración, a saber, la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, véase el art. 67 TFUE y el art. 3, párrafo 2 del TUE⁵¹. Como se ve en las anteriores normas de DIPr establecidas en virtud del art. 114 TFUE y los instrumentos antecedentes, la cuestión central es la integración del mercado, es decir, la creación de un mercado único europeo como se prevé en el art. 3, párrafo 3 del TUE.

La existencia de regímenes jurídicos divergentes sólo tiene importancia secundaria; el objetivo de la integración sigue siendo primordial, y de acuerdo con el art. 7 TFUE “la Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos...”. Esto significa que los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión promulgados en virtud del art. 81 TFUE se supone que deben estar en consonancia con las políticas y el marco jurídico establecido en de apoyo a la integración. Sin embargo, no siempre se cumplen dichas afirmaciones.

2. El Derecho internacional privado de la UE y los principios sustantivos de Derecho originario.

Llama inmediatamente la atención las diversas y discrepantes referencias que existen en lo que respecta al Derecho primario de la Unión. Tanto el Reglamento Roma III en lo relativo a la aplicable al divorcio, como el Reglamento sobre sucesiones incluyen considerandos que subrayan explícitamente la conformidad de cada Reglamento con la CDFUE⁵². Sin embargo, no declaran expresamente la

⁵¹ Tratado de la Unión Europea, versión consolidada en DO 2012 C–326/13.

⁵² Vid. Considerando 30 de Reglamento Roma III, donde el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales se nombra explícitamente y se reproduce; para el Reglamento de Sucesiones, vid. la frase más modesta del Considerando 81 dentro del Reglamento 650/2012.

conformidad con otros principios del Derecho originario como la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales. En el ámbito del Derecho internacional de las obligaciones, en los considerandos no se prevé nada sobre el Derecho originario de la Unión, ni se hacen referencias a la CDFUE ni a ninguna otra disposición de los Tratados, a excepción de la disposición habilitante. Mientras que el anteproyecto de la Comisión para el Reglamento Roma II había tratado de incluir una referencia expresa a la primacía de las disposiciones del Tratado directamente aplicables, se abstuvo de incluirlo a la luz de los comentarios críticos afirmando que dicha referencia sería redundante⁵³. Los considerandos antes mencionados se encuentran en los Reglamentos sobre sucesiones y Roma III, en consecuencia, se plantea la cuestión de si la Carta de los Derechos Fundamentales tiene un estatuto diferente o posición jerárquica mayor que las libertades de circulación mencionadas anteriormente y si, dada la ausencia de una referencia explícita en los considerandos, la aplicación de los dos Reglamentos puede ignorar la Carta. Si bien este tipo de considerandos declarativos en ocasiones pueden ser útiles en la práctica jurídica, su apariencia selectiva también puede dar lugar a la incertidumbre.

En general se reconoce que las libertades de circulación establecidas en los Tratados europeos permiten una cierta deferencia a la legislación del país de origen. Para nuestros propósitos, resulta de menor importancia si se trata de norma de conflicto simplemente una restricción a la aplicación de puntos de conexión establecidos en otro lugar. Bajo cualquiera de estas interpretaciones, el Tribunal de Justicia ha dejado claro que las libertades de circulación pueden incluir la obligación de reconocer determinadas situaciones jurídicas que se han afianzado en el país de origen como resultado de la aplicación de la ley de este último⁵⁴. Esto se puede ver en la jurisprudencia de 1990 sobre la competencia desleal⁵⁵ y también en las sentencias posteriores, tanto en el derecho de sociedades⁵⁶ y el derecho al nombre⁵⁷.

⁵³ Vid. Art. 23– Relationship with other provisions of Community law in the Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations of 2002, impreso con, en este sentido, un análisis crítico en Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations”, *RabelsZ*, 67, 2003, pp. 1–56, p. 53 ss).

⁵⁴ Vid. los varios ensayos recopilados y editados por P. Lagarde, ed., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París 2013.

⁵⁵ STJUE 7 marzo 1990, as. C-362/88: *GB-INNO-BM / Confédération du commerce luxembourgeois*, ECR 1990, I-683; STJUE 18 mayo 1993, as. C-126/91: *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft / Yves Rocher*) ECR 1993, I-2384.

⁵⁶ STJUE 9 marzo 1999, as. C-212/97: *Centros Ltd. / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), ECR 1999, I-1484; STJUE 5 noviembre 2002, as. C-208/00: *Überseering B.V. / Nordic Construction Company Bau Management GmbH*, ECR 2002, I-9919, tanto como las sentencias que le siguen.

Llama la atención que esta jurisprudencia no se refleja en absoluto en ninguna de las normas derivadas promulgadas en el campo de conflicto de leyes hasta ahora. Es cierto que no hay reglas (Derecho derivado) de conflicto de leyes en las áreas del Derecho de sociedades o del derecho al nombre. Pero ¿qué explica la legislación relativa a la competencia desleal en el art. 6.1º del Reglamento Roma II referida a la ley del mercado afectado, sin incluir excepciones para las acciones publicitarias legales en el país de origen de conformidad con las normas existentes en ese país? Dicha reserva se puede derivar fácilmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, dado que las sentencias pertinentes constituyen el derecho primario de la Unión, su impacto difícilmente puede evitarse mediante la posterior promulgación del Reglamento Roma II. En consecuencia, la jurisprudencia sigue proyectando su efecto, lo que constituye una capa adicional, no escrita en la norma de conflicto más allá del propio Reglamento Roma II. El funcionamiento del régimen difícilmente se simplifica por un tejido multi-nivel de normas.

3. Normas contradictorias de Derecho secundario

Normas contradictorias similares se pueden encontrar en muchas áreas del Derecho secundario de la Unión, a veces incluso en el mismo instrumento legislativo. Famosa –o infame– es la contradictoria Directiva sobre comercio electrónico: por un lado, el instrumento ambiguo sugiere su aplicación a los contratos, en sus arts. 3.1º y 3.2º que contienen aparentes referencias a la legislación del país de origen; sin embargo, por otra parte, se presenta de forma explícita en el art. 1.4º que no establece normas adicionales de Derecho internacional privado⁵⁷. El Tribunal de Justicia, a su vez, resuelve el problema presentado desarrollando una norma de conflicto en dos pasos: después de determinar en primer lugar el impacto del Reglamento Roma I, el tribunal debe entonces garantizar que la posición de la empresa resultante de la aplicación de Roma no se ve agravada por requisitos más estrictos existentes en el Estado miembro de acogida⁵⁹.

Un ejemplo de disposiciones incompatibles de diferentes instrumentos se encuentra en lo relativo a las condiciones de trabajo contractuales de los trabajadores desplazados. De conformidad con el art. 8.2º Reglamento Roma I, la ley de

⁵⁷ STJUE 2 octubre 2003, as. C-148/02: *Carlos García Avello / Belgischer Staat*, ECR 2003, I-11635; STJUE 14 octubre 2008, as. C-353/06: *Grunkin und Paul*, ECR 2008, I-7639.

⁵⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO 2000 L 178/1

⁵⁹ STJUE 25 octubre 2011, Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10: *eDate Advertising GmbH und Martínez*, ECR 2011, I-10302.

contrato de trabajo se determina con referencia al lugar habitual de realización del trabajo en cuestión. El Tribunal de Justicia hasta fue tan lejos como para ampliar este punto de conexión: cuando el trabajo se lleva a cabo habitualmente en diferentes países, no se determina la ley del contrato, por ejemplo, mediante la aplicación de la conexión subsidiaria en el art. 8.3º Reglamento Roma II refiriéndose al establecimiento del empleador; en su lugar, se tiene en cuenta la totalidad de las circunstancias y se identifica ese país donde el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario⁶⁰. En virtud del art. 8.2º.2 Reglamento Roma I, este país también sigue siendo el mismo cuando el trabajador realiza con carácter temporal su trabajo en un país diferente.

Sin embargo, un caso diferente se presenta cuando el trabajo temporal realizado en el exterior es el resultado de haber sido desplazado a un país diferente. Aquí, en virtud del art. 23 Reglamento Roma I, la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores no se ve afectada⁶¹. La Directiva sobre desplazamiento de trabajadores establece que numerosos aspectos de una relación de trabajo –aspectos regulados si no por la ley de contrato de trabajo– se han de determinar en virtud de la legislación del país de acogida “cualquiera que sea la ley aplicable a la relación laboral”⁶². Aquí también, el Derecho de la Unión ha ideado una solución en dos pasos. Como un nivel de umbral de la materia, rige la ley de contrato de trabajo; aspectos individuales de este contrato pueden, sin embargo, ser reemplazados en caso de un desplazamiento de los trabajadores. Cada nivel del análisis presenta cuestiones de gran complejidad, estas consultas ya han llegado al Tribunal de Justicia en muchas ocasiones. Y mientras los compromisos alcanzados en Bruselas efectivamente se prestan a un robusto debate académico, el corolario resulta de poca seguridad jurídica para las partes involucradas.

VI. Conclusión

La búsqueda de la coherencia en el Derecho internacional privado europeo es totalmente comprensible y de importancia apremiante. Exige un análisis transversal de carácter integral con el fin de alinear los diversos instrumentos legislativos y sincronizar el tratamiento de las cuestiones jurídicas. Con respecto a la aplicación práctica de la legislación europea, la atención se debe centrar en la promoción de la convergencia entre la competencia judicial internacional y la

⁶⁰ STJUE 15 marzo 2011, as. C-29/10: *Heiko Koelzsch / Grand Duchy of Luxembourg*, ECR 2011, I-1595.

⁶¹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO 1997 L18/1.

⁶² *Vid.*, art. 3 Directiva, *ibid.*

ley aplicable. Es frecuente que se enfrenten valores políticos contradictorios resultando así una consulta legal en varios pasos que no sólo es excesivamente complicada, sino que se sitúa fuera del dominio actual de los instrumentos de Derecho internacional privado. Aquí también sería apropiada una mayor coherencia.

Como un primer paso esencial, las numerosas incoherencias y contradicciones deben ser objeto de un estudio detallado. Sólo entonces puede llevarse a cabo un análisis riguroso en cuanto a cómo se resuelven mejor estas deficiencias; en parte, las soluciones estarán en la aplicación de herramientas y dispositivos jurídicos, como las normas de caracterización y normas imperativas y en parte, sería adecuada una consolidación de los instrumentos existentes. El tiempo para una amplia codificación del Derecho internacional privado europeo, por el contrario, no está maduro todavía. Aquellos que abogan por una mayor claridad se les aconsejaría seguir el modelo de una “progresiva (o extensa) codificación” que inicialmente sólo agregue los textos existentes, por ejemplo, los Reglamentos Roma I, Roma II y Bruselas I. El esfuerzo, además, necesita ser conceptualizado como una forma de legislación abierta, capaz de absorber más tarde elementos adicionales tales como normas generales, un reglamento revisado Roma III o normas en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos.

Bibliografía

- Basedow, J. y Wurmnest, W.: *Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften*, Tubinga, 2004.
- Basedow, J.: “Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union – Eine einleitende Orientierung”, en J. von Hein/Giesela Rühl, eds., *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tubinga, 2016, pp. 3–23.
- Boele-Woelki, K. y van Iterson, D.: “The Dutch Private International Law Codification: Principles, objectives and opportunities”, *Electronic Journal of Comparative Law* 14.3, 2010, pp. 1–26.
- Bogdan, M.: *Sweden, International Encyclopedia of Laws, Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2012.
- Bruyne, J. de y Vanleenhove, C.: “An EU Perspective on the Liability of Classification Societies: Selected Current Issues and Private International Law Aspects”, *The Journal of International Maritime Law*, 20, 2014, pp. 103–120.
- Bumke, C.: “Rechtsdogmatik”, *JZ*, 2014, pp. 641–650.
- Cheshire/North/Fawcett, *Private International Law*, 14th ed. Oxford 2008.
- Crawford, E. y Carruthers, J.: “Connection and Coherence Between and Among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *Int'l Comp. L. Q.*, 63, 2014, pp. 1–29.
- Esplugues Mota, C., Iglesias, J.L. y Palao, G.: *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.
- Fallon, M., Lagarde, P. y Poillot-Peruzzetto, S., eds.: *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011.

- Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations”, *RabelsZ*, 67, 2003, pp. 1–56.
- Heinze, C.: “Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts”, *Festschrift für Jan Kropholler*, Tübinga, 2008, pp. 105–128.
- Herten-Koch, R.: *Rechtssetzung und Rechtsbereinigung in Europa*, Frankfurt am Main, 2003.
- Holmes, O.W.: *The Common Law*, Boston, ed. Mark DeWolfe Howe, 1881, edición de Boston, 1963.
- Kohler, C.: “L’autonomie de la volonté en droit international privé: Un principe universel entre libéralisme et étatisme”, *Recueil des cours*, t. 359, 2013, pp. 285–478.
- Kreuzer, K.: “Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?”, en B. Jud, W. Rechberger y G. Reichelt, eds., *Kollisionsrecht in der Europäischen Union, Neue Fragen des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Wien 2008, pp. 1–62.
- Lagarde, P., ed.: *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París, 2013.
- Lagarde, P.: “Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé”, *RabelsZ*, 75, 2011, pp. 673–676.
- Leible, S. y Unberath, H., eds.: *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, 2013.
- Leible, S.: “Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR”, *Festschrift für Dieter Martiny*, Tübinga, 2014, pp. 429–448.
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RabelsZ*, 71, 2007, pp. 225–344.
- Meeusen, J., Pertegás, M. y Straetmans, G. (eds.): *Enforcement of international contracts in the European Union – Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Amberes, 2004.
- Neuhaus, P.H.: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübinga, 1976.
- Trautmann, C.: *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübinga, 2011.
- Wagner, R.: “Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen – quo vadis?”, *ZEuP*, 2014, 1.

Recepción: 8.6.2016

Aceptación: 5.7.2016

LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN Y LA EJECUCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE JURISDICCIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE “CDC”

Christian HEINZE*

SUMARIO: I. Acuerdos de jurisdicción en el Reglamento Bruselas I *bis*. 1. La seguridad jurídica como justificación (principal) de los acuerdos de jurisdicción. 2. Requisitos de los acuerdos de jurisdicción de conformidad con el art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*. II. Acuerdos de jurisdicción y ejecución / aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE. 1. Limitación del foro disponible como un impedimento para la aplicación del Derecho de la competencia de la UE (el escenario CDC): A) El juicio CDC: La limitación del ámbito de aplicación personal y material de los acuerdos de jurisdicción; B) Crítica; C) Consecuencias; D) Preguntas abiertas: Efectos sobre los acuerdos de arbitraje y las cláusulas de elección de foro que no se rigen por el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis*. 2. ¿Los acuerdos de jurisdicción como un abuso de posición dominante? III. Conclusiones.

RESUMEN: En la Sentencia *Cartel Damage Claims (CDC)*, el Tribunal de Justicia de la UE tuvo que decidir sobre la interrelación entre el cumplimiento efectivo del Derecho de la competencia y las normas europeas sobre competencia judicial. Respecto de los acuerdos de elección de tribunal, el Tribunal confirmó que estos son admisibles en casos relacionados con la competencia, pero estableció una regla de interpretación según la cual las cláusulas que se refieren de forma abstracta a todas las controversias originadas de una relación contractual no se extienden a las reclamaciones relacionadas con la participación de una parte en un cartel. El artículo critica esta nueva regla europea de interpretación por la falta de certeza que genera y rebate sus consecuencias potenciales.

PALABRAS CLAVE: ACUERDOS DE COMPETENCIA – ELECCIÓN DE TRIBUNAL– INTERPRETACIÓN DE
LOS ACUERDOS DE COMPETENCIA – RECLAMACIONES EN DERECHO DE LA COMPETENCIA – RECLAMACIONES

* Catedrático de Derecho civil y de propiedad intelectual de la Universidad de Hanover (Alemania).

Traducción de Unai Belintxon Martín, profesor asociado de Derecho internacional privado de la Universidad Pública de Navarra.

EN MATERIA DE CÁRTEL — ÁMBITO PERSONAL DE LOS ACUERDOS DE COMPETENCIA — ALCANCE SUSTANTIVO DE LOS ACUERDOS DE COMPETENCIA — ACUERDOS DE COMPETENCIA Y RECLAMACIONES DELICTUALES.

ABSTRACT: *Jurisdiction Agreements and Effective Enforcement of EU Competition Law. Some Remarks on the Scope of Jurisdiction Agreements After the CDC Judgment of the CJEU*

In the Cartel Damage Claims (CDC) judgment, the Court of Justice of the European Union had to decide on the interplay between effective enforcement of competition law and the European rules of jurisdiction. For jurisdiction agreements, the Court confirmed that such agreements are admissible in competition cases, but established a rule of interpretation whereby clauses which abstractly refer to all disputes arising from a contractual relationship do not extend to claims arising from one party's participation in a cartel. The article criticises this new European rule of interpretation for the uncertainty it creates and discusses its potential consequences

KEY WORDS: JURISDICTION AGREEMENTS — CHOICE OF COURT AGREEMENTS — INTERPRETATION OF JURISDICTION AGREEMENTS — COMPETITION LAW CLAIMS — CARTEL CLAIMS — PERSONAL SCOPE OF JURISDICTION AGREEMENTS — SUBSTANTIVE SCOPE OF JURISDICTION AGREEMENTS — JURISDICTION AGREEMENTS AND TORT CLAIMS.

El Profesor Jürgen Basedow en su ponencia abordó como tema de reflexión y análisis “*Consistency in EU Private International Law*”. Mi ponencia también pretende abordar la coherencia de la legislación de la UE aunque desde una perspectiva diferente. Así, el presente trabajo trata de analizar la coherencia, consistencia y compatibilidad del Derecho internacional privado de la UE, en particular las normas de la UE sobre los acuerdos de jurisdicción contenidas en el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis¹, y el Derecho sustantivo de la UE representado por las normas sobre competencia contenidas en los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)². Ésta es una perspectiva poco común en el tradicional sector del conflicto de leyes y pretende reflejar como en ocasiones el Derecho internacional privado no ofrece una respuesta adecuada en su aplicación práctica³. De esta forma, mediante la presente reflexión pretendo demostrar como la interpretación y aplicación de las normas de la UE sobre acuerdos de jurisdicción ofrecida por el Tribunal de Justicia en el reciente asunto CDC⁴ solo puede explicarse y responder a la creciente preocupa-

¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351, p. 1–32.

² Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 326, p. 47–390.

³ Vid. J.J. Fawcett, J.M. Carruthers y P. North (eds.), Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14ª ed., Oxford University Press, 2008, p. 8: “*The function of private international law is complete when it has chosen the appropriate system of law*”.

⁴ Puede verse la STJ 4ª 21 mayo 2015, as. C–352/13: *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, SA*, ECLI:EU:C:2015:335.

ción por una aplicación adecuada y efectiva de las leyes sustantivas sobre competencia de la UE. Con el fin de aclarar este punto y para ilustrar las consecuencias no deseadas del excedente derecho sustantivo, procederé en tres pasos. En la primera parte, voy a resumir brevemente las normas europeas relativas a los acuerdos de jurisdicción y su justificación (I). En la segunda parte, se analizará la aplicación de estas normas en materia de competencia, y se valorará lo más destacable de la reciente sentencia CDC del Tribunal de Justicia (II). En la tercera y última parte, presentaré mis conclusiones (III). En la medida que el análisis se limita a la legislación de la UE, el Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro y las leyes procesales nacionales (que son aplicables para la elección de los tribunales de Estados terceros) quedan fuera del alcance del presente documento.

I. Acuerdos de jurisdicción en el Reglamento Bruselas I bis

Desde la aprobación del Convenio de Bruselas de 1968 la autonomía de la voluntad de las partes ha sido una de las piezas angulares del Derecho procesal civil internacional de la UE⁵. En la actualidad, para las materias civiles y mercantiles este principio queda consagrado en el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis. De esta manera, con la finalidad de respetar la autonomía de las partes⁶ el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis establece que “si las partes (...) han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes”. La competencia del tribunal elegido se presumirá exclusiva (art. 25.1º segunda frase Reglamento Bruselas I bis)⁷ y esto descarta tanto la aplicación de la regla general so-

⁵ Vid. relativo al Reglamento Bruselas I bis, considerando 19, las consideraciones aportadas por P. Jenard, “Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, 27 September 1968”, DO C 59 de 5.3.1979, al establecer que: “*Jurisdiction deriving from agreements conferring jurisdiction is already a feature of all the Conventions concluded between Member States of the Community, whether the rules of jurisdiction are direct or indirect*”.

⁶ Así el Considerando 19 del Reglamento Bruselas I bis refiere: “Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento”.

⁷ El art. 25.1º.2ª frase del Reglamento Bruselas I bis refiere que “Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes”. En este sentido puede verse, P. Jenard, *op. cit.*, nota 5, p. 37, al referirse que la presunción de exclusividad es “*essential to avoid different courts from being properly*

bre competencia del domicilio del demandado (art. 4 Reglamento Bruselas I bis), así como las competencias especiales de los arts. 7 y 8 del Reglamento Bruselas I bis⁸.

1. La seguridad jurídica como justificación (principal) de los acuerdos de jurisdicción

Si buscamos la justificación de esta amplia aceptación de la autonomía de las partes, los argumentos que vienen a la mente son prácticos y económicos⁹. Desde un punto de vista práctico, y también desde una perspectiva económica, la libertad de las partes para elegir y limitar la jurisdicción de un único tribunal con competencia exclusiva para conocer de las futuras controversias que puedan acaecer potencia la seguridad jurídica¹⁰. De esta manera, las partes pueden prever el foro para cualquier procedimiento. Así, no solamente evitarán disputas largas y costosas sobre el tribunal competente, sino que también se reducirán significativamente los procedimientos paralelos. Por otro lado, la certeza del foro competente permite a las partes conocer el marco institucional¹¹, procedimental¹² y la ley sustantiva¹³ aplicable ante cualquier conflicto futuro. Las partes pueden tener en cuenta estos factores en el cálculo de los costes y beneficios del contrato en general y elaborar un borrador de estas previsiones con el fin de que

seised of the matter and giving conflicting or at least differing judgments". Puede verse también, la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (1999), en su art. 23 que: "... se trata (ap. 1) de confirmar que la competencia conferida por una cláusula de elección del foro es una competencia exclusiva, al tiempo que se permite que las partes puedan convenir que esta competencia no sea exclusiva. Esta flexibilización se justifica por el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes".

⁸ STJ 9 noviembre 1978, as. 23/78: *Nikolaus Meeth v. Glacetal*, ECLI:EU:C:1978:198; también puede verse, Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1988, 646 ss.

⁹ Relativo a otras justificaciones que serían deontológicas (autonomía de las partes en el procedimiento civil internacional como una libre y natural expresión de la voluntad del individuo) y argumentos basados en los derechos humanos, como la libertad para llevar a cabo un negocio o la libertad de disfrute de la propiedad, puede verse, J. Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Brill Nijhoff, 2015, párrafos 239–255. Estos argumentos se han quedado fuera puesto que no se reflejan en los textos preparatorios del Convenio de Bruselas.

¹⁰ En este sentido puede verse, P. Jenard, *loc. cit.*, nota 5, p. 37. A su vez, realizando un perspectiva más general *vid.*, J. Basedow, *op. cit.*, nota 9, p. 10: "*The quest for a stable, uniform and reliable legal framework is the very basis of private international law*".

¹¹ Por ejemplo, la calidad y la experiencia de los tribunales y abogados, la independencia de los tribunales, los gastos del procedimiento.

¹² Así como la importancia y la duración de los procedimientos orales vs. escritos, obtención de pruebas.

¹³ El tribunal competente aplicará sus propias normas de conflicto, las cuales permiten identificar las normas materiales aplicables.

sean confirmadas por el tribunal competente. No menos importante, y para el caso de que surjan conflictos, las negociaciones para dilucidar la controversia serán más fáciles si se conoce de antemano qué tribunal va a decidir sobre el fondo del asunto y con ello la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo. Finalmente, cabe subrayar que las partes pueden elegir el foro (y la ley) más familiar para el específico tipo de acuerdo y sector económico. En conclusión, la existencia de un acuerdo de elección de foro reducirá los costes de transacción para los acuerdos internacionales y no disuadirá a las partes de entrar en dichos acuerdos, aumentando con ello la eficiencia económica¹⁴.

2. Requisitos de los acuerdos de jurisdicción de conformidad con el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis

En cuanto a los requisitos para los acuerdos de jurisdicción, el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis distingue entre la validez formal incluyendo el consentimiento, la validez material y la admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción. La validez formal queda regulada¹⁵ en el art. 25.1º 3ª frase, y en el art. 25.2º del Reglamento Bruselas I bis. En cuanto a la validez sustancial del acuerdo, como si de un segundo requisito se tratase, se presume en virtud del art. 25.1º.1 del Reglamento Bruselas I bis, a no ser que el acuerdo no esté cubierto por el Reglamento Bruselas I bis. En cambio, cuando la regulación se refiere a cuestiones de validez sustantiva del derecho del Estado del foro que ha sido elegido, dicha validez debe decidirse con arreglo a las normas nacionales de conflicto de leyes de dicho Estado miembro (considerando 20 Reglamento Bruselas I bis), y no mediante las normas contenidas en el Reglamento Roma I (*vid.* art. 1.2º.e del Reglamento Roma I)¹⁶. La aplicación de las normas de conflicto nacionales llevará normalmente a la aplicación de la misma ley que rige el acuerdo de jurisdicción que gobierna la cuestión controvertida¹⁷ en el contrato principal al que se incorpora el acuerdo¹⁸. Además, el art. 25.5º del Reglamento Bruselas I bis viene

¹⁴ J. Basedow, *op. cit.*, nota 9, p. 237.

¹⁵ STJ 1ª 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*, ECLI:EU:C:2013:62, párrafo 25.

¹⁶ Por el contrario, a favor de la aplicación del Reglamento de Roma pueden observarse las argumentaciones de S.P. Camilleri, "Article 23: Formal Validity, Material Validity, or Both?", *J. Priv. Int'l L.*, 2011, pp. 316 ss.

¹⁷ En materia de la controversia se deberán aclarar ciertas cuestiones relativas a la capacidad y representación (art. 1.2º.g) y el art. 13 de Reglamento Roma I), que no necesariamente se rigen por la misma ley que es aplicable en el contrato principal (como es determinado por los arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I).

¹⁸ En referencia a la legislación alemana puede verse el Bundesgerichtshof, *IPRax*, 1996, pp. 367-371; de este modo, relativo a la legislación inglesa *vid.*, L. Collins of Mapesbury, A. Briggs, A. Dickin-

a reafirmar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁹ aclarando que el acuerdo de jurisdicción será independiente de las demás estipulaciones del contrato en el que esté incluido. En particular, su validez no puede ser “impugnada por la sola razón de que el contrato no sea válido”²⁰.

Finalmente, el Reglamento regula como tercera categoría *la admisibilidad sustantiva de los acuerdos de jurisdicción*. El art. 25.4º del Reglamento Bruselas I *bis* recoge que “los acuerdos (...) no surtirán efecto (...) si son contrarios a las disposiciones de los arts. 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del art. 24”. En otras palabras, si se entiende que el art. 25.4º del Reglamento Bruselas I *bis* es concluyente y que no permite ningún margen de maniobra para nuevas restricciones nacionales de la admisibilidad²¹, los acuerdos de jurisdicción son admisibles en todas las áreas fuera del ámbito de la competencia exclusiva (art. 24 del Reglamento Bruselas I *bis*), el campo de los consumidores, empleo o derecho de los seguros sujetos a las restricciones especiales de los arts. 15, 19 y 13 del Reglamento Bruselas I *bis*.

II. Acuerdos de jurisdicción y ejecución/aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE

El breve análisis del Reglamento Bruselas I *bis* refleja que las reclamaciones sobre Derecho de la competencia pueden estar sujetas a los acuerdos de jurisdicción. En particular, no hay un criterio general sobre la admisibilidad de los acuerdos de jurisdicción en materia de reclamaciones de indemnización (daños y perjuicios) en el ámbito del Derecho de la competencia²². Por otra parte, la mera

son, J. Harris y J.D. McClean (eds), Dicey, Morris and Collins en *The Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012, párrafo 12–103.

¹⁹ STJ 6ª 3 julio 1997, as. C–369/95: *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, ECLI:EU:C:1997:337, párrafos 24 ss; STJ 1ª 4 marzo 1982, as. 38/81: *Effer SpA v. Hans-Joachim Kantner*, ECLI:EU:C:1982:79, párrafos 7 ss.

²⁰ Referente a la aplicación de este principio en los casos de Derecho de competencia puede observarse a M. Danov, *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011, pp. 62–64. Desde mi punto de vista, una posible nulidad prevista en el art. 101.2º es poco probable en la mayoría de los casos de daños por cártel, ya que sólo al acuerdo contrario a la competencia entre los diferentes miembros de cárteles es aplicable el art. 101.2º TFUE, no a los contratos de venta con los compradores en el cual se aplica el cártel (que normalmente contiene la cláusula de jurisdicción).

²¹ STJ 16 marzo 1999, as. C–159/97: *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v. Hugo Trumpy SpA*, ECLI:EU:C:1999:142, párrafos 49 y 51.

²² En referencia a la posibilidad de acuerdos de jurisdicción en las acciones de competencia puede verse en Oberlandesgericht Stuttgart, *IPRax*, 1992, pp. 86 y 88; M. Danov, *op. cit.*, nota 20, pp. 62 ss; W

existencia de una infracción de la competencia no invalida el acuerdo atributivo de jurisdicción existente porque el acuerdo anti-competitivo en la mayoría de los casos concierne a la relación entre varios proveedores (por ejemplo un cártel), mientras que el acuerdo atributivo de jurisdicción va a estar incluido en el contrato de venta entre el proveedor y el comprador al cual no le será de aplicación el art. 101.5º TFUE.

Mientras que el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* parece ser inequívoco en cuanto a la admisibilidad del acuerdo de jurisdicción en el Derecho de la competencia, los resultados de su aplicación se encuentran en cierta tensión con el principio de aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE²³. Esta tensión se puede observar en dos escenarios: En un primer escenario, el acuerdo de jurisdicción puede limitar la posibilidad de elección entre varios tribunales competentes de la que podría disponer la víctima de una infracción del Derecho de la competencia si no existiese acuerdo (§ 1). En un segundo escenario, además de limitar la elección del tribunal de la parte lesionada, se puede argumentar que el acuerdo de jurisdicción en sí mismo ha sido impuesto por una compañía dominante como un abuso de su poder de mercado y por lo tanto puede ser impugnado en virtud del art. 102 TFUE (§ 2).

1. Limitación del foro disponible como un impedimento para la aplicación del Derecho de la competencia de la UE (El escenario CDC)

En el primer escenario, el impedimento de la aplicación del Derecho de la competencia de la EU radica en la limitación del foro disponible según el acuerdo de jurisdicción que recoge un único tribunal como competente para conocer del asunto. Sin la cláusula de elección del tribunal, la víctima de la infracción de la competencia podría accionar o demandar a los infractores no solo en sus respectivos domicilios (art. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*), sino que también –bajo ciertas condiciones– en el lugar donde el miembro del cártel tiene su domicilio (art. 8 nº 1 del Reglamento Bruselas I *bis*)²⁴, en el lugar donde el cártel, “fue definitivamente constituido o bien fue concluido un arreglo que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador”²⁵ (lugar donde se origina el hecho causante, art. 7, nº 2 del Reglamento Bruselas I

Wurmnest “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 2012, pp. 933, 935.

²³ El principio de la aplicación efectiva de la legislación de la UE además de adherirse a los Estados miembros, también sirve como guía interpretativa del Derecho de la UE. El hecho de que pueda ser posible esta vía interpretativa es gracias al Reglamento Bruselas I *bis*.

²⁴ CDC, nota 4, párrafos 21–25.

²⁵ CDC, nota 4, párrafos 43–50.

bis) o, probablemente la mejor perspectiva para el demandante, el lugar donde la víctima del cártel tiene localizado su domicilio u oficina registrada²⁶ (lugar donde se ha producido el daño, art. 7, nº 2 del Reglamento Bruselas I bis). El acuerdo de la jurisdicción, debido a su efecto exclusivo no solo cubre o abarca la jurisdicción basada en el art. 4, sino que también la basada en el art. 7 y 8 del Reglamento Bruselas I bis²⁷, y expulsa a la parte lesionada del paraíso del actor, aunque sólo en relación con el miembro de un cártel que es parte del acuerdo de jurisdicción. Incluso peor, puede obligar a la parte lesionada a pleitear en un foro distante y con mala fama por su lentitud, incluso verse abocado a procedimientos costosos y/o complicados que desalienten por completo la ejecución de las reclamaciones por los daños causados²⁸.

A) El juicio CDC: La limitación del ámbito de aplicación personal y material de los acuerdos de jurisdicción

En este contexto, al Tribunal de Justicia se le preguntó en el asunto CDC si el art. 25.1º del Reglamento de Bruselas I bis y el requisito de aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE debe, en el caso de acciones de daños a la competencia interpretarse como que permite la toma en consideración de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los contratos de suministro de mercancías cuando éstas tienen el efecto de excluir la jurisdicción de otro tribunal que sería competente en virtud del art. 7.2º o el art. 8.1º del Reglamento Bruselas I bis. El Tribunal ofreció una respuesta matizada: En principio, se confirmó que el acuerdo de jurisdicción concluido en virtud del art. 25.1º del Reglamento Bruselas I bis desplaza las normas de competencia contenidas en los arts. 7 y 8 del Reglamento Bruselas I bis²⁹. Esto no se pone en duda en relación al requisito de aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE ya que, en primer lugar, las normas sustantivas aplicables al fondo del asunto no deben afectar a la validez de una cláusula de jurisdicción acordada de acuerdo con el art. 25³⁰. En

²⁶ CDC, nota 4, párrafo 52.

²⁷ STJ 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Estasis Saloti di Colzani*, ECLI:EU:C:1976:177, párrafo 7; Sentencia del 9 noviembre 1978, as. 23/78: *Nikolaus Meeth v. Glacetal*, ECLI:EU:C:1978:198, párrafo 5.

²⁸ En referencia a la confianza mutua e igualdad de los tribunales de todos los Estados miembros, uno puede sorprenderse de que el Abogado General y el Tribunal de Justicia encuentran discutible que la prórroga de un tribunal de la Unión Europea puede impedir la aplicación efectiva del derecho de la competencia de la UE. Sin embargo, en este sentido el Tribunal debe ser defendido ya que aun estando bajo la premisa de igualdad de los tribunales de todos los Estados miembros, aquellos litigios que se dan en el extranjero son una gran desventaja para el demandante.

²⁹ CDC, nota 4, párrafos 59–61.

³⁰ Puede verse CDC, nota 4, párrafos 59–61, haciendo referencia a la STJ 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v. Hugo Trumpy SpA*, párrafo 51.

segundo lugar, debe considerarse que el sistema de recursos/legales establecido en cada Estado miembro, así como el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, proporciona u ofrece una garantía suficiente al respeto³¹ de los conocidos principios de confianza mutua e igualdad de todos los tribunales de los Estados miembros.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia al parecer no estaba impresionado por las preocupaciones sobre la aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE. Como no podía excluir las acciones de Derecho de la competencia en general del art. 25 de Reglamento Bruselas I bis sin socavar esta disposición, en su lugar optó por limitar el alcance de los acuerdos de jurisdicción de dos maneras. En primer lugar, el Tribunal hizo hincapié en los límites personales de los acuerdos de jurisdicción. En principio, estos acuerdos solo producirán efectos en las relaciones entre las partes que han dado su consentimiento para la celebración de dicho contrato³². Para que un tercero quede obligado por dicho acuerdo, en principio, es necesario que dicho tercero haya dado su consentimiento al efecto³³. En ausencia de consentimiento por dicho tercero, éste tercero sólo quedará obligado por la cláusula de jurisdicción inserta en el contrato original siempre y cuando suceda a una de las partes contratantes en sus derechos y obligaciones de acuerdo con el Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del tribunal que conozca del asunto³⁴.

La limitación a las partes que originalmente concluyeron el acuerdo de jurisdicción y sus sucesores legales es importante en las controversias de Derecho de la competencia, a menudo el acuerdo de jurisdicción ha sido concluido mediante la filial al efectuar la venta, mientras que la acción por daños puede dirigirse contra la empresa matriz que será responsable de las infracciones de sus subsidiarias según la doctrina Azko³⁵. Como consecuencia, si un grupo de empresas

³¹ CDC, nota 4, párrafo 63, analizando la STJ 5ª 11 mayo 2000, as. C-38/98: *Régie nationale des usines Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento*, párrafo 23.

³² CDC, nota 4, párrafo 64.

³³ CDC, nota 4, párrafo 64 en referencia a la STJ 1ª 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*, párrafo 29.

³⁴ En este sentido puede verse la STJ 5ª 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and Others*, ECLI:EU:C:2000:606, párrafos 23, 24, 25 y 30.

³⁵ STJ 3ª 10 septiembre 2009, as. C-97/08: *Akzo Nobel NV and Others v. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2009:536, párrafos 60-62. Vid. también el art. 1.1º y el art. 2.2º Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 noviembre 2014, referente a ciertas reglas que rigen las acciones por daños y perjuicios en virtud de la legislación nacional en caso de infracción de las disposiciones de la ley de competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, que pueden hacer que sea necesario aplicar el principio de responsabilidad del grupo de empresas de reparación de daños privados (DO L 349 de 12.05.2014, pp. 1-19).

se ve comprometido en una infracción de la competencia, un acuerdo de jurisdicción únicamente en el nivel de la filial que afecta a las ventas y la entrega podría no ser suficiente para proteger a la empresa matriz de ser demandado en los tribunales no prorrogados. Por otra parte, los compradores indirectos sólo quedarán obligados por los acuerdos de jurisdicción de los compradores directos si están de acuerdo con sus términos o han sucedido a los compradores directos en sus derechos y obligaciones que no siempre será el caso.

Una segunda limitación, aún más importante que la anterior sobre los acuerdos de jurisdicción es la relacionada con el ámbito sustantivo. Antes del asunto CDC, se había decidido por el Tribunal de Justicia que, corresponde al juez nacional interpretar la cláusula atributiva de competencia invocada ante él con el fin de determinar qué litigios están comprendidos dentro de su ámbito³⁶. Esto podría interpretarse como una referencia, ya sea directamente a la *lex fori* de la corte prorrogada³⁷ –como una cuestión de interpretación sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción y por lo tanto como una cuestión procesal– o de la ley aplicable al acuerdo de jurisdicción, lo que podría decirse (en la mayoría de los casos) que es la misma que rige el contrato principal³⁸. En CDC, el Tribunal de Justicia confirma la referencia a la legislación nacional en principio³⁹, pero superpone con una definición autónoma el alcance de los acuerdos de jurisdicción. De acuerdo con el tribunal de Luxemburgo, la referencia en el art. 25.1º, 1º frase del Reglamento Bruselas I bis a “una determinada relación jurídica” limita el alcance de una cláusula atributiva de jurisdicción únicamente a los conflictos que surgen de la relación jurídica concreta en la que se ha introducido el acuerdo. La finalidad de esta exigencia es evitar que una de las partes sorprenda a la otra imponiendo una cláusula o acuerdo atributivo de jurisdicción a un foro determinado en lo que respecta a todas las disputas que puedan surgir como conse-

³⁶ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115, párrafos 33–37; STJ 6ª 3 julio 1997, as. C-269/95: *Francesco Benincasa v. Dentalkit Sri*, ECLI:EU:C:1997:337, párrafo 31.

³⁷ Algunos proponen aplicar la *lex fori* de la corte prorrogada (G. Mäsch, *IPRax*, 2005, pp. 509, 514; B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, F.C. Müller, 2009, párrafo 131), mientras que otros proponen aplicar la *lex fori* del tribunal que conoce de la validez del acuerdo (D Tsirikas, en *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2013, pp 1375, 1379). La solución para aplicar la *lex fori* de la respectiva corte podría decirse que ha sido descartada por el considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis, que, sin embargo, no aborda directamente la interpretación, sólo la validez sustantiva.

³⁸ A. Briggs, *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, 2014, párrafo 4.187; U. Magnus en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law*, vol. I, *Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, 2016, art. 25, párrafo 143.

³⁹ CDC, nota 4, párrafo 67 en referencia a la STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, párrafo 37 y a la STJ 6ª 3 julio 1997, as. C-269/95: *Francesco Benincasa v. Dentalkit Sri*, párrafo 31.

cuencia de su relaciones contractuales, y a aquellas que deriven de una relación distinta para la que fue acordada la cláusula atributiva de jurisdicción⁴⁰.

Debido a tal efecto, el órgano jurisdiccional nacional al enfrentarse con un acuerdo de jurisdicción debe considerar que una cláusula que se refiere de forma abstracta a todos los conflictos derivados de las relaciones contractuales no se aplica a un conflicto relativo a la responsabilidad delictual / extracontractual en que una de las partes supuestamente incurrió como resultado de la participación en un cártel ilegal⁴¹. Como la empresa víctima de la infracción de la competencia no podía prever de forma razonable este tipo de litigio en el momento en el que acordó la cláusula de jurisdicción y dado que dicha empresa no tenía conocimiento del cártel ilegal en ese momento, dicho litigio no puede ser considerado como derivado de una relación contractual. Por tanto, la referida cláusula no excluirá válidamente la competencia del tribunal referido⁴². En cambio, ante una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal remitente, éste debería declinar su propia competencia, incluso cuando esa cláusula lleva a excluir las reglas de competencia especiales previstas en los arts. 5 y/o 6 del Reglamento n° 44/2001⁴³. Como consecuencia, sólo las cláusulas de jurisdicción que, “se refieran a las controversias sobre responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia”⁴⁴ darán lugar a la jurisdicción exclusiva de la corte prorrogada.

B) Crítica

La decisión del Tribunal de Justicia en CDC es tanto valiente como incorrecta. Mientras que el Tribunal ciertamente confirma la jurisprudencia anterior sobre la exclusividad del acuerdo de la jurisdicción y la irrelevancia de la pretensión material forzada⁴⁵ (al menos en lo que se refiere los arts. 15, 18, 21 o 24 del Reglamento Bruselas I bis), desarrolla una nueva regla Europea sobre la interpretación y el alcance de los acuerdos de jurisdicción que socava el propósito

⁴⁰ CDC, nota 4, párrafo 68 en referencia a la STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, párrafo 31.

⁴¹ CDC, nota 4, párrafo 69.

⁴² CDC, nota 4, párrafo 70. Un argumento similar ya dicho anteriormente por el Abogado General, CDC, nota 4, párrafo 111.

⁴³ CDC, nota 4, párrafo 71.

⁴⁴ CDC, nota 4, párrafo 71.

⁴⁵ STJ 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v. Hugo Trumpy SpA*, ECLI:EU:C:1999:142, párrafo 49.

mismo de los acuerdos de jurisdicción, la seguridad jurídica de las partes y la previsibilidad del tribunal competente.

Para el ámbito de aplicación personal de los acuerdos de jurisdicción, se puede argumentar que una limitación estricta de su aplicación a las partes que originalmente celebraron el acuerdo de jurisdicción y a terceros que han dado su consentimiento o han sucedido en derechos y obligaciones a una de las partes contratantes originales de conformidad con el derecho sustantivo nacional encuentra alguna base en la jurisprudencia anterior⁴⁶. Dicho esto, la combinación de la doctrina del Derecho de la competencia de la entidad económica única y la responsabilidad de Akzo de todos los miembros de ese grupo económico por las infracciones cometidas por un solo miembro⁴⁷, conlleva una reducción significativa de la responsabilidad en aquellos acuerdos de jurisdicción realizados con una persona jurídica que forma parte de un gran grupo empresarial. Como consecuencia de la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la misma entidad económica, un acuerdo de jurisdicción concluido sólo entre las partes del contrato de venta individual (a menudo una filial local) no cubrirá a la matriz que será solidariamente responsable de la infracción de la competencia bajo la doctrina Azko y por lo tanto todavía puede ser demandada fuera del foro prorrogado. En otras palabras, los acuerdos de jurisdicción serán inútiles para los grupos de empresa si no se extienden expresamente a todos los miembros del grupo. Por lo tanto, los redactores de los contratos deben extender los acuerdos de jurisdicción regularmente a todas las compañías pertenecientes al mismo grupo corporativo⁴⁸. Así, cabe señalar que esta estrecha limitación sobre la aplicación del acuerdo de jurisdicción a la concreta persona jurídica parte del acuerdo, contrasta con una interpretación mucho más amplia de las cláusulas de arbitraje que a veces se entiende que cubren a todo el grupo empresarial (*“théorie de groupe de sociétés”* or *“group of companies doctrine”*)⁴⁹.

⁴⁶ Para un concepto autónomo europeo del consentimiento para un acuerdo de jurisdicción pueden verse entre otros: STJ 19 junio 1984, as. 71/83: *Tilly Russ et Ernest Russ contre NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova et NV Goeminne Hout*, ECLI:EU:C:1984:217, párrafo 24; STJ 1^a 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*, párrafos 25-41; STJ 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Trasporti Castelletti SpA v. Hugo Trumpy SpA*, párrafo 41; STJ 5^a 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and Others*, párrafos 23 ss; STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, párrafos 13 ss.

⁴⁷ STJ 3^a 10 de septiembre 2009, as. C-97/08: *Akzo Nobel NV and Others v. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:2009:536, párrafos 60-62.

⁴⁸ Por razones similares tribunales de otras jurisdicciones a veces han sostenido que una parte que no está, estrechamente vinculada con uno de los firmantes puede hacer valer una cláusula de elección de foro, para un análisis más exhaustivo *vid.* a V. Black y S. Pitel, “Forum-Selection Clauses: Beyond the Contracting Parties”, *J. Priv. Int’l L.*, 2016, pp. 26, 30 y 34.

⁴⁹ Entorno a este debate puede verse en Bundesgerichtshof, *IPRax*, 2016, 63.

Mucho más significativa es la nueva interpretación del ámbito de aplicación material de los acuerdos de jurisdicción. Antes de la sentencia CDC, la interpretación del acuerdo de jurisdicción, en particular la determinación del ámbito de aplicación material, era una materia del tribunal nacional, regulado por el derecho nacional⁵⁰. Sobre esta base, los tribunales en Alemania⁵¹ y en el Reino Unido⁵² han considerado que las acciones de responsabilidad de la competencia quedan bajo las cláusulas generales de jurisdicción en los contratos de venta con el fin de satisfacer las expectativas de las partes de que todos los conflictos futuros en el marco de dicho contrato de venta sean juzgados por el tribunal elegido. En CDC, el Tribunal de Justicia ha introducido una nueva regla Europea en la interpretación de los acuerdos de jurisdicción. El tribunal nacional está ahora obligado a “considerar que una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito”⁵³, a menos que la cláusula explícitamente “hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia”⁵⁴. Esta interpretación parece, con el debido respeto, estar basada en un malentendido de la frase “cualquier litigio que haya surgido o pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica” recogida en el art. 25.1º 1ª frase del Reglamento Bruselas I bis. Incluso si limitamos la “determinada relación jurídica” para el contrato de venta celebrado entre un miembro del cártel y

⁵⁰ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn plc v. Wolfgang Petereit*, párrafos. 35-37; STJ 6º 3 julio 1997, as. C-369/95: *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, ECLI:EU:C:1997:337, párrafo 31.

⁵¹ Oberlandesgericht Stuttgart, *IPRax*, 1992, 86, 88; Kammergericht *Archiv für Presserecht* 1998, 74, 75; W Wurmnest en *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag* (Sellier, 2014) 567, 581; U. Magnus en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law*, vol. I, *Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, 2016, art. 25, párrafo 151 respecto a las reclamaciones por daños refiere que “connected with the contractual relation are deemed to be included as well”.

⁵² *Provimi Limited v. Aventis Animal Nutrition SA and Others* [2003] E.C.C. párrafo 102; *ET Plus SA v. Welter* [2005] EWHC 2115 (Comm) párrafo 51; contra *Ryanair Limited v. Esso Italiana Srl* [2013] EWCA Civ 1450 párrafo 48. En el ámbito de aplicación de acuerdos de jurisdicción *vid.* M. Danov, *op. cit.*, nota 20, pp. 65-66. Puede verse también A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008, párrafo 4-49: “Reasoning which pretends that claims concerning tort or bailment, arising between parties who did at least try to become contracting parties, are not claims which arise from or under the contract is, it is submitted, unworthy and unconvincing”; T. Hartley, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford University Press, 2013, párrafo 8.08: “As long as the dispute arises out of the legal relationship in question, the action could be brought on any basis – for example, contract (including a different contract), tort, or restitution – provided the wording of the choice-of-court agreement is sufficiently broad”.

⁵³ CDC, nota 4, párrafo 69.

⁵⁴ CDC, nota 4, párrafo 71.

un comprador, no se puede negar que la reclamación de competencia surge “en relación con” dicho contrato, porque sin el coste excesivo debido al cártel acordado precisamente ese contrato simplemente no generaría ningún daño ni ninguna acción de la competencia. Si todas las acciones de responsabilidad que se derivan de una implementación de un contrato no fueran capturadas por la frase “cualquier litigio” en el art. 25.1º 1ª frase del Reglamento Bruselas I bis, el valor de un acuerdo de jurisdicción para lograr la seguridad jurídica en cuanto al foro para futuras disputas se reduce significativamente.

Por otro lado, el razonamiento del Tribunal de Justicia se basa aparentemente en la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones extracontractuales⁵⁵, con reclamaciones basadas en (la competencia) agravios no cubiertos por el acuerdo de jurisdicción porque “toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales”⁵⁶, este planteamiento permite cuestionarse si otro tipo de demandas de responsabilidad civil se encuentran cubiertas por los acuerdos de jurisdicción que sólo “se refieran en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales”. El argumento presentado por el Tribunal, a saber, que la víctima del agravio no podía prever razonablemente sus posibles reclamaciones de responsabilidad en el momento en el que entró en el acuerdo de jurisdicción⁵⁷, será probablemente cierto para casi todas las demandas de responsabilidad civil, ya que la víctima en el momento de la celebración del contrato (con el acuerdo de jurisdicción) difícilmente contempló que llegaría a ser (que se había convertido) víctima de un agravio por la otra parte del acuerdo. Es dudoso que una referencia menos abstracta como “las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia”, donde tales acciones sobre Derecho de la competencia se incluyen, y aceptada por el Tribunal de Justicia sea más clara para las partes que una referencia general a “todas las disputas”.

Por otra parte, el propósito de los acuerdos de jurisdicción abstractos es precisamente cubrir todas las demandas, sean o no previsibles para las partes con el fin de garantizar la seguridad jurídica. En este contexto, es necesario mencionar que hoy en día en algunos contratos se incluyen cláusulas de penalización si la

⁵⁵ M. Weller y J. Wächle, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2015, pp. 603–605: “Ansonsten fehle es in Ansehung der deliktischen Schadensersatzansprüche an der nach europäisch-autonomem Maßstab für die “Vereinbarung” erforderlichen Zustimmung”.

⁵⁶ CDC, nota 4, párrafo 70.

⁵⁷ Hace una referencia similar F Vischer en: *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, 2004, pp. 993 y 996.

otra parte comete alguna infracción de la competencia⁵⁸, lo que muestra claramente que dicha conducta es, contraria a lo que sugiere el Tribunal de Justicia, no más lejos de la imaginación de algunos redactores de contratos. Excepto para limitar los acuerdos de jurisdicción en contratos existentes (los cuales fueron probablemente la motivación para la decisión CDC), la consecuencia más probable de la sentencia CDC va a ser que los redactores de los contratos ahora van a incluir una larga lista de posibles acciones de responsabilidad civil en sus acuerdos de jurisdicción, cubriendo con ello todo, desde las infracciones de la competencia, a la responsabilidad del producto y el Derecho del mercado de capitales. Como resultado provisional, sin embargo, la decisión CDC va a causar una incertidumbre significativa sobre las reclamaciones de responsabilidad civil, y si es así, cabe plantearse cuáles serán cubiertas por los acuerdos de jurisdicción, o incluso habrá que plantearse si la estricta interpretación del acuerdo de jurisdicción en CDS se limita al escenario de las infracciones del Derecho de la competencia (o incluso, si solo se limita a las reclamaciones contra el cártel).

C) Consecuencias

Mientras que la interpretación restrictiva del ámbito de aplicación material de los acuerdos de jurisdicción en la sentencia CDC ha de ser criticado, la práctica legal tendrá que convivir con ella. Por lo tanto, la cuestión decisiva a plantearse es cómo las nuevas directrices de la sentencia CDC se pueden integrar en el sistema del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis.

Como observación preliminar, se podría plantear cómo la nueva regla europea sobre interpretación y alcance de los acuerdos de jurisdicción se refiere al art. 25 de la BR después de la reforma del Reglamento de Bruselas. Inspirado por el Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, el nuevo art. 25.1º 1ª frase in fine se refiere a cuestiones de validez sustantiva a “el Derecho de dicho Estado miembro”, que es “el Estado miembro del tribunal o los tribunales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflicto de leyes de dicho Estado miembro”. Después de CDC, parece que la interpretación y alcance de los acuerdos de jurisdicción es una nueva categoría diferente de la validez material abordada en el considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis. Para la interpretación y el alcance del acuerdo de jurisdicción, el principio a seguir es que, “corresponde al juez nacional interpretar la cláusula atributiva de competencia invo-

⁵⁸ A modo de ejemplo pueden verse los hechos de Oberlandesgericht Karlsruhe, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2014, p. 366. Löschfahrzeuge, “Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird”.

cada ante él, para determinar las controversias comprendidas en su ámbito de aplicación”, pero el Tribunal de Justicia se reserva el derecho a intervenir formulando reglas Europeas de interpretación para los acuerdos de jurisdicción. Todavía no están claros por lo menos dos puntos: En primer lugar, no está claro sobre la base de qué derecho debe realizarse la interpretación por el órgano jurisdiccional nacional. Uno podría aplicar la misma ley que rige la validez sustantiva de la cláusula de jurisdicción (según lo determinado por el considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis, el cual tiene la ventaja de que normalmente dará lugar a la misma ley que rige el contrato principal)⁵⁹ o aplicar directamente la *lex fori* de la corte prorrogada (para lo cual, sin duda cabría destacar, la economía procesal y la nueva prioridad de la corte prorrogada en virtud del art. 31.2º del Reglamento Bruselas I bis). Como tercera opción, estaría la aplicación de la ley de cada tribunal establecido, aunque es la alternativa menos convincente. Lo mismo se tiene que extrapolar para una interpretación de los acuerdos de jurisdicción por “construcción natural” independiente de un derecho nacional particular⁶⁰, ya que, a la luz de las diferentes normas nacionales sobre la interpretación de los acuerdos de elección de foro, aún no está claro cuáles serían los criterios de dicha construcción natural.

Otra cuestión abierta es si el Tribunal de Luxemburgo sólo intervendrá si existe un interés significativo para la UE (como la aplicación y ejecución del Derecho de la competencia) o si también prescribirá normas autónomas de interpretación en otros casos (por ejemplo acciones normales de responsabilidad por daños resultantes de la entrega de productos defectuosos). En resumen, se puede concluir que después de CDC, la interpretación de los acuerdos de elección que se rigen por el Reglamento Bruselas I bis es un “concepto semi-autónomo”: en general, “corresponde al juez nacional interpretar la cláusula de atribución de competencia invocada ante él, para determinar las controversias comprendidas en su ámbito de aplicación”, y ésta interpretación es aparentemente gobernada por la misma ley que rige la validez sustancial del acuerdo de jurisdicción según lo determinado por el considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, el Tribunal de Justicia se reserva el derecho a desarrollar, sobre la base de una interpretación de las palabras “cualquier litigio que haya surgido o que pue-

⁵⁹ Vid. A. Briggs, *op. cit.*, nota 38, párrafo 4: “It is most likely that this exercise is undertaken by reference to the national law which governs the agreement itself, which law will frequently, though need not, be the law which governs the substantive contract of which it is a term, albeit a severable or dissociated term”.

⁶⁰ Puede verse A. Briggs, *op. cit.*, nota 38, párrafo 4; (“método autónomo de interpretación” basado en la redacción del acuerdo y la intención de las partes) U. Magnus, *op. cit.*, nota 38, art. 25–143 (sin embargo, Magnus también acepta una solicitud adicional refiriendo que “interpretation rules of the law (including the conflict rules) (...) that governs the jurisdiction agreement”).

da surgir con ocasión de una determinada relación jurídica” recogida en el art. 25.1º, 1ª frase del Reglamento Bruselas I *bis*, normas Europeas sobre la interpretación de los acuerdos de jurisdicción⁶¹.

Entorno a la regla de interpretación de la sentencia CDC, una primera excepción a esa interpretación restrictiva ya ha sido mencionada por el Tribunal de Justicia. Si una cláusula de elección de tribunal no se refiere de forma abstracta a todas las disputas derivadas de una relación contractual sino “a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia”, tal cláusula excluirá las reglas especiales de jurisdicción para las reclamaciones por daños al Derecho de la competencia establecidas en los arts. 7 y 8 del Reglamento Bruselas I *bis*. Los redactores de este tipo de contratos harían bien en el futuro si incluyesen una lista de posibles reclamaciones de responsabilidad civil en paralelo a las cláusulas de elección de tribunal.

Otra excepción a la exclusión de las reclamaciones por daños al Derecho de la competencia en los acuerdos de jurisdicción se presenta cuando una cláusula de elección de tribunal se refiere de manera abstracta a todas las diferencias que puedan presentarse en la relación contractual, pero otras cláusulas del contrato indican que las partes previeron las hipotéticas reclamaciones futuras sobre Derecho de la competencia en el momento de la firma del contrato. Dichas cláusulas podrían ser disposiciones contractuales que permiten la rescisión del contrato en caso de infracciones de las normas de competencia o incluso disposiciones que establezcan sanciones contractuales en caso de infracciones de competencia.

Una tercera consecuencia se refiere al alcance de la exclusión de las demandas de responsabilidad civil de los acuerdos de jurisdicción. Debido a que el Tribunal de Justicia en CDC sólo decidió acerca de las reclamaciones de Derecho de la competencia, se podría argumentar que el pronunciamiento de CDC es una regla especial de interpretación sólo para acciones de competencia (o posiblemente para reclamaciones daños ocasionados por el cártel). Por otro lado, si se prefiere la opinión de que a una disposición general como el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* se le debe dar una interpretación general y no una interpretación limitada a un campo especial de la ley, se hace relevante conocer cuál de los dos argumentos presentados por el Tribunal de Justicia (“toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito”).

⁶¹ En este sentido puede verse la STJ 1ª 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*, párrafo 25: “por lo que atañe a los requisitos de validez de una cláusula atributiva de competencia, el art. 23, apartado 1, del Reglamento enuncia fundamentalmente requisitos de forma y menciona sólo un requisito de fondo relativo al objeto de la cláusula, que debe referirse a una relación jurídica determinada”.

to en el que participaba la otra parte contratante”)⁶² para justificar su regla de interpretación es la decisiva. Si es el hecho de que la víctima de la infracción no podía prever que las reclamaciones por daños al Derecho de la competencia estarían cubiertos por el acuerdo de jurisdicción, esto podría ser igualmente cierto para muchas (posiblemente incluso todas) las reclamaciones por agravio, incluyendo reclamaciones por agravio en el futuro (después de la conclusión del acuerdo de jurisdicción), ya que la víctima normalmente no prevé convertirse en víctima de un agravio por la otra parte en el contrato (porque si pudiera prever esto, podría abstenerse de celebrar el contrato por completo). Sin embargo, si se estima decisivo que la víctima no tuviera conocimiento del hecho de que ya existía un cártel ilegal en el momento de la celebración del acuerdo de jurisdicción, la restrictiva interpretación del Tribunal de Justicia excluirá únicamente las reclamaciones por responsabilidad civil del acuerdo de jurisdicción que ya estaban —en secreto— es decir que habían acaecido cuando la víctima entró en el acuerdo (mientras que los futuros agravios seguirían comprendidas en el acuerdo). Una tercera opción —aunque el razonamiento de la sentencia CDC no parece prestar apoyo a tal interpretación— podría ser que únicamente quedasen excluidas del acuerdo de jurisdicción sólo las reclamaciones por agravios intencionales.

D) Preguntas abiertas: Efectos sobre los acuerdos de arbitraje y las cláusulas de elección de foro que no se rigen por el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis*

Otra de las cuestiones abiertas tras la sentencia de CDC y que únicamente fue discutida por el Abogado General, pero no resuelta por el Tribunal de Justicia es si el principio de la aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la UE también podría tener un impacto en la elección de los acuerdos de elección de foro a favor de terceros Estados regulados por el Derecho procesal nacional⁶³ y por acuerdos de arbitraje que se rigen por Convenios internacionales. El Abogado General sugirió “que el Derecho de la Unión exige dejar de aplicar una cláusula de arbitraje, y también una cláusula atributiva de competencia no regulada por el art. 23 del Reglamento Bruselas I, en aquellos casos en que su aplicación llevaría a menoscabar el efecto útil del art. 101 TFUE”⁶⁴. Mientras que él considera que “la aplicación de las cláusulas de jurisdicción o arbitraje (...) no consti-

⁶² CDC, nota 4, párrafo 70.

⁶³ Puede verse la STJ 5ª 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and Others*, ECLI:EU:C:2000:606, párrafo 19; sin embargo, la derogación de las tierras de protección de la jurisdicción se rige por el Reglamento Bruselas I *bis*, puede verse la Sentencia, Asunto C-154/11, (*Mahamdla*), párrafos 65-66.

⁶⁴ Abogado General CDC, nota 4, párrafo 124.

tuye en sí misma [que sea] un obstáculo para la eficacia del art. 101 TFUE” a pesar de que “su aplicación pudiera, sin duda, dificultar más aún tal operación”⁶⁵, en referencia a una situación en la que esto sería diferente. “En efecto, en el supuesto de una restricción de la competencia de carácter horizontal, como aquélla en que se fundamenta la acción en el procedimiento principal, me parece difícil admitir la exclusión de las vías normales de protección judicial, salvo que las supuestas víctimas hayan dado expresamente su consentimiento en este sentido, y a condición de que los órganos jurisdiccionales nacionales o las instancias arbitrales a las que se haya atribuido una competencia de esta manera estén obligados a aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia de la Unión como normas de orden público”⁶⁶. Aún más, el Abogado General propone aplicar la misma regla de limitación de la interpretación del Tribunal de Justicia desarrollada para los acuerdos de elección de tribunal con base en el art. 25 de Reglamento Bruselas I *bis*, excluyendo así las reclamaciones de Derecho de la competencia del alcance de los acuerdos de jurisdicción o arbitraje que están redactadas en la lengua general: “por consiguiente, considero que el art. 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de cláusulas atributivas de competencia o de cláusulas de arbitraje en el marco de una demanda dirigida a que se reparen los perjuicios provocados por un cártel declarado contrario a dicho artículo no es contraria en sí misma al principio de plena eficacia de la prohibición de cárteles. Sin embargo, en la medida en que una cláusula de una u otra de las categorías mencionadas pueda declararse aplicable, en virtud del Derecho de un Estado miembro, en un litigio relativo a la responsabilidad de carácter delictual que pueda resultar de tal cártel, dicho principio se opone, a mi entender, a que la competencia relativa a dicho litigio se atribuya en virtud de una cláusula incluida en un contrato cuyo contenido fue convenido en un momento en el que la parte frente a la que se ha opuesto dicha cláusula no tenía conocimiento del cártel en cuestión ni de su carácter ilícito y, por lo tanto, no pudo prever que la cláusula pudiera aplicarse a las indemnizaciones reclamadas sobre esa base”⁶⁷. En suma, el Abogado General parece proponer tres límites generales a las cláusulas de jurisdicción y arbitraje del art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis*. En primer lugar, la cláusula debe ser introducida de forma expresa. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional elegido debe aplicar las disposiciones del Derecho de la competencia de la Unión como normas de orden público. Y en tercer lugar, la jurisdicción sobre la disputa no debe atribuirse a la corte o tribunal elegido “en virtud de una cláusula incluida en un contrato cuyo contenido fue

⁶⁵ Abogado General, CDC, nota 4, párrafo 125.

⁶⁶ Abogado General, CDC, nota 4, párrafo 126.

⁶⁷ Abogado General, CDC, nota 4, párrafos 129 y 132.

convenido en un momento en el que la parte frente a la que se ha opuesto dicha cláusula no tenía conocimiento del cártel en cuestión ni de su carácter ilícito y, por lo tanto, no pudo prever que la cláusula pudiera aplicarse a las indemnizaciones reclamadas sobre esa base”.

Si tratamos de evaluar estas tres limitaciones basadas en el principio no escrito de la eficacia, la exigencia de aplicación del Derecho de la competencia de la UE como normas de orden público parece fácilmente aceptable⁶⁸. Si no se garantiza que la corte o tribunal extranjero apliquen las reglas de competencia de la UE, su aplicación se hace “imposible en la práctica o excesivamente difícil” en el sentido de los criterios *Courage / Manfredi*. Más problemas se plantean con la primera y la tercera condición estipulada por el Abogado General, a saber, que la cláusula de elección de foro o de arbitraje se incorpore expresamente a la entrada ya que no se incluirán las reclamaciones por daños de la parte que estaba al tanto cuando entró en el acuerdo. En este caso, debe distinguirse entre el arbitraje y los acuerdos de elección de foro a favor de terceros Estados que se rigen por la legislación nacional. Para los acuerdos de arbitraje, la Unión tiene que respetar las obligaciones de los Estados miembros en virtud de los arts. II y V del Convenio de Nueva York de 10 junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que debe ser interpretado de acuerdo con las reglas de interpretación de la Convención de Viena⁶⁹. Con el fin de aplicar la regla CDC de la interpretación a los acuerdos de arbitraje, sería necesario que la misma regla de interpretación establecida por el Tribunal de Justicia se dedujese de una interpretación autónoma del Convenio de Nueva York, una cuestión a la que no se puede ofrecer respuesta en este documento. Para la elección de los acuerdos de jurisdicción en favor de tribunales de terceros Estados, surge un problema similar. Como tales acuerdos no se rigen por el art. 25 de Reglamento Bruselas I bis, sino más bien por la legislación nacional, la regla de interpretación de la sentencia CDC que se dedujo técnicamente de una interpretación del Tribunal de Justicia de las palabras “relación jurídica particular” del art. 25.1º

⁶⁸ Vid. STJ 1 junio 1999, as. C-126/97: *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269, párrafos 37 ss; respecto a la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas puede verse la STJ (Gran Sala) 13 mayo 2015, as. C-536/13: “*Gazprom*” *OAO v. Lietuvos Respublika*, ECLI:EU:C:2015:316, párrafos 42 ss.

⁶⁹ Para el caso comparable de la interpretación de la Convención de Montreal vid. STJ (Gran Sala) de 10 enero 2006, as. C-344/04: *The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport*, ECLI:EU:C:2006:10, párrafo 40; STJ 3ª 6 mayo 2010, as. C-63/09: *Axel Walz v. Clickair SA*, ECLI:EU:C:2010:251, párrafos 22 ss; STJ 3ª 22 noviembre 2012, as. C-410/11: *Pedro Espada Sánchez and Others v. Iberia Líneas Aéreas de España SA*, ECLI:EU:C:2012:747, párrafo 20; STJ 3ª 17 de febrero el año 2016, as. C-429/14: *Air Baltic Corporation AS v. Lietuvos Respublikos specialiujų tyrimų tarnyba*, ECLI:EU:C:2016:88, párrafo 24.

del Reglamento Bruselas I bis no puede transferirse como tal. Por el contrario, sólo el principio general de eficacia se aplica, lo que sin duda permite garantizar que la corte o el tribunal extranjero apliquen las reglas de competencia de la UE⁷⁰.

2. ¿Los acuerdos de jurisdicción como un abuso de posición dominante?

Mientras que en el primer escenario la tensión entre la elección de un acuerdo de elección de foro y la aplicación efectiva de la ley de competencia de la UE es causada por una limitación de tribunales disponibles para las víctimas de acciones por daños al Derecho de la competencia, en particular mediante el ataque de la cláusula de elección de foro por parte de los arts. 101 o 102 TFUE, esta misma situación también es extrapolable al acuerdo de jurisdicción que en sí mismo fue impuesto por una compañía dominante con abuso de poder de Mercado, y que por lo tanto puede ser impugnado bajo el art. 102 TFUE. Este escenario es discutido en particular en el ámbito de los arbitrajes deportivos⁷¹, pero podrían también ser considerado para los acuerdos de jurisdicción. Esta cuestión es decisiva, por lo tanto la imposición de un acuerdo de jurisdicción que puede ser considerado como un abuso en el sentido del art. 102 TFUE, en particular como una forma de imponer “otras condiciones de transacción no equitativas” (art. 102 TFUE), dará lugar a una invalidación sustantiva de la elección del acuerdo del tribunal bajo la ley aplicable según el considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis. En arbitraje, el argumento del abuso se ha concretado y utilizado frente a la composición del tribunal arbitral que la empresa dominante ha elegido debido a su fuerte posicionamiento⁷². Para los acuerdos de elección de foro, el problema es menos agudo, debido a que normalmente la parte dominante no será capaz de influir en la composición del tribunal porque los jueces son nombrados por el parlamento o el ministro de justicia. Este argumento puede también ser apoyado por analogía de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos de los Derechos Humanos sobre la compatibilidad de las cláusulas de arbitraje con el derecho a un juicio justo bajo el art. 6.1º CEDH. En este contexto, el CEDH ha hecho una

⁷⁰ Puede verse el debate de M. Danov, *op. cit.*, nota 20, pp. 66–68 en referencia a la disponibilidad de demanda contra medidas cautelares para frenar acciones de Derecho de la competencia en los tribunales de los Estados no miembros que se han iniciado sobre la base de una opción exclusiva de elección de foro. Danov deja la pregunta abierta, pero afirma que los tribunales ingleses pueden negarse al reconocimiento y ejecución de una sentencia de un tercer Estado que aplica incorrectamente o ignora los arts. 101 y 102 TFUE.

⁷¹ Vid. en particular el caso de Pechstein, para el fallo del Tribunal de apelación, Oberlandesgericht Múnich, *Juristenzeitung*, 2015, 355; para el fallo del Bundesgerichtshof alemán *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2016, 3, p. 28.

⁷² Oberlandesgericht Múnich, *Juristenzeitung*, 2015, 355 párrafo 91.

distinción entre el acuerdo de arbitraje libre (“*arbitrage volontaire, consenti librement*”) y el arbitraje forzado impuesto por el derecho (*arbitrage, en ce sens que l’arbitrage est imposé par la loi*)⁷³. Mientras que el arbitraje libre argumental casi no plantea ningún problema con respecto al art. 6.1º CEDH, el arbitraje forzado si lo plantea al verse las partes encorsetadas al no poder retirar la disputa del tribunal arbitral que tiene competencia para conocer de todos los requerimientos del art. 6.1º CEDH. Incluso si nosotros equiparamos legalmente el arbitraje vinculante con los acuerdos de arbitraje o acuerdos de jurisdicción los cuales son de hecho vinculantes porque ellos son impuestos por una empresa dominante⁷⁴ se podría argumentar que estos acuerdos son compatibles con el art. 6.1º CEDH, siempre y cuando el tribunal elegido cumple con las garantías del art. 6.

Esto puede ser resumir como los acuerdos atributivos de jurisdicción impuestos por empresas dominantes que normalmente pueden ser reconocidos como un abuso en el sentido del art. 102 TFUE. Podrán hacerse excepciones en las cuales la elección del tribunal no tenga conexión alguna con ninguna de las partes y objetivamente sirva con el único propósito de obstaculizar la aplicación de los derechos de una de las partes.

III. Conclusiones

1. Los acuerdos atributivos de jurisdicción son, en general, compatibles con el principio de aplicación efectiva de la legislación de la UE sobre competencia.

2. La interpretación restrictiva de la sentencia *CDC* del TJUE sobre los acuerdos de jurisdicción crea una incertidumbre significativa en cuanto a si una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales entre las partes abarca o no una controversia acerca de la responsabilidad delictual generada por una infracción del Derecho de la competencia.

3. En su enfoque sobre la aplicación efectiva de la legislación de la UE sobre Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia socava la seguridad jurídica que es el precisamente el objetivo y el propósito mismo de los acuerdos de elección de foro. Esto demuestra los riesgos de una interpretación basada en una

⁷³ Vid. Resolución Asunto 1643/06, (*Suda v. République tchèque*), párrafo 49: “*En principe, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l’article 6 lorsqu’il s’agit d’un arbitrage volontaire consenti librement. En revanche, s’il s’agit d’un arbitrage forcé, en ce sens que l’arbitrage est imposé par la loi, les parties n’ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d’un tribunal arbitral. Celui-ci doit alors offrir les garanties prévues par l’article 6 § 1 de la Convention*”.

⁷⁴ Acerca de la jurisprudencia anterior a la de la Comisión de Derechos Humanos, puede conllevar dudas respecto a que el arbitraje se acordó debido a la coacción económica pudiendo equipararse a un arbitraje vinculante, vid. CEDH, as. 11960/86: *Axelsson and Others / Sweden*.

orientación del derecho excesivamente sustantiva sobre las normas de Derecho procesal civil.

Bibliografía

- Basedow, J.: *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Brill Nijhoff, 2015.
- Black, V. y Pitel, S.: “Forum–Selection Clauses: Beyond the Contracting Parties”, *J. Priv. Intl .L.*, 2016, pp. ss.
- Briggs, A.: *Private International Law in English Courts*, Oxford University Press, 2014
- Collins of Mapesbury, L., Briggs, A., Dickinson, A., Harris, J. y McClean, J.D. (eds.): Dicey, Morris and Collins en *The Conflict of Laws*, 15ª ed., Sweet & Maxwell, 2012
- Danov, M.: *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, 2011.
- Fawcett, J.J., Carruthers, J.M. y North. P. (eds.): Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14ª ed., Oxford University Press, 2008.
- Magnus, U. y Mankowski, P.: *European Commentaries on Private International Law*, vol. I, *Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, 2016.
- Weller, M. y Wäschle, J.: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2015

Recepción: 2.6.2016
Aceptación: 17.6.2016

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

Roberto BARATTA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Impacto de los derechos fundamentales sobre disposiciones nacionales de reconocimiento de resoluciones extranjeras y actos públicos. 1. Garantía de la identidad de los individuos. 2. Aseguramiento del interés superior del niño. III. Una perspectiva basada en los derechos humanos: 1. Implicaciones resultantes de respetar los derechos a la vida privada y familiar en cuestiones de DIPr. 2. El concepto de obligación positiva implica una construcción de los sistemas de DIPr orientada al resultado. 3. El principio de continuidad y el interés superior del niño. IV. Conclusión.

RESUMEN: Este artículo se centra en la relación entre el Derecho internacional privado de familia y el respeto por los derechos individuales a la vida privada y familiar. Al analizar la jurisprudencia nacional e internacional relevante al respecto se aprecia, como punto de partida, cómo el reconocimiento de resoluciones extranjeras puede afectar negativamente a esos derechos fundamentales. El artículo pretende, en esencia, conceptualizar los fundamentos legales subyacentes en el reconocimiento de sentencias judiciales y actos públicos extranjeros, desde una perspectiva basada en los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA – DERECHOS HUMANOS – DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR – INTERÉS DEL MENOR.

ABSTRACT: *Fundamental Rights and Family Private International Law.*

This paper focuses on the relationship between family private international law and respect for individual rights to private and family life. While considering the relevant international and national case-law practice, it illustrates as a starting point how the recognition of foreign judgments discipline can adversely affect these fundamental rights. The paper in essence intends to conceptualize the legal foundations underlying a human rights based perspective of recognising foreign judgments and public acts.

KEYWORDS: FAMILY PRIVATE INTERNATIONAL LAW – HUMAN RIGHTS – RIGHTS TO PRIVATE AND FAMILY LIFE – BEST INTERESTS OF THE CHILD.

* Escuela Nacional de Administración, Roma. Traducción de la Dra. Arantxa Gandía Sellens, senior research fellow, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

I. Introducción

Cuando los conflictos de leyes en materia de familia colisionan con la protección de los derechos fundamentales tal y como los garantizan los convenios internacionales¹, el respeto por los derechos individuales tanto a la vida privada como a la vida familiar es el foco de análisis. Estos derechos están actualmente consagrados, en lo que a instrumentos europeos se refiere, en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF)², así como en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³.

Aunque los instrumentos internacionales prohíben que los Estados y las autoridades públicas interfieran en los derechos a la vida privada y familiar, esos derechos humanos están sujetos a ciertas limitaciones y condiciones. En particular, el art. 8.2º CEDH permite restricciones nacionales a la protección de tales derechos siempre que concurren tres condiciones cumulativas, las cuales son examinadas en orden sucesivo. Primero, la intervención pública debe realizarse de conformidad con las leyes (o por imperativo legal). Segundo, las medidas nacionales no pueden sino perseguir objetivos predeterminados y legítimos, los cuales abarcan, resumidamente y en cuanto a lo que afecta al Derecho de familia, la protección de la salud y morales de la comunidad, los derechos fundamentales de otras personas y, cuando sea relevante, los derechos y libertades de los niños, incluyendo su interés superior. Tercero, las autoridades públicas tienen que demostrar que esa interferencia es necesaria en una sociedad democrática. En suma, los Estados podrían apartarse de sus obligaciones de respeto a la vida privada y familiar en tanto en cuanto sus autoridades prueben que una limitación es necesaria y proporcionada para perseguir los objetivos específicos y legítimos establecidos por el CEDH.

Nótese también que, teniendo en cuenta la jurisprudencia más relevante, la interferencia de los derechos fundamentales con el DIPr de familia afecta principalmente a sus disposiciones relativas al aseguramiento del reconocimiento de resoluciones judiciales y actos públicos extranjeros. De hecho, los particulares

¹ La familia como un grupo de la sociedad está protegida en virtud de distintos instrumentos internacionales: *vid.* art. 16.1º DUDH y art. 23.1º PIDCP.

² “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

³ “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Como es sabido, aunque los derechos humanos estén incluidos en tratados multilaterales que son obligatorios para los Estados parte, también han adquirido un carácter consuetudinario en el Derecho internacional.

pueden constituir válidamente un status familiar o personal en el extranjero (Estado de origen) para después solicitar su reconocimiento y ejecución en el Estado del que son nacionales o habitualmente residentes (Estado requerido). Haciendo esto normalmente se persigue burlar las prohibiciones o restricciones impuestas por la *lex fori*, que hubieran impedido la adquisición del mismo estado civil o personal a través de la aplicación del Derecho interno, incluyendo sus normas de conflicto⁴. Esto ocurre en particular cuando el Derecho del Estado requerido no prevé el examen del fondo de una solicitud ante un tribunal extranjero, sino que se limita a verificar que la resolución extranjera respeta algunos requisitos procesales internacionales, como por ejemplo la competencia judicial internacional del órgano judicial extranjero (normalmente de conformidad con las normas nacionales de Derecho interno) y respeta el orden público del foro.

Al analizar la práctica relevante, el presente estudio busca conceptualizar el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (y actos públicos) como un conjunto de normas que pueden forjarse para cumplir con los derechos humanos. Se trata de una aproximación construida para reforzar los derechos fundamentales de las personas implicadas. Así pues, el artículo se centra como punto de partida en cómo la disciplina del reconocimiento de resoluciones extranjeras puede afectar negativamente los derechos a la vida privada y familiar (sección 2). Posteriormente, se abordan los fundamentos conceptuales subyacentes en dicha disciplina desde una perspectiva basada en los derechos humanos (sección 3). Finalmente, se exponen unas breves conclusiones (sección 4).

II. El impacto de los derechos fundamentales sobre las disposiciones nacionales sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras y actos públicos

La hipótesis de partida básica es reconocer que, como en cualquier otra área afectada por el Derecho interno, el Derecho internacional privado puede afectar

⁴ En esa línea el caso *Wagner* es ilustrativo (TEDH: asunto *Wagner y J.M.W.L. v. Luxembourg* (nº 76240/01) sentencia de 28 junio 2007; el asunto se transcribe parcialmente en *Rev. crit. dr. int. pr.*, comentado por P. Kinsh, nº 4, 2007, p. 807 ss; *vid. también* (con interesantes aportaciones) P. Pirrone, “Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner”, *Diritti umani e diritto internazionale*, nº 1, 2009, p. 251 ss. Los casos del TEDH citados en este artículo se pueden consultar en *hudoc.echr.coe.int*. La Sra. Wagner no pudo adoptar a un niño en Luxemburgo, Estado del que era nacional, ya que, al no estar casada, no reunía los requisitos para adoptar exigidos en el Código civil aplicable según el sistema de DIPr luxemburgués. Así pues, optó por adoptar a un niño en Perú porque este país permitía adoptar a mujeres solteras. De ahí que intentara obtener indirectamente en el extranjero lo que era imposible de lograr directamente en Luxemburgo (*vid.*, en particular, la sentencia del Tribunal de Distrito de Luxemburgo de 2 junio 1999, mencionada en el asunto *Wagner*, en la p. 8).

negativamente el derecho a la vida privada, a la vida familiar e incluso, en particular cuando se trata del *status filii* o de una adopción, al interés superior del menor, ya que todos ellos están garantizados por estándares internacionales de derechos humanos.

Bajo cualquier sistema de conflicto de leyes, los efectos de una resolución judicial extranjera pueden bloquearse si su reconocimiento es contrario a algunos requisitos. Sin embargo, desestimar la ejecución de una sentencia extranjera puede representar una interferencia en los derechos a la vida privada y familiar dado que es una conducta que directamente daña el disfrute de esos derechos en concreto⁵. Repárese que, como el asunto *Pellegrini* demuestra, ejecutar una resolución extranjera puede entrañar una violación de las garantías de un proceso justo si el procedimiento ante el tribunal foráneo que dictó la sentencia no observó el art. 6 CEDH⁶.

Normalmente, el reconocimiento o la ejecución están subordinados a la doble condición de que un tribunal extranjero debe haber ejercido competencia judicial según los mismos criterios adoptados por el sistema nacional de DIPr, y que la autoridad extranjera dictando la sentencia debe haber cumplido con las normas

⁵ *Vid. ex multis Hussin v. Belgium* (nº 70807/01) sentencia de 6 mayo 2004, párr. 5; *Negrepointis–Giannisis v. Grèce* (nº 56759/08), sentencia de 3 mayo 2011, párrs. 58–60.

⁶ *Pellegrini v. Italy* (nº 30882/96), sentencia de 20 octubre 2001. En este caso, el matrimonio del demandante fue anulado por una decisión de los tribunales del Vaticano, la cual fue declarada ejecutable en Italia. La tarea del TEDH consistió en examinar si los jueces italianos, antes de autorizar la ejecución de la sentencia anulatoria del matrimonio, comprobaron si el proceso se llevó a cabo en cumplimiento de las garantías del art. 6 CEDH. Según el TEDH, dicha revisión se precisa cuando una resolución extranjera la dicta un juez de un Estado que no es parte del Convenio. Si lo que se trata es de examinar si un Estado parte infringe el art. 6 CEDH al ejecutar una sentencia de un tercer Estado, cuando procedimientos conexos han violado el derecho a un juicio justo, hay que acudir al art. 1 CEDH. Este precepto indica que los Estados contratantes están obligados a asegurar a las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades establecidos en la Sección I del CEDH. Parece un truismo decir que en *Pellegrini* los procedimientos extranjeros que violan el art. 6 CEDH no pueden ser atribuidos a los órganos judiciales italianos. En realidad, los juzgados italianos, al reconocer sentencias extranjeras, ejercen sus propias funciones judiciales, actuando como órganos autónomos. Sin embargo, la responsabilidad de Italia estaba en jaque cuando la actuación de sus autoridades tuvo como consecuencia directa exponer a un justiciable a una situación en la que se vulneraba el art. 6 CEDH, si bien ello ocurrió en un Estado no parte. Se trata de una clara interferencia de *Soering v. The United Kingdom* (nº 14038/88) sentencia de 7 julio 1989, párr. 91. De forma similar, el TEDH adoptó el “criterio de la co-operación” en *Drozd and Janousek*, según el cual los Estados contratantes están obligados a rechazar su cooperación si la convicción es el resultado de una flagrante denegación de justicia (*Drozd and Janousek v. France and Spain*, nº. 12747/87, sentencia de 26 junio 1992, párr. 110). En resumen, los tribunales italianos no tenían que contribuir a tal infracción al ejecutar una sentencia canónica cuyos procedimientos violaron el derecho a un juicio justo contenido en el art. 6.1º CEDH. *Pellegrini* claramente entraña esta conclusión (*vid. para más comentarios*, R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 204 ss).

de conflicto del foro. Sobre todo, las normas de reconocimiento y ejecución establecen que las autoridades nacionales retienen un poder absoluto de confiar en la doctrina del *ordre public*: un daño manifiesto y serio a los principios nacionales fundamentales de justicia o morales que caracterizan el orden jurídico nacional se considera que bloquea el reconocimiento o la ejecución de decisiones extranjeras (y otros actos públicos).

Por ejemplo, tal actitud claramente existe en las prácticas de gestación subrogada. Algunos países europeos se oponen a que las parejas viajen al extranjero con el propósito de perfeccionar un acuerdo de gestación subrogada y vuelvan a casa con un niño, considerando la maternidad subrogada como incompatible con el orden público nacional⁷. De hecho, la necesidad de respetar las normas de conflicto del foro evita el reconocimiento y ejecución de estados civiles relacionados establecidos en el Estado de origen. Esta forma de proceder está considerada como una elusión de las normas nacionales sobre adopciones internacionales. Puede incluso ser inconsistente con un número de requerimientos legales, incluso aunque la solicitud sea considerada como una de reconocimiento de una adopción extranjera⁸.

Estas disposiciones de DIPr se incluyen de pleno en el escrutinio de los órganos internacionales que velan por los derechos humanos. Los Estados no son libres de confiar en ellos cuando administran procedimientos ni para conceder efectos a estados civiles correctamente adquiridos en el extranjero. En ese sentido, un estudio de la jurisprudencia internacional muestra que es relativamente fácil demostrar la legalidad de una restricción dada (por imperativo legal) y su persecución de fines legítimos⁹. Es más, el respeto al derecho a la vida privada y familiar como una garantía internacional protege los reclamos individuales de la existencia de lazos familiares legalmente adquiridos en el extranjero salvo que

⁷ Las actitudes nacionales hacia la gestación subrogada son diferentes. Se prohíben a veces incluso con sanciones penales (Francia, Suiza e Italia). En otros países estas prácticas son legales bajo estrictas condiciones legales, incluso imponiendo propósitos altruistas (Países Bajos y Reino Unido). A veces son toleradas (Polonia y Bélgica). En algunas jurisdicciones los acuerdos de maternidad subrogada se permiten con fines comerciales (Georgia, Ucrania y Rusia): *vid.* Conferencia de La Haya para el Derecho internacional privado, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, n° 10, marzo de 2012, pp. 9 ss; K. Trimmings y P. Beaumont (coords.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publ., 2012, *passim*.

⁸ M. Vonk y K. Boele-Woelki, "Surrogacy and Same-sex Couples in The Netherlands", en K. Boele-Woelki y A. Fuchs (coords.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2ª ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 123 ss.

⁹ Esto puede ser explicado por el hecho de que los sistemas nacionales de DIPr están a menudo contenidos en leyes o tienen una larga tradición jurisprudencial que refleja un orden jurídico comprometido con principios democráticos y estándares propios de Estados de derecho.

una restricción sea necesaria en una sociedad democrática y proporcionada para perseguir un interés legítimo.

Para el poder ejecutivo este tercer estándar es difícil de probar. De hecho, los jueces internacionales, y concretamente el TEDH, lo analizan rigurosamente, interpretándolo estrictamente y admitiéndolo solo si se establece de forma convincente¹⁰. La noción de necesidad implica que la interferencia, *v.gr.*, la falta de reconocimiento de un estado civil adquirido en el extranjero, tiene que basarse en una necesidad nacional social cualificada, la cual debe ser vital y proporcionada para el objetivo legítimo perseguido por la autoridad pública¹¹. Al respecto, el TEDH ha construido la doctrina del “margen de apreciación”: reflejando la naturaleza subsidiaria de la protección internacional de los derechos humanos, esa protección se concibe normalmente como un instrumento interpretativo que se atribuye a áreas de auto-determinación nacional¹².

En definitiva, en el campo del DIPr de familia los Estados pueden recurrir a sus propios *requisitos* para preservar algunos objetivos públicos legítimos, como en particular, los derechos y libertades de las personas implicadas, salud y morales, orden público. Sin embargo, según la jurisprudencia consolidada del TEDH, la esfera de apreciación de las autoridades públicas para moldear sus propias limitaciones a los derechos fundamentales varía en relación con las circunstancias, la materia y el fondo del asunto. Además, la presencia o ausencia de un denominador común entre las leyes de los Estados Miembros es un factor relevante al respecto. En líneas generales, ese margen es relativamente amplio si no hay un denominador común (o consenso) entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto es aún más cierto cuando el caso plantea aspectos éticos delicados.

Por tanto, los derechos fundamentales internacionales repercuten de tal manera en los sistemas jurídicos nacionales que hacen que el reconocimiento de resoluciones extranjeras (o actos públicos) se subordine a algunos requisitos. Resulta bastante ilustrativo el requisito de que la norma de conflicto del foro tenga que

¹⁰ Y. Arai, “The System of restrictions”, en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2006, p. 335.

¹¹ *Vid.*, *v.gr.*, *Wagner et J.M.W.L v. Luxembourg*, *cit.*, párr. 124. Otro caso importante es *Negrepon-tis–Giannisis v. Grèce*, *cit.*, párr. 61.

¹² Y. Arai–Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2002, *passim*; M. Lugato, “Sulla sussidiarietà in diritto internazionale”, *Archivio Giuridico*, n° 2, 2011, pp. 129 ss; *id.*, “The margin of appreciation and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity”, *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, vol. 52, pp. 49 ss; S. Bartole, P. De Sena y V. Zagrebelsky, *Commenario breve alla CEDU*, Pádúa, Cedam, 2012, pp. 308 ss; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, OUP, 2012, pp. 58 ss.

cumplir con los estándares internacionales. En *Wagner* el TEDH indicó que la decisión nacional de desestimar el reconocimiento de una orden peruana de adopción plena era insuficiente para demostrar que tal resultado era necesario en una sociedad democrática¹³. Al subrayar que en el margen de apreciación debía tenerse en cuenta el hecho de que la adopción por personas solteras estaba permitida sin restricción en la mayoría de Estados contratantes¹⁴, el TEDH señaló que la desestimación de la ejecución, basada en la aplicación de las normas de conflicto luxemburguesas era inconsistente con el derecho a la vida familiar de las personas implicadas. Desde la perspectiva del TEDH, esa aproximación típica del DIPr primero no tenía en cuenta la realidad social de la situación; en consecuencia, el derecho de los demandantes a la vida familiar se veía obstaculizado en su vida diaria, quedando el menor adoptado desprovisto de protección legal, suponiendo ello un gran impedimento para su integración en la familia adoptiva¹⁵. Segundo, ese enfoque de DIPr menospreciaba el interés superior del menor e injustificadamente permitía que las normas de conflicto prevalecieran sobre la realidad social y la situación de las personas involucradas¹⁶.

Otro ejemplo quizás más claro es la influencia de los derechos fundamentales sobre la clásica excepción de orden público¹⁷. La jurisprudencia internacional muestra que garantizar el respeto por los derechos individuales implica que tal excepción esté limitada por al menos dos factores que moldeen la noción de orden público de manera verdaderamente internacional¹⁸.

¹³ En dicho caso, las autoridades luxemburguesas rechazaron una demanda de ejecución de una decisión peruana de adopción plena porque fue dictada vulnerando el orden público de la *lex fori*, la cual era la ley aplicable según la norma de conflicto de leyes establecida en el Código civil interpretado por los tribunales luxemburgueses. Aunque el tribunal peruano era internacionalmente competente según las normas del Código civil luxemburgués, la demanda fue desestimada porque la madre adoptiva, siendo soltera, no podía adoptar en Luxemburgo (*vid. Wagner*, cit. p. 3 ss.).

¹⁴ *Ibid.*, párr. 129.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 132.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 133. D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, París, PUF, 2007, p. 171, admiten que el respeto por las normas de conflicto nacionales no puede impedir el reconocimiento del estado civil de un niño.

¹⁷ Por lo que se refiere al impacto de los derechos humanos en la excepción de orden público en general, *vid.* P. Mayer, “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 651 ss; P. Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1 ss; P.A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, 1998, pp. 541–558; Y. Lequette, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Liberté et droits fondamentaux*, 13^e ed., París, Dalloz, 2007, pp. 99 ss; L. Gannagé, “Le droit international privé à l’épreuve de la hiérarchie des normes (l’exemple du droit de la famille)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 1 ss; L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haya, Springer, 2014, pp. 219 ss.

¹⁸ S.M. Carbone, “I diritti della persona tra CEDU, diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali”, *Dir. Un. Eur.*, n.º. 1, 2013, pp. 15 ss; M. Forteau, “L’ordre public “transnational” ou “réellement

1. Garantía de la identidad de los individuos

Si el no reconocimiento de un estado civil legalmente adquirido en el extranjero afecta a una importante faceta de la identidad individual, los derechos fundamentales tal y como se protegen internacionalmente se considera que prevalecen sobre las políticas normativas nacionales. Como resultado, los Estados no pueden oponer su propio *ordre public* como un obstáculo al reconocimiento. El respeto al derecho a la vida privada requiere que los individuos puedan definir su identidad como seres humanos individuales, lo cual incluye la relación de filiación¹⁹, así como el nombre y apellidos²⁰. De manera similar, el respeto por el derecho a la vida familiar entraña que las autoridades nacionales no pueden razonablemente rechazar el vínculo adoptivo legalmente establecido en el extranjero y que pertenece a la vida familiar conforme al art. 8 CEDH, o no reconocer ese lazo familiar que existe *de facto* alegando el examen concreto de la situación.

En *Negrepontis–Giannisis*, al remarcar la realidad de la relación entre el demandante y su padre adoptivo, el Tribunal de Estrasburgo estableció que los motivos para invocar la excepción de *ordre public*, utilizada por el Tribunal de casación griego para rechazar el reconocimiento de una adopción americana, no respondían a una necesidad social imperiosa. Añadió que esos motivos no son proporcionados al objetivo legítimo perseguido en tanto en cuanto que los mismos tienen por efecto la negación de la filiación adoptiva del demandante²¹.

international”: l’ordre public face à l’enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public”, *Journ. dr. int.*, 2011, pp. 3 ss y también, G. Barile, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Pádua, 1980, pp. 141 ss.

¹⁹ *Mennesson v. France* (nº 65192/11) sentencia de 26 septiembre 2014, párr. 80; *Labassee v. France* (nº 65941/11) sentencia de 26 junio 2014, párrs. 38 y 59. Además, en *Mikulić* el TEDH reconoció el derecho del menor a la identidad. En dicho caso, un hombre evitó el proceso judicial iniciado por una madre y un hijo quienes alegaban su paternidad. Aunque el TEDH indicó que no había ningún lazo familiar entre el niño y el presunto padre, falló que la vida privada del menor incluye hasta un cierto grado el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos. Así que los hechos estaban cubiertos por el ámbito del art. 8. A mayor abundamiento, las deficiencias procesales croatas supusieron una violación de ese precepto (*Mikulić v. Croatia* (nº 53176/99), sentencia de 7 febrero 2002, párr. 52).

²⁰ El nombre de una persona se considera normalmente como un elemento constitutivo de su identidad y vida privada, la protección de la cual se contiene en el art. 7 CDF y en el art. 8 CEDH. Ciertamente, estas disposiciones no se refieren a esa protección expresamente, ni al nombre de una persona como un medio de identificación personal y un vínculo a una familia. Sin embargo, el nombre de una persona concierne a su vida privada y familiar (vid. asuntos *Burghartz v. Switzerland* (nº 16213/90), sentencia de 22 febrero 1994, párr. 24, y *Stjerna v. Finland* (nº 18131/91), sentencia de 25 noviembre 1994, párr. 37).

²¹ *Negrepontis–Giannisis v. Grèce*, cit., párrs. 72–76.

La jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de un niño nacido por gestación subrogada es otro ejemplo relevante de ello²². Ciertamente, los Estados disponen, en principio, de una amplia discreción cuando no hay consenso en Europa sobre la legalidad de esta controvertida práctica²³. Sin embargo el TEDH no se pronunció sobre ello, sino sobre los derechos del niño respecto a su padre biológico y a su *presunta* madre. En *Mennesson* el tribunal se centró también en los derechos de los niños, señalando que se debe prestar atención al hecho de que se puede afectar a un aspecto esencial de la identidad de los individuos cuando la relación legal de parentesco está en juego. El margen de apreciación permitido al Estado demandado en ese caso necesitaba ser reducido a juicio del TEDH²⁴. Como consecuencia, el papel de la excepción de *ordre public* se reduce acordemente. En *Mennesson* las autoridades francesas afirmaron que según la *lex fori* los acuerdos de gestación subrogada eran nulos sobre la base del orden público, ya que ello correspondía a la interpretación francesa de orden público internacional²⁵. Pese a ello, como el TEDH señaló, el margen de apreciación del que disfrutaban las autoridades públicas a la hora de construir su propio *ordre public* específico, así como los principios de la *lex fori* sobre la maternidad subrogada tienen que ser restringidos.

De hecho, dicha excepción, que es específica del DIPr, es analizada cuidadosamente por el juez internacional. El TEDH ha indicado que los órganos judiciales nacionales deben encontrar un justo equilibrio entre los intereses públicos – v.gr., los objetivos legítimos señalados *supra*– y el derecho individual al respeto por la vida privada y familiar. El punto de equilibrio es desplazado hacia la necesidad de garantizar la existencia del *status filii*, considerado como una parte crucial e inherente a la identidad personal. Desde esta perspectiva, la protección de los objetivos nacionales legítimos se rebaja²⁶. En *Mennesson y Labassee* el

²² Los acuerdos de gestación subrogada han constituido un reto para los sistemas de DIPr, en particular para el reconocimiento del estado civil del niño nacido por gestación subrogada en el Estado de origen de los padres. De hecho en muchos países los acuerdos de maternidad subrogada están prohibidos, mientras que en un limitado número de Estados esta práctica está permitida. Como resultado, el número de acuerdos transnacionales concluidos en jurisdicciones donde se permiten la gestación subrogada han aumentado.

²³ Vid. *Mennesson v. France* cit., párrs. 78–79. H. Fulchiron y C. Bidaud–Garon, “Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli–Paradiso de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, pp. 1 ss; R. Baratta, “Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore”, *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2, 2016 (en prensa).

²⁴ *Ibid.*, cit., párr. 80.

²⁵ *Ibid.*, cit., párr. 82.

²⁶ En el razonamiento del TEDH, para definir el margen de apreciación –como una noción instrumental de lo que es necesario en una sociedad democrática– el Estado disfruta de discrecionalidad de

TEDH estableció que el lazo genético entre el hijo que fue concebido a través de medios de inseminación artificial y el padre que dio su material biológico no puede ser olvidado. Por tanto, el Tribunal decidió que la verdadera paternidad de ese niño y su parentesco debían ser reconocidos en los registros públicos franceses.

En los casos sobre acuerdos internacionales de gestación subrogada, el TEDH no ha establecido el derecho de una pareja a devenir *presuntos* padres como un derecho principal, mientras la Gran Sala, fuera de la práctica de la gestación por sustitución, en algunos casos específicos, defendió el derecho de una pareja a concebir un hijo haciendo uso de la asistencia médica a la procreación²⁷. En esos casos, el TEDH se ha centrado fundamentalmente en el derecho del niño a que su vida privada se respete: Francia infringió ese derecho por haber fallado que las resoluciones americanas relevantes al respecto eran inconsistentes con su *ordre public* nacional.

El énfasis yace en la necesidad primordial del niño de que se reconozca su *status filii* en relación con su padre biológico. La posesión de ese *status civilis*, construido como un derecho fundamental del niño parece ser el núcleo del razonamiento del TEDH²⁸. Pese a ello el Tribunal rechazó las pretensiones fundadas en la presunta violación del derecho al respeto de la vida familiar. De hecho, en *Labassee* y *Mennesson*, el TEDH indicó que Francia encontró un equilibrio adecuado entre los derechos individuales y los intereses del Estado, ya que el no reconocimiento del estado adquirido en EE UU no había impedido a la familia ejercer su derecho de vivir en Francia como un grupo protegido por la ley²⁹.

conformidad con las circunstancias, la materia y el contexto. Además el Tribunal admite que uno de los más relevantes factores al respecto puede ser la existencia o inexistencia de una base común a las normas jurídicas de los Estados del Consejo de Europa. De ahí que, ante la falta de consenso, el asunto dé lugar a importantes problemas morales y éticos. Sin embargo, dicho margen debe restringirse cuando una faceta básica de la existencia del individuo o de su identidad está en juego (*Labassee*, cit. § 56; *Mennesson*, cit., párr. 77). Denegar el reconocimiento de un lazo de filiación afecta a la identidad de la persona involucrada y precisamente la del menor afectado. Consecuentemente, el margen de apreciación se debe rebajar (*Labassee*, cit., párr. 58; *Mennesson*, cit., párr. 80; *vid.* también, respectivamente, párrs. 60 y 81).

²⁷ En algunos casos, el TEDH ha señalado que los Estados han rechazado desproporcionadamente el acceso a técnicas de inseminación cuando su política quedaba fuera de los márgenes de apreciación aceptables, de modo que no se mantenía un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados involucrados. En esas situaciones, la Gran Sala afirmó la infracción del art. 8, defendiendo de hecho el derecho de una pareja a que se respete su decisión de ser padres biológicos (*Dickson v. United Kingdom* (nº 44362/04) sentencia 4 diciembre 2007, párr. 66; *Evans v. United Kingdom* (nº 6339/05) sentencia de 10 abril 2007, párrs. 71–72).

²⁸ *Labassee*, cit., párrs. 38 y 75–79; R. Baratta, ‘Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii*...’, *loc. cit.*

²⁹ *Labassee*, cit., párrs. 66 ss., en particular, párrs. 71–73. Ciertamente, en *Labassee* y *Mennesson*, el TEDH rechazó la pretensión del demandante de reconocer en Francia la relación legal entre los presun-

Finalmente, el funcionamiento de los sistemas de DIPr está afectado sin ningún género de duda: el equilibrio justo entre los diferentes intereses está centrado en la necesidad de preservar la existencia individual o la identidad, lo cual es crucial en relación con los objetivos legítimos del Estado como un todo³⁰. Es

tos padres y el hijo. Tal resultado habría asegurado probablemente la plena vida familiar en Francia: el hijo hubiese tenido, en esencia, el estado de un *filius familias* con respecto a una pareja. Sin embargo, esta parte de la sentencia a favor del gobierno francés empieza desde una premisa fáctica clara que ayuda a explicar el resultado jurídico: un nivel mínimo de protección a la vida familiar ha sido garantizado en Francia, dado que las autoridades nacionales, pese a la negación de aceptar los certificados estadounidenses en los registros públicos franceses, habían otorgado a esos certificados un conjunto de efectos legales significativos. Pese a la ausencia de reconocimiento en Francia de una relación de parentesco establecida en el extranjero, en su defensa el Estado arguyó, primero, que no había violado el derecho a la vida familiar, ya que los certificados de nacionalidad francesa de los hijos habían sido expedidos; segundo, que los menores no podían salir de Francia; tercero, que los presuntos padres mantenían la responsabilidad parental completa sobre la base de documentos extranjeros de estado civil; cuarto, que en caso de divorcio, el juez de familia determinaría su lugar de residencia y los derechos de visita de los padres tal y como se indican en el documento extranjero de estado civil; quinto, que los derechos sucesorios serían asegurados por el Derecho civil francés (*Mennesson*, cit., § 71 and 74). Finalmente, las autoridades francesas consideraron los certificados estadounidenses como aptos para producir algunos efectos legales, si bien su reconocimiento y ejecución se denegaron en cuanto al *status filii* entre el hijo y los presuntos padres. El TEDH hubiera fallado de otra manera si las autoridades francesas no hubieran acordado esas salvaguardias mínimas y si hubieran deconstruido el núcleo del derecho a la vida familiar, concretamente evitando que padres e hijos compartieran una dimensión familiar mínima. El Tribunal, de hecho, parece apreciar la sensibilidad mostrada por las autoridades francesas hacia las vicisitudes de la vida familiar, las cuales son, social y emocionalmente, bastante delicadas. La impresión es que los jueces franceses y las autoridades nacionales hicieron uso de técnicas interpretativas y prácticas para asegurar subrepticamente un núcleo intangible de protección, incluso aunque rechazaran la validez de la relación paterno-filial; subrepticamente porque llegaron al resultado, legalmente relevante en el Derecho francés, que parece difícil de reconciliar con los postulados generales del DIPr francés. Sea como fuere, el grupo familiar conformado por las personas implicadas (hijos y las parejas correspondientes) había sido efectivamente garantizado en Francia. En términos de respeto al derecho a la vida familiar, el TEDH lo consideró como suficiente.

³⁰ Como opuesto a ello, el Derecho de la UE justifica el recurso al concepto de orden público para denegar el reconocimiento por un Estado miembro de algunos elementos del nombre y apellidos de un nacional de un Estado, tal y como se determinan por otro Estado miembro –en el cual ese nacional reside– en el momento de su adopción como un adulto por un nacional de ese otro Estado miembro. En *Wittgenstein*, el TJUE estableció que a las autoridades nacionales se les permite un margen de discreción, dentro de los límites impuestos por los tratados, para construir su propia excepción de orden público siempre que la misma cumpla con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Dado que de conformidad con el art. 4.2º TUE, la Unión Europea debe respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, lo cual incluye la forma de gobierno del Estado como República, el TJUE señaló que no es desproporcionado por parte de un Estado miembro intentar proteger el principio de no discriminación prohibiendo la adquisición, posesión o uso, por sus nacionales, de títulos nobiliarios o elementos relativos a la nobleza que puedan crear la impresión de que el portador del nombre posee ese rango. Al rechazar el reconocimiento de títulos nobiliarios en un nombre, como el del demandante en el procedimiento principal, las autoridades austriacas responsables de los asuntos de estado civil no parecen haberse excedido en la consecución del objetivo constitucional fundamental perseguido (asunto C-208/09: *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, sentencia de 22 diciembre 2010, párr. 93).

discutible que el margen otorgado a los Estados miembros para forjar sus propios principios de orden público no puede conllevar una violación de los derechos a la vida familiar y a la vida privada. En síntesis, en opinión del TEDH, cuanto más uniforme es la protección de los derechos humanos clásicos, más limitado es el margen de apreciación y menor es el margen de actuación de las autoridades nacionales para aplicar sus propios principios nacionales para moldear los sistemas de DIPr.

2. Aseguramiento del interés superior del niño

El margen de apreciación del Estado para construir una excepción de *ordre public* nacional está también limitado por la necesidad de asegurar el *interés superior del niño*. El peso que dicha noción merece es crucial en cualquier ocasión en que la situación de un menor está en juego. Las opciones legislativas que impiden el reconocimiento de adopciones o filiaciones legalmente adquiridas en el extranjero no deben solo encontrar un justo equilibrio entre los intereses estatales y aquellos de los individuos que se vean afectados por dicha denegación. Al evaluar la situación de un niño, las autoridades nacionales deben garantizar que su *interés superior* prevalece³¹.

La referencia del TEDH a la noción de interés superior del menor, contenida en un gran número de instrumentos internacionales, y principalmente en la Convención de UN sobre los Derechos del Niño, no sorprende³². Algunos asuntos muestran un fiel reflejo de ello. En *Wagner* el TEDH valoró que un Tribunal de Luxemburgo reconociera una decisión peruana produciendo el mismo efecto que una adopción plena luxemburguesa. Pese a ello, el TEDH no apreció que otro órgano judicial luxemburgués, en el mismo asunto *Wagner*, hubiese denegado la misma situación legal, que –como subrayó el TEDH– se incluía en el concepto de vida familiar empleado por el art. 8. De hecho, indicó

³¹ *E.B. v. France* [GC] (nº 43546/02), sentencia de 22 enero 2008, párrs. 76 y 95.

³² De hecho, el Tribunal de Estrasburgo ha enfatizado en sus decisiones que nunca ha considerado las disposiciones del CEDH como el único cuerpo normativo de referencia. Más al contrario, se ha centrado sobre su obligación de considerar también todas las disposiciones disponibles y los principios de Derecho internacional aplicables a los Estados contratantes. Esta aproximación es inequívoca desde que el Tribunal señaló que el CEDH no debe ser interpretado aisladamente y debe ser aplicado de conformidad con los principios de Derecho internacional. En efecto, según su jurisprudencia, teniendo en cuenta el art. 31.3º Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, hay que considerar todas las normas relevantes de Derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes, incluyendo aquellas relativas a la protección internacional de los derechos humanos (*vid. Golder v. the United Kingdom* (nº 4451/70) sentencia de 21 febrero 1975, párr. 29; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC] (nº 34044/96, 35532/97 y 44801/98) sentencia de 22 marzo 2001, párr. 90 ss y *Al-Adsani v. United Kingdom* [GC] (nº 35763/97) sentencia de 21 noviembre 2001, párr. 55).

que no solo el interés superior del niño debía tenerse en cuenta, sino también la necesidad de dar al menor el estado civil más favorable. Esta conclusión, como el TEDH apuntó, no hubiese sido perjudicial para el orden público internacional de Luxemburgo³³.

Además, en *Labassee* el TEDH admitió, primero, que el no-reconocimiento en Francia del *status filii* constituye una elección ética, la cual resulta en el recurso a la excepción de orden público internacional; y segundo, que es aceptable que Francia hubiese querido disuadir a sus nacionales de viajar al extranjero para beneficiarse de los métodos de reproducción asistida prohibidos en su propio territorio³⁴. Sin embargo, las implicaciones de este enfoque también conciernen a los hijos directamente, cuyo derecho al respeto a la vida privada queda sustancialmente afectado. Así, una cuestión de envergadura se plantea en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior del menor, el cual debe guiar cualquier decisión al respecto³⁵.

Aunque con unas circunstancias fácticas diferentes, incluso el asunto *Paradiso y Campanelli* señala una reducción del ámbito de aplicación de la excepción de orden público³⁶. En opinión del TEDH, el orden público no puede representar una *carta blanca* para justificar, frente a las obligaciones impuestas por el art. 8 del CEDH, cualquier medida que afecte a un niño sin haber considerado primero su concreto interés superior³⁷. El TEDH declaró la violación del art. 8 porque las autoridades italianas decidieron trasladar al menor de su familia de acogida. En efecto, tal medida es, de conformidad con el Tribunal, una medida de último recurso que las autoridades estatales pueden adoptar solo para proteger al menor de un daño inmediato. A mayor abundamiento, el Tribunal subrayó la necesidad de asegurar que un menor no debe resultar perjudicado por el hecho de haber nacido por gestación subrogada, especialmente en términos de nacionalidad o identidad, que son de crucial importancia³⁸.

³³ Vid. caso *Wagner*, cit., párr. 134.

³⁴ Caso *Labassee*, cit., párrs. 62–63.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Paradiso and Campanelli v. Italy* (nº 25358/12) sentencia de 25 enero 2015 (el asunto está aún pendiente, ya que fue apelado a la Gran Sala el 1 junio 2015). El caso versa sobre una infracción del art. 8 CEDH porque las autoridades italianas primero rechazaron el reconocimiento de un certificado de nacimiento ruso estableciendo una relación paterno-filial aceptada en el registro civil, después suspendieron la responsabilidad parental y finalmente ordenaron el traslado del menor del hogar del demandante. En ese caso, una pareja italiana casada concluyó un acuerdo de maternidad subrogada con una sociedad rusa, pero ningún vínculo genético entre la pareja y el menor fue establecido.

³⁷ *Ibid.*, párr. 80.

³⁸ *Ibid.*, párr. 85.

III. Una perspectiva basada en los derechos humanos

Como se ha señalado supra, el impacto de los estándares de Derecho internacional sobre los sistemas nacionales de conflicto de leyes es sustancial. Los derechos fundamentales, tal y como los interpretan y aplican las jurisdicciones internacionales, afecta y forja la función del DIPr de una manera específica. Se arguye que los derechos humanos imponen a los Estados una obligación inherente y positiva de resultado para reconocer y ejecutar una relación familiar legalmente creada en el extranjero. Este enfoque significa, primero, una derogación de los procedimientos de reconocimiento y ejecución establecidos en los sistemas nacionales de DIPr y segundo, una obligación positiva que debe ser cumplida por las autoridades públicas. El análisis se construye sobre tres fundamentos conceptuales clave.

1. Implicaciones resultantes de respetar los derechos a la vida privada y familiar en cuestiones de DIPr

Los derechos al efectivo respeto de la vida privada y la vida familiar crean una obligación negativa para los Estados de abstenerse de interferir indebidamente en tales derechos. El rechazo al funcionamiento actual de los sistemas de DIPr es el resultado lógico del análisis realizado supra, dada la denegación del estado civil adquirido en el extranjero; rechazo resultante de la aplicación del sistema nacional de DIPr, en tanto cuanto supone una interferencia indebida en los derechos relativos a la esfera privada y familiar³⁹. Esta situación es predicable si se tienen en cuenta los hechos ocurridos en Luxemburgo con respecto al asunto *Wagner* o en Francia en relación con el reconocimiento del *status filii* de un niño nacido en virtud de un acuerdo de gestación subrogada⁴⁰.

³⁹ A. Bucher, "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 98 ss; R. Baratta, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 408 ss.

⁴⁰ La inclinación hacia el sistema de DIPr francés es patente si se evalúan las conclusiones alcanzadas por las autoridades francesas en casos de gestación subrogada: a pesar de la ausencia de reconocimiento en Francia de una relación paterno-filial establecida en el extranjero, en su defensa el Estado señaló que, primero, no había violado el derecho a la vida familiar, ya que los certificados de nacionalidad francesa habían sido expedidos a favor de los hijos; segundo, los menores no podían abandonar Francia; tercero, los presuntos padres disfrutaban de responsabilidad parental plena sobre la base de documentos extranjeros de estado civil; cuarto, en caso de divorcio, el juez de familia hubiese determinado su lugar de residencia y los derechos de visita de los padres tal y como aparecen en el documento extranjero de estado civil; quinto, los derechos sucesorios hubiesen sido asegurados conforme al Derecho francés.

El respeto efectivo por los derechos de la esfera privada y familiar produce un impacto directo en el orden jurídico nacional, en el sentido de que los justiciables disfrutan de derechos que los jueces nacionales deben garantizar (a no ser que, como se ha indicado *supra*, concurra una limitación específica, necesaria y proporcionada). Una vez incorporado al Derecho nacional, el respeto por tales derechos entraña, para los jueces nacionales, la obligación de asegurar un efecto pleno de las disposiciones sobre derechos humanos. Ello supone que los mismos deben primar sobre normas inconsistentes de Derecho interno, sin esperar por su explícita derogación por el legislador nacional⁴¹. En otras palabras, los derechos humanos son ejecutables contra los Estados responsables de infringirlos en su respectivo orden jurídico interno⁴². Los estándares internacionales de derechos humanos exigen que los Estados prescriptivamente aseguren esa protección de los derechos humanos.

Así es en particular para cualquier procedimiento de DIPr llevado a cabo por instituciones públicas, órganos judiciales o autoridades administrativas que se refiera al estatus familiar de un niño –los mismos deben asegurar una preocupación principal por su interés superior en el análisis de cada caso⁴³–. Es un derecho internacionalmente garantizado por un instrumento cuasi-universal (la Convención de NU sobre Derechos del Niño) e integrado, como se afirma asiduamente, en una disposición auto-ejecutable⁴⁴. Asegurar el interés superior del

⁴¹ *Vid. mutatis mutandis*, *Vermeire v. Belgium* (nº 12849/87), sentencia de 29 noviembre 1991, párrs. 25–26. En *Dumitru Popescu v. Roumanie* (nº 71525/01), sentencia de 26 abril 2007, en la que el TEDH señaló que el estatus conferido al CEDH en el Derecho interno permite, precisamente, descartar, a las jurisdicciones nacionales –de oficio o a instancia de parte– las disposiciones de derecho interno que resulten incompatibles con el CEDH y sus protocolos adicionales (párr. 104). En cuanto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de tratados sobre derechos humanos, *vid.* Comité de Derechos Humanos, *General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR//21/Rev.1/Add.13 (2004).

⁴² Este enfoque es bastante diferente al fenómeno de *Drittwirkung* en el sentido de que esos derechos humanos, como se sostiene, pueden ser ejecutados contra otro particular (*vid.* A. Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en R.S.J. McDonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp. 163 ss).

⁴³ Art. 3.1º *Convention on the Rights of the Child*; *Vienna Declaration* (June 1993) *World Conference on Human Rights* (*vid.* R. Wallace, *International Human Rights. Text and Materials*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 210).

⁴⁴ *General Assembly Official Records Sixty-ninth session*, Suplemento nº 41 (A/69/41), *Report of the Committee on the Rights of the Child*, United Nations, New York, 2014, p. 193. Los Estados lo han ratificado. Respecto a la noción de interés superior del menor, *vid.* distintas concepciones en P. Alston (ed.), *The Best Interests of the Child*, Oxford, OUP, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, La Haya–Londres–Nueva York, M. Nijhoff, 2002; C. Focarelli, “La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di ‘best interests of the child’”, *Riv. dir. int.*, nº 4, 2010, p. 981 ss; T. Buck, *International Child Law*, 3ª ed., Londres, Routledge, 2005, *passim*; O. Lopes Pegna,

niño lleva a un derecho que es ejecutable por los particulares en los órganos judiciales nacionales desde que produce efectos en la relación jurídica entre los Estados y sus nacionales⁴⁵.

2. El concepto de obligación positiva implica una construcción de los sistemas de DIPr orientada al resultado

El efectivo disfrute de los derechos fundamentales en temas de DIPr no puede ser reducido a la simple obligación, por parte del Estado, de no interferencia: una concepción puramente negativa no sería consistente con el objeto y el propósito de los instrumentos internacionales que compelen a los Estados a garantizar un concreto derecho humano. Como la noción de respeto implica, desde una perspectiva kantiana, que los individuos deben ser el centro de la sociedad, así como fines en sí mismos, y no medios para conseguir algo⁴⁶, el respeto por los derechos a la vida privada y a la vida familiar conduce a una obligación positiva impuesta a las autoridades nacionales. Consecuentemente, el Estado requerido debe, en principio, reconocer y ejecutar un estado civil o un lazo familiar, de modo que se asegure su protección, independientemente de cómo se haya constituido en el extranjero⁴⁷. En otras palabras, el concepto de obligación positiva

“L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 2, 2013, pp. 357 ss.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, párr. 1), UN CR/G/14, 29 mayo 2013, p. 4. Respecto a Francia, *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁶ El filósofo del siglo XVIII, Kant, arguyó que las personas son fines en sí mismos, y no medios para conseguir algo, con absoluta dignidad para ser respetados (E. Kant, *Stato di diritto e società civile* (N. Merker, ed.), Roma, Editori riuniti, 1982, pp. 144 ss). *Vid.* también, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, OUP, 2006, p. 81.

⁴⁷ De hecho, el Tribunal de Estrasburgo estableció que una infracción de obligaciones positivas ocurre cuando, en su sentencia sobre una petición de ejecución, un tribunal nacional no tome en consideración la realidad social de la familia, que exista entre los demandantes. Al buscar un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos de los justiciables que solicitan la ejecución y aquellos del Estado, el cual apunta a establecer límites para preservar la sociedad como un todo, el TEDH subrayó la necesidad de considerar la realidad social y la existencia de lazos familiares adquiridos en el extranjero (*vid.* caso *Wagner*, cit., párrs. 129 ss.). El principio de obligación positiva que se deriva de disposiciones convencionales queda bien fundado en la jurisprudencia del TEDH: *vid.* *Airey v. Ireland* (nº 6289/73), sentencia de 9 octubre 1979, en particular, párr. 25; *Marckx v. Belgium*, cit.; *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria* (nº. 10126/82), sentencia de 21 junio 1988, párrs. 31–32; *Kroon and others v. The Netherlands* (nº 18535/79), sentencia de 27 octubre 1994, párr. 30; *X, Y et Z v. United Kingdom*, (nº 21830/93), sentencia de 22 abril 1997, párr. 37. A. Heymann–Doat, ‘Le respect des droits de l’homme dans les relations privées’, en C. Teitgen–Colly (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 219 ss; S. Bartole, P. De Sena y V. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 303 ss; A.W. Heringa y L. Zwaak, “Right to respect for privacy”, en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *op. cit.*, pp. 739 ss.

entraña también una obligación para el Estado de diseñar sus disposiciones de DIPr orientadas hacia un resultado –si un lazo familiar o un estado civil está debidamente establecido en un ordenamiento jurídico foráneo, la autoridad nacional requerida para su reconocimiento o ejecución está obligada a adoptar posturas interpretativas, dentro de sus facultades, para garantizar los derechos internacionales a la vida privada y a la vida familiar⁴⁸. Cuando sea necesario, los Estados también deben adoptar medidas legislativas, administrativas y jurisdiccionales para preservar el disfrute efectivo de tales derechos en su territorio⁴⁹ y, al mismo tiempo, tener en cuenta que los pronunciamientos del TEDH no son directamente ejecutables pero deben ser implementados en el ordenamiento jurídico nacional⁵⁰.

Desde esta perspectiva basada en los derechos humanos, los requisitos de DIPr deben ser remodelados, cuando sea posible por interpretación, para salvaguardar los derechos fundamentales del niño, cuando se plantee un asunto en el que esté en juego la integración de un menor en su familia de adopción o en el seno de una familia que recurrió a la maternidad subrogada⁵¹. El abandono del

⁴⁸ Vid. P. Kinsch, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 318, 2006, pp. 149 ss.

⁴⁹ En *Ignaccolo-Zenide v. Romenia* (nº 31679/96), sentencia de 25 enero 1996, el TEDH indicó que corresponde a cada Estado contratante proveer de cuantos medios sean adecuados y efectivos para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones positivas conforme al art. 8 CEDH (párr. 108).

⁵⁰ H. Keller y C. Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *Eur. J. Int’l L.*, vol. 26, 2015, pp. 829 ss.

⁵¹ Se ha sugerido un razonamiento similar en relación a la construcción de un principio implícito de reconocimiento mutuo de estados civiles y lazos familiares en el sistema jurídico de la UE, de modo que se cumpla con el respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 7 de la CDF (R. Baratta, “Verso la ‘comunitarizzazione’ dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 597; *id.*, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, 2007, p. 4 ss; *id.*, ‘La reconnaissance des situations personnelles et familiales’, *loc. cit.*, p. 411 ss; respecto a la jurisprudencia del TJUE, *vid.* los asuntos C–36/94, *Dafeki*, sentencia de 2 diciembre 1997, ECR, I–6761 ss; C–353/06, *Grunkin and Paul*, sentencia de 14 octubre 2008, ECR I–7639 ss., ambos relativos al reconocimiento de certificados sobre estado civil y nombres y apellidos). En *Grunkin and Paul*, el TJUE indicó que obligar a una persona, que ha ejercido su derecho de libre circulación y reside en el territorio de otro Estado miembro, a usar un apellido, en el Estado miembro del que es nacional, que es diferente del que ya le ha sido otorgado y registrado en el Estado miembro de su nacimiento y residencia, es susceptible de dificultar el ejercicio del derecho, reconocido en el art. 21 TFUE, de desplazarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*Grunkin and Paul*, párrs. 21–22; *vid.* también el as. C–148/02: *García Avello* [2003] ECR I–11613, párr. 36). Además añadió que tal inconveniente podría también plantearse cuando el niño afectado ostente la nacionalidad de un solo Estado miembro, y ese mismo Estado deniegue el reconocimiento de su nombre tal y como se adquirió en el Estado de nacimiento y residencia (párr. 24). A mayor abundamiento, en la UE –pese a la fragmentación de su legislación en el plano de la justicia civil– también surge la cuestión de las competencias nacionales. La UE se describe como un espacio común donde, *inter alia*, los derechos fundamentales y el reconocimiento mutuo revisten un papel principal. Por tanto, un sistema supra-

funcionamiento típico de las normas de DIPr, y la subsiguiente obligación positiva de resultado, revisten una importancia vital si los derechos fundamentales tienen que ser interpretados y aplicados de forma práctica y efectiva y no teórica o ilusoria –utilizando el lenguaje usado con asiduidad en la jurisprudencia del TEDH–. Los requisitos del DIPr de familia clásico para el reconocimiento y ejecución de estados civiles foráneos no pueden constituir un obstáculo normativo para el reconocimiento de relaciones familiares y personales en el territorio del Estado requerido.

La deferencia a las políticas estatales y en particular a la excepción de *ordre public* –implícita en la doctrina del margen de apreciación– no permite resultados normativos inconsistentes con los derechos individuales. Y ello, independientemente de si concurre una tendencia común compartida por varios Estados o, al contrario, si se aprecian diferentes posturas estatales frente a una circunstancia social. El elemento crucial no parece individualizarse en la limitación del margen de apreciación de los Estados para determinar sus propios valores fundamentales, como parece indicar el TEDH. Lo que importa es que el nivel de protección de los derechos fundamentales se fundamente en valores comunes internacionales que se derivan de instrumentos internacionales. Como resultado, las jurisdicciones nacionales deben aceptar los fallos dictados en el extranjero y, en general, los valores jurídicos foráneos. Lo que da lugar a un concepto de orden público internacional con fuertes contornos transnacionales porque se basa en la necesidad de hacerlo permeable por los valores basados en los derechos humanos tal y como se aceptan y comparten internacionalmente, y no tanto en la necesidad de preservar la coherencia interna del foro.

3. El principio de continuidad y el interés superior del niño

Si el Estado requerido actúa posibilitando el reconocimiento de los lazos familiares o el estado civil en el foro tal y como se constituyeron en el extranjero, la razón subyacente es que debería existir, al menos en principio, una línea de continuidad entre la situación legal creada en el Estado de origen y en el ordenamiento jurídico nacional⁵². Así es independientemente de si los requisitos para el reconocimiento establecidos apunten a la dirección contraria.

nacional de DIPr se está forjando gradualmente con el objetivo de asegurar el mantenimiento de las relaciones jurídicas debidamente establecidas en un Estado miembro. Como resultado, los sistemas domésticos de DIPr son considerados con carácter complementario. Su conceptualización como un subtipo de normas inter-locales, cuya aplicación no puede imponer obstáculos al principio de continuidad, debería ser lógicamente concebible.

⁵² Según los principios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia, cuando la existencia de una relación de parentesco con un niño ha sido establecida, el Estado está obligado a permitir que ese lazo se

Cuando un estado civil o un lazo familiar debidamente creado en el extranjero se caracterice por un elemento sólido de efectividad, los procedimientos de DIPr deben tener también en cuenta la realidad social de la situación cuyo reconocimiento (o ejecución) se busca⁵³. Es conveniente mencionar que los órganos judiciales internacionales no tienen en cuenta el hecho de que, asiduamente, los demandantes puedan recurrir a técnicas de reconocimiento o ejecución para sortear prohibiciones o restricciones jurídicas nacionales. Las críticas en términos de fraude de ley, aunque son teóricamente concebibles bajo un razonamiento típico de DIPr, son degradadas al confrontarse con la obligación de preservar los derechos humanos tal y como se garantizan internacionalmente.

Aparte de ello, el principio de continuidad ha sido caracterizado por otro elemento crucial, el cual ha surgido con brío de la práctica internacional, esto es, el interés superior del menor. Alude a su interés *real y genuino* en determinadas situaciones, por ejemplo, cuando se interpretan instituciones como la adopción y la filiación con elemento extranjero. De hecho, cualquier decisión que concierna a un niño que recibe cuidado y atención debe estar basada en una evaluación pragmática del bienestar del menor, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, cada elemento del caso, tal y como indica una parte de la práctica jurisprudencial⁵⁴.

desarrolle y a establecer disposiciones legales que hagan posible la integración del menor en su familia (*vid.*, *mutatis mutandis*, *Marckx v. Belgium* (nº 6833/74), sentencia de 13 junio 1979, p. 15, párr. 31; *Kroon and Others v. The Netherlands* cit., párrs. 32 y 36–40).

⁵³ *Vid.* caso *Wagner*, cit., párr. 132.

⁵⁴ *V.gr.*, unos jueces ingleses decidieron a favor de una pareja británica que había concluido un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer ucraniana. Dos niños nacieron, concebidos con los gametos del marido y los óvulos de una donante anónima. El Tribunal inglés, pese al hecho de que el contrato no respetaba el requisito de gratuidad impuesto por la legislación inglesa para esas conductas, primó el bienestar de los hijos, tomando en consideración las consecuencias negativas a las que hubiesen sido expuestos en caso de un fallo en sentido negativo. El Tribunal señaló que la tarea del tribunal consistía en equilibrar dos conceptos conflictivos y potencialmente irreconciliables. Añadió que el Parlamento está claramente facultado para legislar contra la maternidad subrogada con fines comerciales y para prever que los tribunales deban implementar esa política en sus decisiones. Sin embargo, continuó, también se debe reconocer que el rigor pleno de esa política va a recaer sobre una persona que no posee las facultades para comprenderla, y mucho menos para sobrellevar sus consecuencias (es decir, el menor implicado), de modo que ese rigor debe ser mitigado por la consideración del bienestar del menor. Este enfoque es tanto humano como intelectualmente coherente, indicó el tribunal. Y terminó afirmando que la dificultad radica en que es casi imposible imaginar un conjunto de circunstancias en las que en el momento en que el asunto se decide ante un tribunal, el bienestar de cualquier niño (y particularmente de un niño extranjero) no se afecte gravemente (al menos) por la denegación de reconocimiento ([2008] EWHC 3030 (Fam), *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWH/Fam/2008/3030.html>). Además, en esa sentencia se subrayó que dado que el efecto de una resolución en materia paterno-filial confiere un estado civil de por vida, es difícil imaginar la aplicación de cualquier principio diferente al de bienestar con perspectiva eterna, haciendo uso del margen de discreción. El tribunal arguyó también que el enfoque de centrarse en el bienestar de esos niños es el que mejor se ajusta en la decisión de una resolución en materia paterno-filial (*ibid.*, párr. 24). Incluso un juez italiano,

Sería altamente cuestionable, por ejemplo, el hecho de reconocer y ejecutar una relación biológica de parentesco establecida en el extranjero a través de gestación por sustitución porque los presuntos padres son ancianos y acudieron a dicha técnica por puro egoísmo. Una relación genética *per se* puede no ser razón suficiente para cumplir con el criterio del interés superior del menor, salvo que se acompañe por un compromiso serio de cuidar del bienestar del niño durante toda su vida. En tal caso, los intereses de los padres, considerados separadamente, aunque estén basados en el vínculo genético, parecen menos importantes y secundarios. Puede que se trate de aspiraciones humanas y personales legítimas, pero deben ser consideradas como un elemento menor en comparación con los efectos beneficiosos para el hijo. En cualquier caso, en la gestación por subrogación internacional y comercial, los derechos fundamentales de otras personas pueden resultar seriamente afectados, ya que esos acuerdos pueden implicar, en particular, una venta de un niño bajo el art. 35 de la Convención de NU sobre los Derechos del Niño, además de la explotación de las mujeres que aceptan llevar a cabo la gestación⁵⁵. *De iure condendo* un gran convenio internacional multilateral debe convenientemente regular estos problemas⁵⁶.

renovando la jurisprudencia previa, reconoció resoluciones inglesas en materia paterno-filial, conforme a las cuales una pareja italo-inglesa había obtenido en Reino Unido el reconocimiento de la filiación de dos niños nacidos en 1997 y en 2000 mediante gestación subrogada. Los presuntos padres habían concluido contratos sin mediar precio, conforme a los cuales una mujer desarrolló el embarazo resultante de un embrión viable que contenía los gametos del hombre. El problema sobre el reconocimiento se planteó varios años después del nacimiento, cuando la mujer italiana volvió a su país de origen tras la disolución del matrimonio. La relación entre los niños y la madre presentaba, también en ese caso, un elemento sólido de efectividad (*vid.* sentencia del Tribunal de Apelación de Bari, de 13 febrero 2009, *I.M. v. G.A.J.R.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 698 ss, con comentarios críticos de C. Campiglio, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, pp. 599 ss.).

⁵⁵ J. Tobin, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *Int'l Comp. L. Q.*, 2014, pp. 317 ss; G. Puppink y C. de la Hougue, *Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution*, 2015, *passim*; B. Barel y S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2015, p. 163; A. Vettorel, “International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 526 ss.

⁵⁶ No debería ocuparse solo del *mercado internacional de la gestación por subrogación* (que está creciendo: *vid.* Conferencia de La Haya para el Derecho internacional privado, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, n° 10 marzo 2012, p. 8 y C. Hausammann, N. Hitz Quenon y N. Hausammann, “Maternité de substitution: la perspective des droits humains”, *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH* de 11 mayo 2014) sino que también debería regular la necesidad de proteger los derechos fundamentales de todas las personas involucradas. Podría prohibir cualquier forma de maternidad subrogada internacional y comercial, así como bloquear la práctica de la gestación subrogada cuando implique explotación reproductiva y uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de cualquier otra índole (*Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (2015/2229(INI)), párr. 114. De hecho, el Parlamento Europeo ha condenado la práctica de la gestación subrogada, la cual

Bastante delicado es también el asunto relativo al reconocimiento del *status filii* en favor de parejas del mismo sexo que han devenido padres a través de acuerdos transnacionales de gestación subrogada, en particular para Estados que prohíben el acceso a la paternidad en estas situaciones, incluyendo la adopción. Al respecto no hay una tendencia específica en la jurisprudencia internacional. Un razonamiento profundo sobre estos temas requiere una evaluación desde el punto de vista de los derechos fundamentales de las personas que puedan verse negativamente afectadas, además del estudio de la dignidad social y del principio de no discriminación por orientación sexual. La práctica jurisprudencial nacional es variada al respecto, sin que pueda identificarse una tendencia mayoritaria en uno u otro sentido⁵⁷.

En cualquier caso, como norma el principio de interés superior del menor debe prevalecer y guiar la administración de justicia en los órganos judiciales nacionales. Se espera del poder judicial que valore el interés superior del menor como un criterio primario para definir el lugar del niño en el DIPr de familia. Si rechazar el reconocimiento de una situación familiar debidamente constituida en

menoscaba la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como mercancía; considerando que dicha práctica, cuando implica explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para producir ganancias económicas o de otro orden, en particular en caso de mujeres vulnerables residentes en países en vías de desarrollo, debe prohibirse y tratada con urgencia en los instrumentos que regulan los derechos humanos. *Vid.*, sin embargo, una visión diferente en K. Trimmings y P. Beaumont (eds.), *op. cit.*, p. 647 (defendiendo la idea de regular la gestación subrogada internacional y comercial, siendo más pragmáticos).

⁵⁷ En Bélgica, una pareja homosexual de varones tuvo bebés gemelos a través de gestación subrogada en California y volvieron a casa con un certificado de nacimiento en el que ambos aparecían como padres. El registro civil belga rechazó el registro de los certificados estadounidenses de nacimiento. En primera instancia, el órgano judicial belga determinó que el reconocimiento de los certificados estadounidenses de nacimiento violaba el orden público nacional, centrándose también en el hecho de que esa elusión del Derecho paterno-filial belga no podía ser legitimada. El no reconocimiento de los certificados estadounidenses de nacimiento de los gemelos suponía que en Bélgica la mujer estadounidense que había desarrollado la gestación subrogada se consideraba como la madre legal de los niños, mientras que en EE UU, los padres belgas eran considerados los padres legales de los niños. En apelación, el Tribunal de Apelación de Lieja ordenó que los certificados de nacimiento fueran reconocidos y registrados en el registro civil, pero solo en lo que respectaba a la relación legal con el padre biológico. Pero el registro del parentesco legal del marido del padre biológico no era posible, ya que no concurría el requisito biológico (*Vid.* M. Vonk y K. Boele-Woelki, *op. cit.*, p. 137). En la misma línea *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº de recurso 245/2012, de 2 febrero 2015 (<http://www.poderjudicial.es>), con interesantes comentarios sobre cómo mantener el equilibrio adecuado entre el respeto por los derechos fundamentales y la prohibición de gestación subrogada en España. También véanse los comentarios de P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html#more>; A. Moreno Sánchez-Moraleda, “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014.

el extranjero afecta desfavorablemente el interés superior del menor en un contexto determinado, un tribunal nacional, al aplicar su propio sistema de DIPr, debe mantener el estado civil legalmente establecido en el extranjero, respetando el derecho a la vida familiar tal y como se recoge en el art. 8 del CEDH⁵⁸.

IV. Conclusión

En tanto que los derechos fundamentales internacionalmente garantizados afecten los principios estructurales del DIPr⁵⁹, el reconocimiento y ejecución en el plano nacional de decisiones foráneas debe ser remodelado sobre la base de principios comunes para evitar contradicciones con la necesidad individual de poseer un único estatuto familiar en los diferentes Estados. El papel principal del Derecho, incluyendo la disciplina del DIPr, es alcanzar una regulación justa de la sociedad y sus necesidades conexas. Huelga decir que el debate filosófico sobre el Derecho y la justicia contiene una doble dimensión, esto es, la ética y la jurídica. Sin embargo, la cuestión sobre la justicia en el DIPr puede ser ampliada si tal disciplina es entendida como un medio para perseguir los derechos fundamentales de los individuos involucrados de una manera a través de la que se asegure, en el campo del Derecho de familia, la continuidad del estado civil personal y familiar sobrepasando las fronteras, esto es, la *possession d'état* allende de una dimensión nacional. Desde esa perspectiva, la *justicia distributiva* del DIPr no puede sino tener una importancia secundaria e indirecta como disciplina jurídica. El DIPr debe también, en principio, perseguir la realización de los derechos humanos tal y como se garantizan en la esfera internacional. Con el fin de materializar esta forma de intrusión del Derecho internacional en el DIPr de familia, la metodología para asegurar el reconocimiento de resoluciones judiciales foráneas y actos públicos en la jurisdicción del Estado requerido, se particulariza en instrumentos flexibles y apropiados, capaces de asegurar la continuidad de los estados civiles personales y familiar adquiridos más allá de las fronteras nacionales.

Bibliografía

Alston, P. (ed.): *The Best Interests of the Child*, Oxford, OUP, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, La Haya-Londres-Nueva York, M. Nijhoff, 2002.

⁵⁸ Vid. caso *Wagner*, cit., párr. 133.

⁵⁹ E. Jayme, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 353 ss, quien sigue el curso de este proceso, efectuando algunos comentarios críticos.

- Arai, Y.: "The System of restrictions", en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2006, p. 335.
- Arai-Takahashi, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the CEDH*, Cambridge, Intersentia, 2002.
- Baratta, R.: "Verso la 'comunitarizzazione' dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 597 ss.
- Baratta, R.: *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004.
- Baratta, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2, 2016 (en prensa).
- Baratta, R.: "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.
- Baratta, R.: "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 408 ss.
- Barel, B. y Armellini, S.: *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2015.
- Barile, G.: *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Pádua, 1980.
- Bartole, S., De Sena, P. y Zagrebelsky, V.: *Comentario breve alla CEDU*, Pádua, Cedam, 2012.
- Bucher, A.: "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, pp. 98 ss.
- Buck, T.: *International Child Law*, 3ª ed., Londres, Routledge, 2005.
- Bureau, D. y Muir Watt, H.: *Droit international privé*, t. II, Parte especial, París, PUF, 2007.
- Carbone, S.M.: "I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali", *Dir. Un. eur.*, n° 1, 2013, pp. 15 ss.
- Clapham, A.: "The 'Drittwirkung' of the Convention", en R.S.J. McDonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp. 163 ss).
- De Miguel Asensio, P.A.: "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho privado*, 1998, pp. 541-558.
- De Miguel Asensio, P.A.: "El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea", en <http://pedrodemiguel.asensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html#more>.
- Eekelaar, J.: *Family Law and Personal Life*, Oxford, OUP, 2006.
- Focarelli, C.: "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'", *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.
- Forteau, M.: "L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public", *Journ. dr. int.*, 2011, pp. 3 ss.
- Fulchiron, H. y Bidaud-Garon, C.: "Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, pp. 1 ss.
- Gannagé, L.: "Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 1 ss.
- Hammeje, P.: "Droits fondamentaux et ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1 ss.

- Hausammann, C., Hitz Quenon, N. y Hausammann, N.: "Maternité de substitution: la perspective des droits humains", *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH* de 11 mayo 2014.
- Heymann-Doat, A.: "Le respect des droits de l'homme dans les relations privées", en C. Teitgen-Colly (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 219 ss.
- Jayne, E.: "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n° 2, pp. 353 ss.
- Keller, H. y Marti, C.: "Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments", *Eur. J. Int'l L.*, vol. 26, 2015, pp. 829 ss.
- Kiestra, L.R.: *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haya, Springer, 2014.
- Kinsch, P.: "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 318, 2006, pp. 149 ss.
- Legg, A.: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, OUP, 2012.
- Lequette, Y.: "Le droit international privé et les droits fondamentaux", *Liberté et droits fondamentaux*, 13^e ed., París, Dalloz, 2007.
- Lopes Pegna, "L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 357 ss.
- Lugato, M.: "Sulla sussidiarietà in diritto internazionale", *Archivio Giuridico*, n° 2, 2011, pp. 129 ss.
- Lugato, M.: "The margin of appreciation and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity", *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, vol. 52, pp. 49 ss.
- Moreno Sánchez-Moraleda, A.: "La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2014.
- Pirrone, P.: "Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner", *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 1, 2009, pp. 251 ss.
- Puppinck, G. y de la Hougue, C.: *Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution*, 2015.
- Tobin, J.: "To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy", *Int'l Comp. L. Q.*, 2014, pp. 317 ss.
- Trimmings K. y Beaumont, P. (coords.): *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publ., 2012.
- Vettorel, A.: "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 526 ss.
- Vonk, M. y Boele-Woelki, K.: "Surrogacy and Same-sex Couples in The Netherlands", en K. Boele-Woelki y A. Fuchs (coords.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2^a ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 123 ss.
- Wallace, R.: *International Human Rights. Text and Materials*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997.

Recepción: 1.6.2016
Aceptación: 29.6.2016

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS VULNERABLES: UN LLAMAMIENTO A LA ACCIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA

Pietro FRANZINA *

SUMARIO: I. Estado actual de la cuestión: 1. La creciente preocupación por la protección internacional de adultos. 2. Las limitaciones del marco normativo existente: A) El riesgo de conflictos de competencia positivos; B) El riesgo de falta de coherencia respecto al Derecho aplicable a la sustancia de la protección; C) La falta de normas de conflicto específicas relativas a los poderes de representación preventivos; D) Las posibles dificultades relativas al reconocimiento de medidas de protección. II. Las razones por las que la UE debería considerar involucrarse en la protección internacional de adultos: 1. La salvaguarda y promoción de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. 2. La libre circulación de personas entre Estados Miembros. 3. El adecuado funcionamiento del Mercado Interior. III. Lo que la UE podría (y debería) hacer respecto a la protección internacional de adultos vulnerables: 1. La posibilidad de actuar a nivel europeo en virtud del art. 81 TFUE. 2. La conveniencia del “autocontrol” por parte de la UE a la luz de la exitosa experiencia desarrollada en algunos Estados Miembros gracias al Convenio de La Haya de 2000. 3. La UE debería de servirse de su competencia externa para requerir a todos los Estados Miembros que se convirtieran en Estados parte del Convenio de la Haya del 2000. 4. La adopción de medidas legislativas europeas debería, en cualquier caso, ser considerada de cara a solventar algunas de las debilidades del Convenio de la Haya y a mejorar su funcionamiento entre Estados miembros. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La presente contribución sostiene que la Unión Europea (UE) debería considerar la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a mejorar la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas. La misma defiende que si existiera un cuerpo de normas regionales Derecho Internacional Privado en esta área, los derechos fundamentales de las personas con discapacidad disfrutarían de una protección más efectiva, tal y como requieren la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de personas con discapacidad. La introducción de un régimen uniforme de Derecho Internacional Privado en este campo facilitaría igualmente el ejercicio de la libre circulación de personas de un Estado Miembro a otro y mejoraría el funcionamiento

* Profesor asociado de Derecho internacional. Universidad de Ferrara (Italia).

Traducción de E. Álvarez Armas. Investigador del Fondo Nacional de Investigación Científica de Bélgica (FNRS), adscrito a la Universidad Católica de Lovaina.

del Mercado Interior. Este artículo asimismo analiza la base legal, la naturaleza y el posible contenido de las medidas que la UE podría adoptar en esta área, teniendo en cuenta que siete Estados Miembros ya son parte del Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional de adultos. En guisa de conclusión, este artículo sugiere que la UE debería de tomar las medidas necesarias para que todos sus Estados Miembros ratificaran o accedieran al referido Convenio en nombre de la UE, y que debería, asimismo, promulgar legislación dirigida a expandir la cooperación entre los mismos, pero manteniendo el referido Convenio de la Haya como conjunto básico de normas uniformes que gobiernen la protección internacional de adultos en Europa.

PALABRAS CLAVE: DISCAPACIDAD – GUARDA E INSTITUCIONES SIMILARES DE PROTECCIÓN – PODERES DE REPRESENTACIÓN PREVENTIVOS.

ABSTRACT: *The International Protection of Vulnerable Adults: a Plea for Action at EU Level*

The article argues that the European Union (EU) should consider adopting measures aimed to enhance the protection of vulnerable adults in cross-border situations. It contends that if a body of regional rules of private international law existed in this area, the fundamental rights of persons with disabilities would enjoy a more effective protection, as required by the Charter of Fundamental Rights of the EU and the United Nations Convention of 2006 on the Rights of Persons with Disabilities. The introduction of a uniform regime of private international law in this field would also facilitate the exercise of freedom of movement of persons from one Member State to another and would improve the functioning of the internal market. The paper goes on to discuss the legal basis, the nature and the possible content of the measures that the EU may adopt in this area, taking into account the fact that seven Member States are already a party to The Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults. The article conclusively suggests that the EU should take the necessary measures to have all Member States ratify, or accede to, the latter Convention on behalf of the EU, and should enact legislation aimed at furthering cooperation in the relations among Member States, while keeping The Hague Convention as the basic set of uniform rules governing the international protection of adults in Europe.

KEYWORDS: DISABILITY – GUARDIANSHIP AND SIMILAR MEASURES OF PROTECTION – LASTING POWERS OF ATTORNEY.

I. Estado actual de la cuestión

1. La creciente preocupación por la protección internacional de adultos vulnerables

La protección de adultos vulnerables –es decir, la protección de adultos que, por razón de disfunción o insuficiencia en sus facultades personales, no se encuentran en posición de proteger sus intereses por sí mismos– ha sido, durante largo tiempo, una temática muy especializada en Derecho internacional privado. Hasta épocas recientes el número de casos reportados de guarda e instituciones similares con elementos transfronterizos ha sido poco numeroso, y la literatura jurídica dedicada a esta área particular del Derecho internacional privado ha sido escasa.

Este panorama comenzó a cambiar hace cuestión de veinte años, en función de un conjunto de factores. Algunos de los mismos se corresponden con transformaciones sociales; otros reflejan el surgimiento de nuevas políticas y la consiguiente reconsideración de las normas legales pre-existentes¹.

El envejecimiento de la población, conjuntamente con el aumento de la integración (y visibilidad social) de las personas con discapacidades, ha conllevado el incremento de la preocupación por las necesidades de aquellos que experimentan, ya sea sólo temporalmente, situaciones de vulnerabilidad: víctimas de infartos, personas mayores que sufren de demencia, individuos con desordenes de personalidad graves, personas que luchan contra adicciones crónicas al alcohol o a las drogas, por citar algunos ejemplos. Al mismo tiempo, se ha observado un cambio de paradigma en el Derecho de la protección de adultos. Bajo este nuevo paradigma, las personas con discapacidades son vistas como titulares de derechos, y no como receptores pasivos de cuidados. En particular, los adultos vulnerables detentan un derecho fundamental a la dignidad, a la no discriminación, a la integración social y a la auto-determinación. Como establece el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 13 diciembre 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, dichos sujetos “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás [personas] en todos los aspectos de la vida”². Por ello, los Estados están obligados a “[adoptar] las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, y a asegurar que las medidas relativas a la capacidad jurídica “proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”. Con este trasfondo, las normas sustantivas (y procesales) relativas a la protección de adultos han experimentado cambios significativos en varios países, entre ellos Francia (1968, 2007, 2015), Austria (1984), Alemania (1990), Grecia (1996), España (2003), Italia (2004) y Suiza (2012). A grandes rasgos, en casi todas partes, las reformas en el área de la protección de adultos han sido inspiradas por los siguientes principios, codificados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación nº R (99) 4 del 23 febrero 1999 sobre los *principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*: (a) El principio de la máxima preservación de la capacidad, en virtud del cual una medida de protección

¹ En relación con los cambios experimentados en la discapacidad desde una perspectiva legal y social, *vid.*, entre otros, D. Ferguson, P. Ferguson y M.L. Wehmeyer, “The Self-Advocacy Movement: Late Modern Times (1980 CE to Present)”, en M.L. Wehmeyer, (coord.), *The Story of Intellectual Disability – An Evolution of Meaning, Understanding, and Public Perception*, Brookes, 2013, pp. 233 ss.

² *Vid.*, en general, en la doctrina reciente, P. Harpur, “Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Disability & Society*, 2012, pp. 1 ss, y F.J. Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, 2014.

no debe de conllevar automáticamente la supresión total de la capacidad de obrar; (b) los principios de necesidad y subsidiariedad, en función de los cuales ninguna medida de protección debería ser establecida a menos que la misma aparezca como necesaria, teniendo en cuenta las circunstancias individuales y las necesidades de la persona interesada; (c) los principios de proporcionalidad e individualización, los cuales requieren que la protección sea proporcional al grado de capacidad de la persona interesada y que esté hecha a medida de las circunstancias individuales de dicha persona; y (d) la supremacía de los intereses del adulto interesado respecto al diseño y la operación de las medidas de protección.

En términos prácticos, el nuevo enfoque respecto a la protección de adultos se expresa en una preferencia clara por la toma de decisiones *asistida* (concretamente, por la intervención de un curador), en lugar de la toma de decisiones *sustitutiva*, y en la introducción, en algunas jurisdicciones, de poderes de representación especialmente diseñados (“*lasting powers of attorney*”, “*mandats de protection future*”, “*Vorsorgevollmächte*”), cuyo propósito es organizar el cuidado de las cuestiones financieras y patrimoniales y/o el bienestar personal del otorgante en caso de una incapacidad futura³.

Las normas de Derecho internacional privado, también, han evolucionado en este campo, aunque no tan rápida y espectacularmente como las normas sustantivas (y procesales). En términos generales, las innovaciones en esta área han representado tanto un intento de traducir el nuevo enfoque respecto a la discapacidad en normas operativas de Derecho internacional privado, como una respuesta a las necesidades prácticas originadas por el incremento de la movilidad transfronteriza de adultos (potencialmente) vulnerables, y por la creciente frecuencia con la que las personas físicas poseen activos en el territorio de más de un Estado⁴.

2. Las limitaciones del marco normativo existente

Las normas de Derecho internacional privado relativas a la protección de adultos vulnerables varían de forma significativa de un Estado a otro. En lo que se refiere a los Estados Miembros de la UE, se puede realizar inmediatamente

³ Vid., en general, y para más información: I. Doron, “Elder Guardianship Kaleidoscope – A Comparative Perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 368 ss; J. Long, “Rethinking Vulnerable Adults’ Protection in the Light of the 2000 Hague Convention”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2013, pp. 58 ss. Vid. también Swiss Institute of Comparative Law: *Comparative study on the legal systems of the protection of adults lacking legal capacity. National rules of private law, of private international law and a possible legislative initiative of the European Union– United Kingdom, France, Germany, Sweden, Czech Republic, Romania*, European Parliament, 2008.

⁴ P. Franzina, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Pádua, Cedam, 2012, p. 60 ss.

una distinción entre aquellos Estados que son parte del Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional de los adultos⁵, el instrumento legal unitario que establece un cuerpo de normas uniformes relativo específicamente a la protección de personas vulnerables mayores de 18 años de edad, y aquellos Estados que (aún) no son parte de dicho instrumento y que, por lo tanto, aplican en este campo sus propias normas de Derecho internacional privado autónomo.

El primer grupo de Estados incluye a Austria, la República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania y el Reino Unido (aunque únicamente respecto a Escocia), y posiblemente incluirá próximamente a Irlanda y Portugal. El segundo grupo de Estados no es homogéneo. En algunos de los mismos, las normas autónomas de Derecho internacional privado son similares, si no idénticas, a las provisiones correspondientes del Convenio: este es, notablemente, el caso del

⁵ El texto está disponible en <http://hcch.net>. Respecto de este Convenio, *vid.* A. Bucher, “La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2000, pp. 37 ss; E. Clive, “The New Hague Convention on the Protection of Adults”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, 2000, p. 1 ss; P. Lagarde, “La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159 ss; F. Seatzu, “L’interesse del maggiorenne incapace nella nuova Convenzione dell’Aja (13 gennaio 2000) sulla protezione degli adulti”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, pp. 1223 ss; A.R. Fagan, “An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults”, *Elder L. J.*, 2002, pp. 329 ss; A. Durán Ayago, “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en M. Alonso Pérez, E.M., Martínez Gallego y H. Reguero Celada, H. (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, 2004, pp. 443 ss; T. Guttenberger, *Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen*, Gieseking, 2004; M. Revillard, “La Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d’inaptitude”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 724 ss; C. Campiglio y F. Mosconi, “La Convenzione dell’Aja del 2000 sulla protezione degli adulti: qualche riflessione”, en *Studi in onore di Umberto Leanza*, Editoriale Scientifica Italiana, 2008, pp. 868 ss; D. Füllemann, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes*, Dike Verlag, 2008; D. Hill, “The Hague Convention on the International Protection of Adults”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2009, pp. 469 ss; A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en el derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009; C. Ramser, *Grenzüberschreitende Vorsorgevollmachten in Europa im Licht des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000*, Peter Lang, 2010; A. Röthel y E. Woitge, “Das Kollisionsrecht der Vorsorgevollmacht”, *IPRax*, 2010, pp. 494 ss; G. Rocha Ribeiro, “A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos incapazes adultos”, *Revista do Ministério Público*, 2011, pp. 11 ss; F. Guillaume, “Convention sur la protection internationale des adultes”, en Leuba *et al* (coords), *Commentaire du droit de la famille – Protection de l’adulte*, Stämpfli, 2013, pp. 1155 ss; J.L. Iriarte Angel, “La protección de adultos en derecho internacional privado”, en A. Borrás y G. Garriga, G. (coords.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, 2012, pp. 203 ss; P. Franzina, “La Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana”, *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 748 ss; R. Frimston, A. Ruck Keene, C. van Overdijk y A. Ward (coords), *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, pp. 77 ss.

Reino Unido en lo que se refiere a Inglaterra y Gales, donde se ha promulgado legislación para “darle efecto” al Convenio en el sistema legal interno, sin asumir las obligaciones internacionales que se derivan del mismo. En los restantes Estados miembros las normas pertinentes recurren a una gran variedad de soluciones divergentes.

En definitiva, el marco normativo existente en Europa se caracteriza por un importante grado de diversidad. Los siguientes ejemplos ilustran los tipos de dificultades que la diversidad de las normas de Derecho internacional privado pertinentes es susceptible de provocar.

A) El riesgo de conflictos de competencia positivos

La diversidad de las normas que gobiernan la competencia judicial internacional es susceptible de provocar conflictos de competencia positivos. Un conflicto de competencia positivo tiene lugar cuando las autoridades de más de un Estado afirman su competencia respecto a la protección de un mismo adulto.

Supongamos que un nacional griego que vive en Austria requiere protección, y que se han iniciado procedimientos para el nombramiento de un representante legal tanto en Grecia como en Austria. Los tribunales de ambos países son susceptibles de determinar que les corresponde conocer del caso y para adoptar medidas en relación al mismo. El tribunal griego basará su competencia en el art. 801 del Código de Procedimiento Civil griego, que establece que la nacionalidad griega del adulto es un criterio de competencia suficiente en ésta área del Derecho. Las autoridades austríacas, por su parte, considerarán que son competentes en virtud de la regla general establecida en el art. 5.1º del Convenio de la Haya del 2000, según el cual “[l]as autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de residencia habitual del adulto serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto”.

Lo que resulta problemático en este supuesto no es tanto el hecho de que los tribunales de dos Estados distintos pretendan asumir competencia respecto al mismo asunto, sino el hecho de que esta situación de concurrencia, o “competición”, de pretensiones jurisdiccionales mutuamente excluyentes no puede ser resuelta mediante una declaración de las autoridades de ambos Estados (en base a algún tipo de criterio común) de que la competencia de los tribunales de uno de los Estados debería de prevalecer sobre la competencia de los tribunales del otro. Por un lado, el Derecho griego no prevé la suspensión del procedimiento (aún menos la declaración de incompetencia de sus tribunales) en base a *lis pendens* en estas circunstancias. Por otro, en lo que se refiere a Austria, el Convenio de la Haya de 2000 sólo contempla aquellas situaciones en que haya procedimientos paralelos abiertos en dos (o más) Estados *contratantes*, y por lo tanto no resulta

de utilidad cuando el conflicto que debe de ser gestionado, concierne, como es el caso en el ejemplo referido, a un Estado *contratante* y a un Estado *no-contratante*.

B) El riesgo de falta de coherencia respecto al Derecho aplicable a la sustancia de la protección

La diversidad de las normas de conflicto puede dar lugar a incoherencias en lo relativo a los derechos y deberes del adulto interesado y de quienes están encargados de su protección. En realidad, la identificación del Derecho sustantivo aplicable a las medidas dirigidas a proteger al adulto vulnerable se realiza mediante puntos de conexión que varían de un Estado miembro a otro. A grandes rasgos, algunos se refieren a la residencia habitual o al domicilio del adulto interesado; otros a su nacionalidad. En algunos casos, existen diferencias incluso entre aquellos países que utilizan el mismo punto de conexión, debido a ciertas variaciones nacionales que afectan al diseño y la operación del punto de conexión en cuestión.

Tomemos, por ejemplo, la protección de un ciudadano rumano que vive fuera de su país de origen. Supongamos que se inician procedimientos relativos a la protección de su persona o sus bienes en Bélgica, Finlandia, Grecia e Italia. Pese a hacerlo en base a razonamientos diversos, los tribunales de los dos primeros Estados referidos considerarán normalmente que el Derecho aplicable al fondo de la cuestión es el Derecho del país en el que el individuo interesado tiene su residencia habitual: los tribunales belgas aplicarán dicho Derecho en virtud del art. 35.1º del Código belga de Derecho internacional privado, mientras que los tribunales fineses, suponiendo que sean competentes en virtud del art. 5.1º del Convenio de la Haya del 2000, llegarán la misma conclusión en base al art. 13.1º del mismo (“En el ejercicio de la competencia atribuida por [el Convenio], las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley”). Dicho esto, si la protección de la persona o la propiedad del adulto lo requiere, a los tribunales fineses se les permitirá, en virtud del art. 13.2º del Convenio, aplicar o tener en cuenta “excepcionalmente la ley de [cualquier] otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”, mientras que la única posibilidad de la que disponen los tribunales belgas, en virtud del art. 35.2º del Código, será la aplicación del Derecho del Estado del cual el adulto es el nacional. En la práctica, aunque la normas de base llevarán normalmente al mismo resultado en ambos países, las cláusulas de excepción establecidas, respectivamente, en el Convenio de la Haya y en el Código belga no operarán siempre y necesariamente del mismo modo.

Por su parte, los tribunales griegos e italianos considerarán que el Derecho aplicable a la sustancia de la protección es el de la nacionalidad del adulto

interesado, es decir, el Derecho rumano. Esta conclusión será alcanzada, respectivamente, en base al art. 81.1º del Código griego y en base al art. 43 de la Ley italiana de Derecho Internacional Privado. Los tribunales griegos terminarán el razonamiento en este punto, e ignorarán la cuestión del reenvío, de conformidad con el art. 32 de su Código: para los mismos, la sustancia de la protección estará concluyentemente gobernada por el Derecho rumano. Los tribunales italianos, por el contrario, continuarán con la indagación, examinarán si las normas de conflicto rumanas designan el Derecho de otro país y, en caso afirmativo, considerarán si dicho reenvío debería ser tenido en cuenta. Siguiendo este razonamiento, los mismos concluirían que resulta de aplicación el Derecho del país en el que el adulto interesado tiene su residencia habitual, en lugar de la *lex patriae* del mismo. Así, si se inicia un procedimiento en Italia para proteger los activos de los que el ciudadano rumano es titular en dicho país, y resulta que el ciudadano rumano tiene su residencia en Bulgaria, los tribunales italianos aplicarán el Derecho búlgaro, de conformidad con la norma relativa al reenvío de segundo grado establecida en el art. 13.1º.a) de la Ley italiana de Derecho internacional privado (“Cuando en los siguientes artículos se haga referencia a un Derecho extranjero, deberá tenerse en cuenta el reenvío realizado por las normas de conflicto del Estado designado si: (a) dicho reenvío es aceptado por el Derecho de dicho Estado”); el art. 2578.1º del Código Civil rumano deriva la cuestión al Derecho del país de residencia habitual del adulto, y el Derecho búlgaro –de acuerdo con el art. 86.1º del Código búlgaro de Derecho internacional privado– se autodesigna como aplicable en las referidas circunstancias.

En definitiva, teniendo en cuenta las normas de conflicto descritas, existe el riesgo de que, en función del tribunal competente (y, consecuentemente, en función de a qué sistema de Derecho internacional privado se recurra con el propósito de identificar el Derecho aplicable), se apliquen Derechos diferentes a la protección del adulto interesado. En consecuencia, el alcance de los derechos y obligaciones de las personas interesadas puede carecer del grado de consistencia transfronteriza que sería deseable, y la seguridad jurídica puede verse potencialmente puesta en peligro.

C) La falta de normas de conflicto específicas relativas a los poderes de representación preventivos

Los poderes de representación preventivos (“*lasting powers of attorney*”) son una creación relativamente reciente (los primeros desarrollos en este campo ocurrieron, específicamente, en Estados Unidos, con la inclusión de normas relativas a poderes de representación de tipo “*extended*” o “*durable*” en el *Uniform Probate Code* en 1975, seguida por la creación en Canadá de un “*mandat en cas*”

d'inaptitude" o "*mandat de protection*" en 1991). En algunos países, como Alemania, este tipo de arreglo se emplea de forma frecuente en la práctica, y de hecho, es objeto de una legislación detallada y de un abundante cuerpo de jurisprudencia. Otros países, como Polonia o Italia, simplemente no contemplan en sus legislaciones éste tipo de operaciones: poco o nada se dice en estos países respecto a la sustancia de los poderes de representación preventivos (es decir, su admisibilidad, su formación, sus efectos), y nada se dice, al menos de forma específica, respecto a los conflictos de ley a los que dan lugar cuando hay un elemento de extranjería presente. Divergencias como esta pueden, de hecho, impedir al adulto y aquellos interesados en su protección servirse de poderes de representación válidamente otorgados bajo un Derecho que prevé mecanismos de este tipo.

Supongamos, por ejemplo, que un ciudadano polaco, que vive y trabaja en Alemania, decide servirse de las normas oportunas del sistema jurídico alemán para otorgar un poder de representación preventivo en favor de su hermano, que vive, igualmente, en Alemania. Ahora imaginemos que durante unas vacaciones en Italia, el otorgante sufre un accidente que le deja en coma, en un hospital italiano, durante varias semanas. En estas circunstancias, su hermano puede decidir querer utilizar el poder otorgado en aras de preservar los intereses del otorgante: puede querer servirse del poder tanto en Alemania (*v.gr.*, utilizar el dinero depositado en una cuenta bancaria del otorgante para gestionar los negocios del mismo), y en Italia (*v.gr.*, para contratar un/a cuidador/a que ayude al personal de la institución en la que su hermano está hospitalizado). Dado que en Italia no hay normas de conflicto específicas relativas a poderes de representación preventivos, es muy probable que surjan dudas respecto a qué Derecho gobierna la admisibilidad, validez y efectos del instrumento alemán. Los deseos expresados por el otorgante corren el riesgo de ser implementados sólo parcialmente, y pueden surgir incertidumbres respecto a la validez y oponibilidad de los actos realizados por el apoderado en su (supuesta) capacidad representativa del otorgante.

D) Las posibles dificultades relativas al reconocimiento de medidas de protección

El reconocimiento y ejecución de una medida de protección extranjera puede resultar difícil, si no imposible, cuando el país de origen de la medida y el país en el que se pretende que la medida despliegue sus efectos no siguen las mismas normas. Supongamos que, en virtud de una orden judicial francesa, un régimen de protección ha sido instituido para proteger a un nacional croata que vive en Francia, y que se ha nombrado un representante legal para que vele por los intereses personales y financieros del mismo. Si el representante legal nombrado se viera requerido a ejercer algunos de sus deberes en Croacia (*v.gr.*, realizar una aceptación de herencia en nombre del adulto), se cuestionará si a la orden judi-

cial francesa le corresponde ser reconocida en Croacia. El asunto debe decidirse en función del art. 89.1º de la Ley croata de Derecho internacional privado, que establece, *inter alia*, que las decisiones extranjeras no son susceptibles de reconocimiento si se refieren a materias respecto a las cuales los tribunales croatas tienen competencia exclusiva. Esto es, en principio, lo que ocurre en el presente caso. De acuerdo con el art. 75 de la Ley, como regla, los tribunales croatas poseen competencia exclusiva para decidir respecto a la guarda de un nacional croata. Como consecuencia, se le impedirá al representante servirse de la medida francesa ante las autoridades croatas, y ejercitar en Croacia los poderes de representación conferidos mediante la orden judicial. Deberá iniciarse un nuevo procedimiento en Croacia desde cero. Incluso si el resultado, finalmente, terminara coincidiendo con el resultado del procedimiento francés, el no-reconocimiento de la medida francesa probablemente expondrá al adulto a retrasos y a costes adicionales, que en última instancia impedirán al propio adulto ejercitar sus derechos de un modo efectivo (si *v.gr.*, en el ejemplo anterior, el derecho del adulto a aceptar la herencia prescribe antes de que el procedimiento croata de guarda finalice).

II. Las razones por las que la UE debería considerar involucrarse en la protección internacional de adultos

Ninguna de las medidas legislativas adoptadas por la UE para desarrollar la cooperación judicial en materia civil entre Estados Miembros con base en el art. 81 TFUE se refiere de forma específica a la protección de adultos vulnerables.

En realidad, los instrumentos legales promulgados hasta la fecha sobre competencia de órganos judiciales y de otras autoridades; sobre Derecho aplicable; y sobre reconocimiento y ejecución de sentencias excluyen de forma explícita de su ámbito de aplicación material la “capacidad” de las personas físicas, tal y como es el caso, por ejemplo, del art. 1.2º.a) Reglamento (UE) nº 1215/2012 de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el Reglamento Bruselas I *bis*). El término “capacidad”, tal y como se utiliza en estos textos, se entiende que cubre, *inter alia*, los procedimientos relativos a la guarda y a otras formas de protección de adultos vulnerables, así como las medidas tomadas por autoridades estatales para los mismos propósitos⁶.

Los poderes de representación preventivos también quedan fuera del ámbito de aplicación material de las medidas legislativas europeas existentes a día de

⁶ Vid., entre otros, a este respecto, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., París, LGDJ, 2014, pp. 40 ss.

hoy en el área de Derecho internacional privado: en virtud del art. 1.2º.g) Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I), la “posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar” está totalmente excluida del ámbito de aplicación del Reglamento.

Existen básicamente tres razones por las cuales la UE debería de considerar involucrarse en la protección internacional de adultos, y colmar la laguna actualmente existente⁷.

1. La salvaguarda y promoción de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad

En primer lugar y ante todo, la Unión Europea se ha comprometido a reforzar la protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos fundamentales de las personas con discapacidades. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de personas con discapacidad entró en vigor para la UE el 22 enero 2011, y varias disposiciones de Derecho europeo originario articulan –directa o indirectamente– una preocupación por la protección de los derechos de los individuos vulnerables. Estas disposiciones incluyen, notablemente, los arts. 25 y 26 CDFUE, en virtud de los cuales la Unión reconoce y respeta, respectivamente, “el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”, y “el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

Resulta necesario recalcar que la preocupación por la materialización de los derechos fundamentales de los adultos vulnerables debe de informar cualquier medida europea pertinente, incluidas las acciones llevadas a cabo en el ámbito del Derecho internacional privado.

En realidad, las consideraciones relativas a los derechos humanos resultan relevantes para el Derecho internacional privado al menos en dos sentidos. Por una parte, la disponibilidad de un conjunto de normas de Derecho internacional privado diseñadas de forma adecuada resulta esencial para asegurar la protección efectiva de los adultos vulnerables: estas normas, al determinar el modo en que un ordenamiento jurídico nacional debe de ocuparse de asuntos que otros ordenamientos jurídicos también podrían querer regular en realidad reduce el riesgo de fragmentación y de falta de continuidad espacial en la protección. Por otra

⁷ Vid. P. Franzina y J. Long, *The Protection of Vulnerable Adults in EU Member States. The Added Value of EU Action in Light of The Hague Adults Convention*, European Parliament (en prensa).

parte, el diseño de las normas de Derecho internacional privado relativas a la protección de adultos vulnerables debe de garantizar el respeto de los derechos humanos de los adultos incapaces, incluido su derecho de auto-determinación, y facilitar su materialización en casos internacionales.

Dicho de otro modo, la protección conferida a adultos vulnerables no puede ser considerada completa y satisfactoria mientras no se cubra la dimensión internacional de la misma, y mientras no incluya realmente disposiciones dirigidas a garantizar la efectividad de dicha protección cuando un elemento transfronterizo está presente.

2. La libre circulación de personas entre Estados Miembros

La movilidad transfronteriza de individuos es una preocupación fundamental para la UE. En particular, el art. 20 TFUE reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a “circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Este derecho carecería del debido nivel de efectividad si a las personas que experimentan algún tipo de vulnerabilidad se les impidiera disfrutar inmediatamente de una protección completa cuando se desplazan de un Estado Miembro a otro. Por ejemplo, un ciudadano irlandés que desee asentarse en Portugal puede verse disuadido de hacerlo ya que, en su estado actual, la legislación portuguesa no establece ningún tipo de norma de Derecho internacional privado que se refiera específicamente a la protección de adultos vulnerables. Esta situación puede llevar a la persona a temer que sus derechos como (potencial) adulto vulnerable puedan perder parte de su efectividad una vez que se mude a Portugal, y que tanto él mismo como los miembros de su familia deban incurrir en gastos significativos para garantizar, en tal situación, una protección consistente y minuciosa de todos sus intereses financieros, tanto en Irlanda como en Portugal.

Así, involucrarse en el área de la protección internacional de adultos vulnerables sería, para la UE, una forma de facilitar la movilidad transfronteriza de las personas. Un enfoque regional uniforme respecto a esta materia incrementaría la seguridad jurídica y permitiría a los individuos interesados planificar sus vidas de forma eficiente, sin el temor de experimentar una laguna en su protección (o de tener que iniciar procedimientos de protección desde cero) cada vez que decidan disfrutar de la libertad consagrada en los Tratados, desplazándose de un Estado Miembro a otro.

3. El adecuado funcionamiento del Mercado Interior

Los adultos vulnerables pueden requerir protección tanto en lo relativo a su cuidado personal como a la administración de su patrimonio y sus intereses financieros. En lo que se refiere a éste último aspecto, la protección del adulto

vulnerable puede conllevar, por ejemplo, la adopción de medidas relativas a la administración –en el más amplio de los sentidos– del patrimonio del adulto.

En un “espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” –como se supone que debe de ser el Mercado Interior, en virtud del art. 26.2º TFUE– la seguridad jurídica en lo que se refiere a la titularidad de la propiedad y a la administración de la misma representa una preocupación crucial. Si un español, el accionista mayoritario de una sociedad luxemburguesa, es sometido a representación legal en virtud de una decisión judicial española, surgirá la cuestión en Luxemburgo, respecto a si el representante nombrado está facultado para actuar en su nombre en las reuniones de los accionistas de la compañía. Si existieran dudas respecto a la eficacia de la medida española de protección en Luxemburgo (*v.gr.*, porque se ha iniciado concurrentemente un procedimiento en Luxemburgo en aras de nombrar un representante diferente), la compañía podría enfrentarse a serios problemas de administración, e incluso correr el riesgo de una paralización.

Si existiera un cuerpo uniforme de normas en la UE respecto a las cuestiones de competencia judicial, Derecho aplicable, y reconocimiento y ejecución de medidas de protección de adultos, estos riesgos y otros similares podrían ser evitados de entrada, o podrían ser resueltos rápida y eficientemente.

III. Lo que la UE podría (y debería) hacer respecto a la protección internacional de adultos vulnerables

1. La posibilidad de actuar a nivel europeo en virtud del art. 81 TFUE

La UE es competente, en virtud del art. 81 FUE, relativo a la cooperación judicial en materia civil, para adoptar medidas relativas a la protección de adultos en situaciones que tenga implicaciones transfronterizas. No cabe duda que la tutela, curatela y medidas similares entran dentro de la noción de “materia civil” para los efectos de la disposición referida.

Específicamente, el art. 81 dota a la UE con una base legal para adoptar medidas dirigidas a asegurar, *inter alia*, el reconocimiento mutuo y la ejecución en Estados miembros de sentencias relativas a la protección de adultos, la armonización de normas de competencia y derecho aplicable relativas a la protección de adultos vulnerables (incluida la protección conferida a través del despliegue de efectos de poderes de representación preventivos, y la competencia de supervisión ejercitada por tribunales respecto a la operación de los mismos), y la eliminación de obstáculos al adecuado funcionamiento de los procedimientos civiles relativos a la protección de adultos, si fuera necesario mediante la promoción

de la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los diferentes Estados Miembros

2. La conveniencia del “autocontrol” por parte de la UE a la luz de la exitosa experiencia desarrollada en algunos Estados Miembros gracias al Convenio de La Haya de 2000

En teoría, la UE podría servirse de su competencia bajo el art. 81 del TFUE para adoptar una o varias medidas legislativas que establecieran un cuerpo auto-suficiente y completo de normas de Derecho Internacional Privado relativas a la protección internacional de adultos.

Este modo de proceder, sin embargo, no parece ser la mejor opción disponible. Debe de considerarse que, como se ha referido, varios Estados Miembros ya son parte del Convenio de la Haya del 2000 (y algunos más se encuentran inmersos en el proceso de ratificación del mismo). Pero lo que es más importante es que el Convenio de la Haya del 2000 ha resultado ser un éxito en su tratamiento de las dificultades que surgen de la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas, al menos en aquellas circunstancias que implican a dos o más Estados contratantes.

Tanto la doctrina como la práctica tienden a coincidir en que el Convenio de la Haya del 2000 posee al menos cuatro puntos fuertes: (a) para comenzar, establece un cuerpo de normas uniformes de competencia judicial, que autoriza a las autoridades del Estado contratante en el que el adulto tiene su residencia habitual a adoptar, en principio, todo tipo de medidas en relación con la protección de su persona y su patrimonio, mientras garantiza, al mismo tiempo, el rápido reconocimiento y ejecución de las medidas de protección resultantes en todos los Estados contratantes; (b) en segundo lugar, el Convenio permite cierta flexibilidad en lo que se refiere a la competencia, y de hecho contiene previsiones para casos en los que las autoridades de dos o más Estados contratantes sean concurrentemente competentes respecto a la protección del mismo adulto (o a aspectos particulares de la misma), pero también establece un completo conjunto de normas que garantizan la coordinación en caso de que se den procedimientos paralelos en distintos Estados y que –cuando los intereses del adulto lo requieren– permiten la transferencia del caso de un Estado parte a otro; (c) en tercer lugar, el Convenio de la Haya de 2000 incluye un cuerpo equilibrado y adecuadamente redactado de normas de conflicto uniformes, que versa tanto sobre el Derecho aplicable a la protección “institucional”, es decir, la protección decidida y administrada por tribunales y otras autoridades, como sobre el Derecho aplicable a “poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar

por sus intereses”, es decir, a poderes de representación preventivos; (d) finalmente, el Convenio requiere que cada Estado contratante designe una autoridad central responsable de promover la cooperación entre las autoridades de los diversos Estados contratantes en aras de incrementar la efectividad y la eficiencia de la protección de adultos en casos transfronterizos.

En realidad, resulta posible afirmar que la mayor parte de los defectos descritos en la primera sección de esta contribución se minimizarían, o incluso desaparecerían, si las normas del Convenio resultaran de aplicación general.

3. La UE debería de servirse de su competencia externa para requerir a todos los Estados Miembros que se convirtieran en Estados parte del Convenio de la Haya del 2000

A la luz de lo anteriormente expuesto, sería conveniente que la UE aprovechara la experiencia desarrollada en el marco del Convenio, y que se asegurara de que el potencial del régimen de La Haya es explotado en su totalidad. Para ello, la UE podría servirse de su competencia “externa” en el campo de la cooperación judicial en materia civil (como resultado de la lectura conjunta de los arts. 81 y 216.1º TFUE) para autorizar (en realidad, solicitar) que los Estados Miembros que no lo hayan hecho aún, ratifiquen, o accedan, al Convenio de la Haya del 2000 “en interés de la UE”. Este modo de proceder sería similar al seguido respecto al Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en virtud de la Decisión del Consejo 2008/431/EC de 5 junio 2008.

Son varias las razones por las que la UE debería de preferir esta opción a la opción que supone promulgar un instrumento legal europeo autosuficiente que verse sobre la protección internacional de adultos (inspirado, en su caso, en el Convenio de la Haya). La principal es que la entrada en vigor del Convenio de la Haya del 2000 para la totalidad de los Estados Miembros de la UE permitiría a las autoridades de los Estados Miembros beneficiarse de los mecanismos de la Convención en sus relaciones con aquellos terceros Estados que sean, o que se conviertan en su momento, en Estados contratantes. Los Estados Miembros se beneficiarían de las mismas normas (o básicamente, las mismas normas, como se pondrá de relieve *infra*) que se aplicarían en las relaciones entre Estados Miembros.

En realidad, si un instrumento legislativo europeo autosuficiente fuera adoptado, se impediría a los Estados Miembros que no son parte contratante del Convenio de la Haya del 2000 disfrutar de estas ventajas. La consecuencia sería que cuando los intereses personales o económicos de un adulto estuvieran conecta-

dos a un Estado contratante que no fuera un Estado Miembro de la UE, la protección del adulto interesado sólo se beneficiaría de la Convención en aquellos Estados Miembros que fueran ellos mismos partes del Convenio de la Haya del 2000, y no en los restantes.

4. La adopción de medidas legislativas europeas debería, en cualquier caso, ser considerada de cara a solventar algunas de las debilidades del Convenio de la Haya y a mejorar su funcionamiento entre Estados miembros

Si el Convenio de la Haya del 2000 se convirtiera en el marco legal común en la UE para la protección de adultos vulnerables en casos transfronterizos, la UE seguiría pudiendo legislar en la materia, en aras de mejorar la operatividad del régimen de la Haya. De hecho, en virtud de su art. 49, aps. 2 y 4, el Convenio de la Haya no afecta a la posibilidad de que uno o más Estados contratantes concluyan acuerdos o promulguen “leyes uniformes basadas en lazos especiales de naturaleza regional” que contengan “respecto a adultos que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos”, o sujetos a tales leyes uniformes, “disposiciones sobre las materias reguladas por el [...] Convenio”. En la práctica, la UE podría utilizar esta oportunidad para tratar algunas de las debilidades del régimen de la Haya y facilitar aún más la cooperación entre las autoridades de los Estados Miembros en este terreno, manteniendo los principios generales que inspiran el Convenio.

Si a UE decidiera seguir una estrategia similar a esta, varias posibles mejoras merecerían ser consideradas.

Una de las mismas se referiría a los medios a través de los cuáles el representante de un adulto (un tutor nombrado judicialmente, el apoderado en virtud de un poder de representación preventivo, etc.) puede proporcionar prueba de su condición y poderes tanto en sus relaciones con autoridades públicas (tribunales, notarios, etc.) como con particulares (director de banco, etc.) en un país diferente de aquel en que las medidas de protección correspondientes han sido dictadas.

Con esta necesidad práctica en mente, el Convenio de la Haya del 2000 ha establecido un certificado uniforme que puede ser emitido en el Estado de origen del poder en aras de ser usado en otro Estado contratante. Estos certificados, sin embargo, han tenido, hasta la fecha, un éxito muy limitado. Una posible explicación para ello podría ser que el Convenio de la Haya no proporciona un marco legal completo de procedimientos a través de los cuales estos certificados puedan ser emitidos, rectificados o puestos en entredicho. En estas circunstancias, resultaría interesante considerar la posibilidad de crear, a través de legislación europea, un “Certificado europeo de poderes otorgados para la protección de un adulto”, que remplazara, en las relaciones entre Estados Miembros, los certifica-

dos contemplados en el Convenio. La fuente de inspiración obvia para tal desarrollo es el certificado sucesorio europeo, tal y como ha sido instituido por el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo

IV. Consideraciones finales

Las instituciones de la Unión Europea tienen muy buenas razones para considerar la posibilidad de expandir el alcance de su Derecho internacional privado regional e incluir la protección internacional de adultos.

Como ha ocurrido en otras áreas dentro de la cooperación judicial en materia civil –como la lucha contra la sustracción internacional de menores, gobernada en los Estados Miembros por dos instrumentos legales diferentes pero íntimamente relacionados: el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental– la mejor forma de mejorar la protección internacional de adultos vulnerables en Europa consistiría, probablemente, en tratar el problema desde una perspectiva regional–y–universal coordinada.

Como se ha sugerido a lo largo de esta contribución, la UE debería de hacer del Convenio de la Haya del 2000 el marco legal común básico en esta área para todos los Estados Miembros (explotando así la ambición universalista del régimen de la Haya), pero debería también mejorar la operatividad del Convenio a nivel regional, completando sus normas a través de un instrumento legislativo europeo que supliera las faltas del Convenio y mejorara su funcionamiento entre Estados miembros.

Bibliografía

- Bucher, A.: “La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2000, pp. 37–59.
- Campiglio, C. y Mosconi, F.: “La Convenzione dell’Aja del 2000 sulla protezione degli adulti: qualche riflessione”, en *Studi in onore di Umberto Lanza*, Nápoles, Editoriale Scientifica Italiana, 2008, pp. 868–884.

- Clive, E.: "The New Hague Convention on the Protection of Adults", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2000, pp. 1–23.
- Doron, I.: "Elder Guardianship Kaleidoscope – A Comparative Perspective", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 368–398.
- Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en Alonso Pérez, M., Martínez Gallego, E.M. y Reguero Celada, H. (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, 2004, pp. 443–470.
- Fagan, A.R.: "An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults", *Elder L. J.*, 2002, pp. 329–359.
- Franzina, P.: *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Pádúa, Cedam, 2012.
- Franzina, P.: "La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana", *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 748–814.
- Franzina, P., Long, J.: *The Protection of Vulnerable Adults in EU Member States. The Added Value of EU Action in Light of The Hague Adults Convention*, European Parliament (en prensa).
- Frimston, R., Ruck Keene, A., van Overdijk, C. y Ward, A. (coords.): *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015.
- Füllemann, D.: *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes*, Dike Verlag, 2008.
- Gaudemet-Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5ª ed., París, LGDJ, 2014.
- Guillaume, F.: "Convention sur la protection internationale des adultes", en Leuba *et al* (coords.), *Commentaire du droit de la famille – Protection de l'adulte*, Stämpfli, 2013, pp. 1155–1294.
- Guttenberger, T.: *Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen*, Giesecking, 2004.
- Harpur, P.: "Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Disability & Society*, 2012, pp. 1–14.
- Hill, D.: "The Hague Convention on the International Protection of Adults", *Int'l Comp. L. Q.*, 2009, pp. 469–476.
- Iriarte Angel, J.L.: "La protección de adultos en derecho internacional privado", en Borrás, A. y Garriga, G. (coords.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil – Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, 2012, pp. 203–218.
- Lagarde, P.: "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159–179.
- Long, J.: "Rethinking Vulnerable Adults' Protection in the light of the 2000 Hague Convention", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2013, pp. 51–73.
- Muñoz Fernández, A.: *La protección del adulto en el derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.
- Ramser, C.: *Grenzüberschreitende Vorsorgevollmachten in Europa im Licht des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000*, Peter Lang, 2010.

- Revillard, M.: “La Convention de la Haye sur la protection international des adultes et la pratique du mandat d’incapacité”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, pp. 724–735.
- Rocha Ribeiro, G.: “A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos incapazes adultos”, *Revista do Ministério Público*, 2011, pp. 11–85.
- Röthel, A., Woitge, E.: “Das Kollisionsrecht der Vorsorgevollmacht”, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, pp. 494–500.
- Seatzu, F.: “L’interesse del maggiorenne incapace nella nuova Convenzione dell’Aja (13 gennaio 2000) sulla protezione degli adulti”, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, pp. 1223–1236.
- Swiss Institute of Comparative Law: *Comparative study on the legal systems of the protection of adults lacking legal capacity National rules of private law, of private international law and a possible legislative initiative of the European Union– United Kingdom, France, Germany, Sweden, Czech Republic, Romania*, European Parliament, 2008.

Recepción: 30.5.2016

Aceptación: 28.6.2016

LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

SUMARIO: I. Alcance de la jurisdicción voluntaria. II. Competencia judicial internacional. 1. Remisión de la Ley a la normativa reguladora 2. Particularidades de la jurisdicción voluntaria. 3. Heterogeneidad de los expedientes. 4. Coordinación con las reglas sobre competencia interna. 5. Aplicación por autoridades no jurisdiccionales. III. Derecho aplicable. 1. Ausencia de reglas específicas y configuración de las normas de conflicto. 2. Vinculación y delimitación entre aspectos materiales y procesales. 3. Aplicación del Derecho extranjero. IV. Eficacia de resoluciones extranjeras. 1. Clasificación según los efectos. 2. Resoluciones susceptibles de reconocimiento. 3. Reconocimiento incidental, exequátur, modificación e inscripción. 4. Causas de denegación del reconocimiento. V. Conclusiones.

RESUMEN: En materia de Derecho internacional privado la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria opta básicamente por remitirse de manera genérica a otras disposiciones de nuestro ordenamiento, incluidos los convenios internacionales y los instrumentos de la UE. La aplicación de las normas de competencia internacional puede plantear significativas particularidades en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en especial, con respecto a la concreción de las reglas relevantes, el alcance de ciertos mecanismos de flexibilización, la actividad de los operadores no jurisdiccionales y la coordinación con las reglas de competencia interna. En el ámbito del Derecho aplicable, la peculiar vinculación entre normativa material y procesal dificulta su delimitación y aconseja la coordinación entre los criterios de competencia y la determinación de la ley aplicable. Los intereses objeto de protección en los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden justificar un tratamiento parcialmente diferenciado en lo relativo a la aplicación del Derecho extranjero. En materia de reconocimiento de resoluciones, ámbito en el que la nueva Ley sí incluye ciertas disposiciones específicas, presenta gran interés el análisis de las resoluciones susceptibles de reconocimiento, el régimen de inscripción registral, los motivos de denegación del reconocimiento y la coordinación con las normas incluidas en otras recientes reformas.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015–640.63 (MINECO/FEDER). Todas las páginas web citadas han sido visitadas el 25 mayo 2016.

PALABRAS CLAVE: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA – COMPETENCIA INTERNACIONAL – DERECHO APLICABLE – RECONOCIMIENTO.

ABSTRACT: *The Non-Contentious Proceedings Act and the Private International Law*

Other than in the field of recognition of foreign judgments, the new non-contentious proceedings Act does not include specific provisions on Private International Law, since it basically contains an overall referral to the application of the jurisdiction and choice of law rules established in the laws, treaties and EU instruments currently in force in Spain. This contribution discusses the specific issues raised by the application of the jurisdiction rules in the framework of non-contentious proceedings, including its significance for public authorities other than courts of justice and its coordination with the provisions on domestic competence. The close connection between procedure and substantive law which characterizes non-contentious proceedings favours the coordination between the jurisdiction and the choice of law rules. The importance and nature of the interests at stake and the potential impact on the status of persons in need of protection influence the development of a significant number of non contentious proceedings and seem to favour a more active role of the judicial authorities in the ascertaining and proof of foreign law in those situations. The provisions on the recognition of foreign judgments of the new Act allow the recognition of final judgments in Spain without any special procedure being required. This is of particular significance for the registration of foreign judgments in Spanish public registers. However, given the great diversity of non-contentious proceedings, the determination of which ones may result in a final judgment entitled to recognition and the effects that may produce deserve particular attention. Finally, the approach of the new act with respect to the grounds for non recognition is subject to a critical analysis in the light of other recent reforms in the field.

KEYWORDS: NON-CONTENTIOUS PROCEEDINGS – INTERNATIONAL JURISDICTION – APPLICABLE LAW – RECOGNITION.

I. Alcance de la jurisdicción voluntaria

1. La Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) dedica sus arts. 9 a 12, que integran el Capítulo primero de su Título I, a establecer las normas de Derecho internacional privado (DIPr) propias de la jurisdicción voluntaria. La LJV responde al objetivo de separar la jurisdicción voluntaria –mediante su normativa especial– de la regulación procesal común, de aplicación subsidiaria en el ámbito de la jurisdicción voluntaria; ahora bien, en lo relativo al Derecho internacional privado no configura con carácter general un régimen diferenciado y específico para la jurisdicción voluntaria. Ciertamente, las normas del Capítulo que la LJV dedica al DIPr optan en gran medida por no establecer un régimen propio en materia de jurisdicción voluntaria sino por remitirse a otras normas de nuestro ordenamiento, lo que favorece la coherencia de nuestro sistema de DIPr, que por el contrario resulta menoscabada por el criterio en parte diferente adoptado en lo relativo a la eficacia de las resoluciones extranjeras¹. En

¹ La aplicación analógica en el ámbito de la jurisdicción voluntaria del régimen general en materia de Derecho internacional privado es bien conocida en el ámbito comparado, especialmente en el sector del

todo caso, el enfoque que inspira los arts. 9 a 12 LJV determina que en el resto de la Ley no haya, salvo excepciones puntuales, normas de competencia judicial internacional, reconocimiento de resoluciones o determinación de la ley aplicable.

Más allá de su articulado, la LJV ha sido el cauce utilizado para modificar a través de sus disposiciones finales otras leyes de nuestro ordenamiento. Algunas de esas normas pueden tener gran relevancia con respecto a ciertas situaciones privadas internacionales, como es el caso de la reforma de determinados artículos de la LEC en la que se incluye un nuevo capítulo que regula las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (nuevos arts. 778 *quáter* a 778 *sexies*), si bien, en tanto no establecen reglas de competencia judicial, ley aplicable ni reconocimiento de resoluciones quedan al margen del objeto directo del presente estudio, centrado en los aspectos de Derecho internacional privado de los expedientes de jurisdicción voluntaria comprendidos en el objeto de la nueva Ley.

2. El objeto LJV aparece determinado en su art. 1, que lo limita a los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales. De modo que, a efectos LJV, sólo son expedientes de jurisdicción voluntaria “los que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso” (art. 1.2º). La competencia para la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia puede corresponder al Juez o al Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia²), de modo que la LJV contiene las normas comunes para la tramitación de los expedientes de esta naturaleza cuyo conocimiento se atribuye a uno de ellos.

El criterio general es que corresponde al Juez resolver “los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente”; mientras que la resolución del resto de los expedientes corresponde al Letrado de la Ad-

reconocimiento y ejecución de resoluciones, como contempla expresamente el art. 31 de la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, *vid.* P. Volken, “Art. 31”, *IPRG Kommentar (Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 1. Januar 1989)*, Zúrich, Schulthess, 1993; A. Bucher (ed.), *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2011, pp. 317–374.

² De acuerdo con la disposición adicional primera de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ministración de Justicia (art. 2 LJV). Entre los expedientes que la LJV atribuye al Juez se incluyen: autorización o aprobación del reconocimiento de la filiación no matrimonial; adopción; tutela, curatela y guarda de hecho; emancipación; protección del patrimonio de personas con discapacidad; derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada; autorización o aprobación de actos de disposición u otros relativos a bienes de menores y personas con capacidad modificada; extracción de órganos; dispensa de impedimentos; intervención en relación con la patria potestad; desacuerdo conyugal; aceptación y repudiación de la herencia; consignación extintiva de la obligación; autorización al usufructuario para reclamar créditos vencidos; exhibición de libros contables; y disolución de sociedades.

3. Ahora bien, determinante del alcance de la jurisdicción voluntaria en el nuevo modelo, y de la transformación que representa con respecto a la situación precia³, es que la LJV considera apropiado encomendar a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, determinadas funciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria que se mantiene en el seno de la Administración de Justicia. En particular, la nueva Ley establece una serie de competencias alternativas que comparten los Letrados de la Administración de Justicia (incluidos en la categoría de órganos jurisdiccionales en el sentido de su art. 1), Notarios o Registradores, como detallan los apartados VI a VIII del Preámbulo LJV. Se trata de expedientes que al no afectar directamente a derechos fundamentales ni intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, no requieren la intervención del juez como titular de la potestad jurisdiccional. En todo caso, son expedientes que sí regula el articulado LJV, en la medida en que al estar atribuidos a los Letrados de la Administración de Justicia son expedientes incluidos en el ámbito de aplicación que fija su art. 1.2º.

Entre los expedientes que se pueden suscitar alternativamente ante Letrado de la Administración de Justicia o Notario se incluyen: renuncia o prórroga del cargo de albacea; nombramiento de contador-partidor dativo; subasta voluntaria; ofrecimiento de pago; robo, hurto, extravío o destrucción de título valor; nombramiento de peritos en contratos de seguro; y conciliación. Ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Registrador Mercantil pueden, entre otros, suscitarse: auditoria de las cuentas de un empresario; convocatoria de las juntas generales o de la asamblea general de obligacionistas; reducción de capital social, amortización o enajenación de las participaciones o acciones; y nombramiento de liquidador, auditor o interventor. Entre los atribuidos en exclusiva al

³ Para la situación de conjunto en el régimen previo, *vid.* B. González Poveda, *La jurisdicción voluntaria*, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Letrado de la Administración de Justicia se incluyen la habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial; declaración de ausencia y fallecimiento; y deslinde de fincas no inscritas. Con respecto a aquellos asuntos de competencia compartida con los Notarios o con los Registradores, las normas para su tramitación por estas otras autoridades se incluyen en las respectivas legislaciones específicas, básicamente en la Ley del Notariado, sustancialmente modificada por la disp. final 11ª LJV, y en la legislación mercantil. La LJV no contempla la competencia de los cónsules españoles en el extranjero para tramitar expedientes en esta materia, lo que no excluye que en supuestos puntuales puedan tener competencia cuando lo prevea la legislación específica, como sucede en particular en el art. 17 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional (LAI) con respecto a la constitución de adopciones.⁴

En virtud del art. 19 LJV la eficacia de la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria no varía cuando el expediente se tramita por Notarios o Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Letrados de la Administración de Justicia. Una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias y lo decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior conexas, si bien no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto.

4. La “desjudicialización” de la jurisdicción voluntaria llevada a cabo por la LJV ha sido en gran medida producto, como ha quedado reseñado, de la atribución un elevado número de asuntos a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, en particular Letrados de la Administración de Justicia, Notarios⁵ y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, que comparten la competencia para su conocimiento, lo que resulta determinante de que se consideren expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, en la medida en que esta noción incluye los Letrados de la Administración de Justicia. De este modo, el número de asuntos atribuidos únicamente a otros operadores, lo que resulta determinante de que queden al margen del objeto LJV, es relativamente pequeño. Así, entre los asuntos atribuidos tan sólo a los Notarios se encuentran, básicamente: la declaración de herederos abintestato; la presentación, adverbación, apertura y protocolización de testamentos cerrados,

⁴ Vid. J.R. Liébana Ortiz y S. Pérez Escalona, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 57–62. En la reforma de la legislación civil que lleva a cabo la LJV sí se contempla la competencia del cónsul en relación con el expediente previo a la celebración del matrimonio.

⁵ Vid. C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

ológrafos y otorgados en forma oral; la formación de inventario hereditario; así como los depósitos en materia mercantil.

De lo anterior resulta que el conjunto de asuntos objeto de la jurisdicción voluntaria que se tramita ante los órganos jurisdiccionales (en ocasiones de forma compartida) se caracteriza por su extraordinaria heterogeneidad, que también se proyecta sobre la configuración de las concretas actuaciones procedimentales en los diversos expedientes, así como en el contenido y la eficacia de los actos a que pueden dar lugar los diversos expedientes. Esta constatación se ve acentuada por la circunstancia de que la LJV en sus disposiciones finales también atribuye competencias concurrentes a los Notarios y los Letrados de la Administración de Justicia respecto de materias que no aparecen previstas en el articulado LJV, como sucede en particular con la reforma que lleva a cabo del Cc en lo relativo a la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial. Esta heterogeneidad condiciona el análisis de las cuestiones de competencia internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones.

II. Competencia judicial internacional

1. Remisión de la Ley a la normativa reguladora

5. Conforme al art. 9.1º LJV, en los casos internacionales los órganos judiciales españoles serán competentes para conocer los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando concurren los foros de competencia internacional recogidos en los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España. En defecto de tales tratados y otras normas internacionales, se limita a establecer que la competencia vendrá determinada por los fueros de competencia internacional establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyas normas sobre el particular fueron reformadas casi al mismo tiempo, mediante la adopción de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

El primer apartado del art. 9 responde básicamente a la idea de que la LJV no incorpora reglas específicas para regular la competencia judicial internacional de los órganos judiciales españoles, para lo que se deberá estar a lo previsto en otras disposiciones de nuestro ordenamiento que ya regulan la competencia internacional en las materias objeto de la jurisdicción voluntaria. Se trata de un enfoque razonable como punto de partida, sin desconocer que la peculiar función de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria condiciona los términos en los que suscitan propiamente cuestiones de competencia internacional. Los textos legales e instrumentos que en nuestro ordenamiento regulan la competencia judicial

internacional lo hacen sin distinción de si se trata de procesos contenciosos o de expedientes de jurisdicción voluntaria⁶, e incluyen normas sobre competencia internacional en relación con numerosas materias objeto típicamente de expedientes de jurisdicción voluntaria⁷: declaración de ausencia o fallecimiento, capacidad, protección de personas mayores de edad o de sus bienes, filiación, adopción, relaciones paterno-filiales, protección de menores, sucesiones... pero también de otras que no siendo típicas del ámbito de la jurisdicción voluntaria son relevantes en relación con algunos de los expedientes previstos en la LJV, como las normas de competencia en materia de obligaciones contractuales, sociedades, derechos reales sobre bienes inmuebles... Ciertamente, cabe entender que esa regulación de la competencia internacional tanto respecto de procesos contenciosos como expedientes de jurisdicción voluntaria es el enfoque también en instrumentos relevantes típicamente en el ámbito contencioso, como es el caso en el sistema del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), en la medida en que dentro de su alcance material se incluyan también expedientes de jurisdicción voluntaria⁸.

En consecuencia, resulta razonable que la LJV no incluya una regulación específica y diferenciada de la competencia internacional para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, evitando un fraccionamiento innecesario de la regulación de la competencia judicial internacional⁹. Como ha quedado ya

⁶ Poniendo de relieve la proyección de las normas de competencia judicial internacional de la LOPJ también sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria, *vid.* ya I. Miláns del Bosch Portolés, “La determinación del Derecho aplicable en los actos de jurisdicción voluntaria”, *REDI*, vol. XXXIX, 1987 (1), pp. 67–97, pp. 69–70. *Vid.* también Resolución DGRN de 18 enero 2005, *REDI*, vol. LVII, 2005 (2), pp. 1023–1033, p. 1024, con nota de I.A. Calvo Vidal.

⁷ *Cf.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015, p. 99.

⁸ Como parece implícitamente avalado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *vid.* STJUE 3 octubre 2013, as. C 386/12: *Schneider*. En el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado a instancia de un ciudadano húngaro sometido a curatela, quien pretendía obtener autorización para vender una cuota proindiviso de un inmueble sito en Bulgaria, el Tribunal de Justicia concluyó que la regla de competencia exclusiva en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles no es aplicable a un procedimiento como ese, pero fundamentó su repuesta en que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con la “capacidad de las personas físicas” en el sentido del art. 1.2º.a) RB I bis, que es una materia excluida del citado Reglamento, pero sin hacer referencia al carácter de jurisdicción voluntaria de dicho procedimiento. Por lo tanto, esta sentencia favorece una interpretación según la cual los procedimientos de jurisdicción voluntaria no quedan por su naturaleza al margen del RB I bis, por lo que resultaría aplicable a los mismos cuando se hallan comprendidos en su ámbito material (si bien en la práctica no es extraño que vayan referidos a materias excluidas del Reglamento).

⁹ Pese a que podría pensarse lo contrario, la inclusión en otros ordenamientos de nuestro entorno de reglas de competencia judicial internacional en la legislación sobre jurisdicción voluntaria no contradice este enfoque. En concreto, en Alemania el que la Ley sobre procedimientos de familia y asuntos de jurisdicción voluntaria de 17 diciembre 2008 (*BGBI*. I, p. 2586), –*Gesetz über das Verfahren in Fami-*

reseñado, un expediente de jurisdicción voluntaria y un proceso jurisdiccional (posterior) pueden recaer exactamente sobre el mismo objeto, resultando apropiado que las reglas de competencia internacional sean en principio coincidentes.

6. Si bien desde la perspectiva de política legislativa cabe entender que la opción adoptada sobre este particular por la Ley es correcta como punto de partida, lo cierto es que el primer apartado del art. 9 presenta un contenido de escaso valor, incluso cabe pensar que en el plano práctico la redacción dada a esa concreta disposición nada aporta y que puede resultar redundante, si no fuera porque puede servir para confirmar el abandono de ciertas concepciones obsoletas según las cuales en materia de jurisdicción voluntaria no sería preciso fijar fueros de competencia internacional por resultar de aplicación con carácter general el criterio *forum legis*¹⁰ (según el cual la competencia de los tribunales españoles vendría determinada por la aplicación al caso concreto de la ley española). Además, viene a confirmar que el hecho de que no se trate de procesos contenciosos no justifica una competencia universal de nuestros tribunales¹¹. Por otra parte, el que el art. 9 LJV vaya referido a “los órganos judiciales”, a diferencia de los arts. 22 ss LOPJ, que aluden a “los Juzgados y Tribunales”, parece corresponderse con la circunstancia de que la LJV, como ha quedado señalado, atribuye el conocimiento de ciertos asuntos a los Letrados de la Administración de Justicia; no obstante, en otros lugares, como su art. 1, la LJV emplea la expresión “órganos jurisdiccionales”.

Llama la atención que la concreta redacción del apartado 1 del art. 9 LJV presente deficiencias que pueden incluso resultar fuente de confusión. Por ejemplo, en su primer párrafo, habida cuenta de la importancia alcanzada por la unificación de las reglas de competencia judicial internacional en el seno de la UE – incluso en ciertos ámbitos propios de la jurisdicción voluntaria, como algunos relativos a la protección de menores –, cabe entender que habría resultado apropiado que el precepto hiciera mención expresa al “Derecho de la Unión Euro-

liensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)– establezca normas de competencia judicial internacional sobre Derecho de familia (§§ 98 ss) responde a que es en esa disposición donde se ubican en el ordenamiento alemán las reglas de competencia judicial internacional en materia de familia pero no a que esas reglas sean específicas para expedientes de jurisdicción voluntaria, *vid.*, *v.gr.*, H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª ed., Munich, C.H. Beck, 2010, p. 95; y T. Rauscher, *Internationales Privatrecht (Mit internationalen Verfahrensrecht)*, 4ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, pp. 522–523.

¹⁰ Para un planteamiento de ese tipo, *vid.* V. Cortés Domínguez, “La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ)”, *Justicia*, 1985, pp. 775–796, p. 785.

¹¹ Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 118.

pea” junto a la referencia que ahora contiene a los “Tratados y otras normas internacionales en vigor para España”. Por otra parte, la referencia únicamente a la LOPJ en el párrafo segundo del art. 9.1º LJV resulta inapropiada, habida cuenta de la existencia en nuestro ordenamiento de ciertas reglas de competencia internacional en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en leyes especiales, como es el caso en concreto de la Ley de adopción internacional (LAI) (a la que sí hace referencia el art. 42.3º LJV).

7. Del art. 9.1º LJV resulta una remisión al conjunto de las normas de competencia judicial internacional de nuestro sistema relativas a las materias a las que van referidos los expedientes de jurisdicción voluntaria. En función de la materia y del resto de las circunstancias del expediente, la competencia judicial internacional vendrá determinada en el caso concreto por algún reglamento de la Unión Europea, un convenio internacional o las normas del régimen de fuente interna, sin que la naturaleza de jurisdicción voluntaria o contenciosa del procedimiento altere en principio el ámbito de aplicación de los respectivos instrumentos. Así, a modo de ejemplo, incluso las reglas sobre competencias exclusivas del art. 24 Reglamento 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis sobre derechos reales inmobiliarios o sobre sociedades pueden resultar determinantes en relación con la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria, como los relativos al deslinde de fincas no inscritas atribuidos al Letrado de la Administración de Justicia (arts. 104 a 107 LJV) o a la disolución judicial de sociedades (arts. 125 a 128 LJV).

Esta remisión global se corresponde con la ausencia de normas de competencia judicial internacional en la regulación por la LJV de los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria, que si bien normalmente incluyen normas de competencia se limitan a establecer reglas de competencia interna. Incluso, pese a su apariencia, el art. 42.1º LJV, que regula en qué situaciones el adoptante de adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera puede instar ante los Tribunales españoles su conversión en una adopción regulada por el derecho español, cabe entender que no constituye propiamente una norma de competencia judicial internacional. La regulación de la competencia judicial internacional en materia de adopción se halla recogida en la LAI, y, en concreto, en lo relativo a la conversión en adopción plena de una adopción no plena, en su art. 15, que además fue objeto de reforma mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, aprobada tan sólo unos días después LJV.

2. Particularidades de la jurisdicción voluntaria

8. Precisamente la dispersión en nuestro sistema de las normas de competencia internacional en las materias de jurisdicción voluntaria, consecuencia de la

pluralidad de textos normativos internacionales, de la Unión Europea y nacionales que configuran dicho sistema, así como la heterogeneidad de dichas materias, limita el interés de una reflexión de conjunto. Ahora bien, no cabe desconocer que la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en su conjunto presenta notables particularidades. Destaca la marginación práctica de criterios de competencia muy relevantes que no operarán normalmente en este ámbito. Así, la configuración de los expedientes de jurisdicción voluntaria pone de relieve la ausencia en ellos típicamente de demandado, lo que puede ser determinante de que no resulte operativo el fuero general del domicilio del demandado. Además, junto a la ausencia de partes contrapuestas, la jurisdicción voluntaria opera en gran medida en ámbitos del Derecho privado en los que se imponen particulares limitaciones a la autonomía de la voluntad o resulta imposible el concurso de voluntades, de modo que en la práctica la sumisión expresa y tácita no resultará operativa (aunque la previsión sobre el particular del art. 2.2º LJV se limite a la competencia territorial), sin perjuicio de que haya materias en las que en situaciones concretas y con importantes limitaciones pueda operar la prórroga de competencia (como resulta, por ejemplo, en el ámbito de la protección de menores de lo dispuesto en el art. 12 del Reglamento 2201/2003 o Reglamento Bruselas II bis respecto de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a una demanda de divorcio, separación o nulidad matrimonial).

Por ello parece apropiado que estos condicionantes –en especial en lo que concierne a la limitación del fuero general del domicilio del demandado– y otros que derivan de las singularidades de la jurisdicción voluntaria sean tenidos en cuenta en la configuración y aplicación de las normas de competencia judicial internacional en las materias a las que van referidas los expedientes de jurisdicción voluntaria, caracterizados por su gran heterogeneidad.

9. En relación con la reforma de la LOPJ aprobada mediante la LO 7/2015, de manera prácticamente simultánea con la LJV, y que se presta a una valoración en general muy crítica¹², cabe reseñar que introduce alguna mejora puntual y relevante en este sector, incluso teniendo en cuenta su carácter supletorio con respecto a las normas contenidas en Reglamentos de la UE y convenios internacionales. En concreto, en materia de declaración de ausencia y fallecimiento –que a diferencia de otras no se ha visto afectada por la unificación del DIPr en el

¹² Vid., v.gr., F.J. Garcimartín Álferez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *La Ley*, nº 8614, de 28 septiembre 2015; y P.A. De Miguel Asensio, “La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 23 julio 2015.

seno de la UE— frente a la versión previa de la LOPJ, que se limitaba en su art. 22.3º a atribuir competencia a los tribunales españoles cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español, el nuevo art. 22 *quáter* a) de la LOPJ añade como criterio de competencia alternativo, que el desaparecido tuviera nacionalidad española.

Se trata de una mejora significativa en ese ámbito, pues la atribución de competencia internacional en materia de declaración de fallecimiento con base sólo en el fuero del último domicilio del desaparecido no permitía dar plena satisfacción al principio de tutela judicial efectiva ni a los intereses particulares y estatales más relevantes en la configuración de un régimen de competencia apropiado en esa materia. En numerosas ocasiones, el desarrollo de relaciones jurídicas —en especial, sucesorias— vinculadas de modo casi exclusivo con nuestro ordenamiento, donde agotan sus efectos, resultaba seriamente comprometido considerando el último domicilio del desaparecido como fuero único en materia de declaración de fallecimiento¹³.

10. Los intereses que se pretenden tutelar en el marco de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria explican que las materias de las que se ocupan sean un ámbito propicio para favorecer la aplicación de ciertos mecanismos de flexibilización de la competencia internacional¹⁴. Ciertas normas sectoriales tanto de la UE como de convenios internacionales relevantes en el ámbito de la jurisdicción voluntaria reflejan esta tendencia flexibilizadora, a través de mecanismos tradicionalmente ajenos a nuestro sistema de competencia internacional. A este respecto, cabe señalar que en materia de protección de menores tanto el art. 15 del Reglamento Bruselas II *bis* como el art. 8 del Convenio de La Haya de 1996¹⁵ contemplan de manera excepcional la posibilidad de que la autoridad del Estado miembro competente remita el conocimiento de un asunto para el que sea competente a las autoridades de otro Estado miembro cuando ello responda al interés del menor.

El nuevo texto de la LOPJ aporta un elemento de flexibilización distinto, recogido en el último párrafo del art. 22 *octies*, según el cual los Tribunales espa-

¹³ En particular, esa era la situación en muchos supuestos en los que (por afectar, por ejemplo, al desarrollo de una sucesión a la que el ausente pudiera estar llamado) se pretendía la declaración de fallecimiento de personas de origen español que marcharon hace mucho a un país lejano sin que hubiera noticia de ellas desde hacer años, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVII, 1995, nº 2, pp. 41–70, esp. pp. 54–55.

¹⁴ Cf. H. Schack, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 196, con respecto al *forum non conveniens*.

¹⁵ Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE 2.12.2010).

ños no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. La referencia a “supuesto litigioso” no impide la aplicación de esta norma en el ámbito de la jurisdicción voluntaria con base en la remisión general del art. 9 LJV. Se trata de una novedad bienintencionada, que contempla la incorporación de la figura conocida como fuero de necesidad para reducir la rigidez del marco previo y facilitar el respeto a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al hacer posible el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles en ciertas situaciones en las que las normas de competencia internacional de fuente interna no prevén que sean competentes pese a que el supuesto presenta conexión con España. En todo caso, la concreta redacción de la norma no resulta acertada, en especial la exigencia con carácter general de que los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. Hubiera resultado preferible una formulación más matizada, de la que cabe encontrar ejemplos en nuestro propio ordenamiento. Así, el *forum necessitatis* en materia sucesoria previsto en el art. 11 Reglamento (UE) n° 658/2012 sobre sucesiones está previsto que pueda operar en situaciones excepcionales cuando “resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso” en otro Estado con el que asunto tenga una vinculación estrecha¹⁶. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y del art. 47 CDFUE, así como el derecho a un proceso justo del art. 6 CEDH, pueden exigir una interpretación del art. 22 *octies* LOPJ en línea con esa formulación más flexible. La rigidez de la norma resulta particularmente desafortunada desde la perspectiva de la jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta las particularidades reseñadas en este ámbito, lo que refuerza la justificación de una interpretación flexible de la norma.

3. Heterogeneidad de los expedientes

11. Una particularidad de la jurisdicción voluntaria es la gran diversidad de los expedientes de esta naturaleza que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales conforme a la LJV. La dispar naturaleza en ocasiones determina que pueda resultar compleja la determinación de en qué medida son aplicables a algunos de

¹⁶ En términos similares, el art. 7 Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L7 de 10.1.2009), establece que cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo al Reglamento, “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación”.

ellos las normas de competencia judicial internacional de nuestro ordenamiento, especialmente en aquellos sectores en los que no hay reglas específicas de competencia, a diferencia de lo que sucede en muchos otros, como la ausencia y declaración de fallecimiento, la adopción, la protección de menores, la protección de adultos, en materia matrimonial...

12. Así, en relación con el expediente relativo a la extracción de órganos de donantes vivos (arts. 78 a 80 LJV), aunque sea una materia no expresamente contemplada en las normas de competencia internacional de la LOPJ, cabe considerar que al tener por objeto básicamente constatar la concurrencia de consentimiento libre, consciente y desinteresado del donante, sería susceptible de quedar comprendido en el art. 22 *quáter* b) LOPJ, relativo a “las medidas de protección de las personas mayores de edad”, de modo que la competencia internacional vendría determinada por la residencia habitual del donante en España, sin excluir que en determinadas circunstancias, tratándose de extracciones que hayan de realizarse en España puedan ser competentes los tribunales españoles respecto de personas que carecen de residencia habitual en España, para lo que, a falta de una disposición específica, cabría recurrir al llamado fuero de necesidad (art. 22 *octies* LOPJ) interpretado de la manera flexible antes reseñada, considerando suficiente para que pueda operar el que se aprecie en función de las circunstancias del caso que resulta imposible o que no puede razonablemente iniciarse o desarrollarse el expediente en el extranjero.

13. Con respecto a ciertos expedientes en materia mercantil, cabe apreciar que resultará determinante la competencia exclusiva en materia societaria del art. 24.1º Reglamento Bruselas I bis (también recogida en el art. 22 LOPJ) a favor de los órganos judiciales del domicilio de la sociedad, pues va referida a la validez, nulidad o disolución de sociedades (cuestión ésta, como ha quedado ya señalado, objeto del expediente regulado en los arts. 125 a 128 LJV) así como a la validez de las decisiones de los órganos societarios, lo que puede resultar relevante –aplicado analógicamente– respecto de otros expedientes, como los relativos a la convocatoria de juntas generales (arts. 117 a 119 LJV) o la reducción de capital social y la amortización o enajenación de participaciones o acciones (art. 124 LJV).

En otras ocasiones, el carácter instrumental de ciertos expedientes será determinante de su vinculación con otros procedimientos, de modo que cabe entender que propiamente no se suscitan cuestiones de competencia internacional de manera diferenciada, como puede ser el caso de los varios expedientes de jurisdicción voluntaria atribuidos de manera compartida al Letrado de la Administración de Justicia y al Registrador Mercantil en relación con la liquidación de sociedades anónimas –previstos en los arts. 377, 380, 381 y 389 de la Ley de Ley de

Sociedades de Capital –, vinculados necesariamente a la disolución de la sociedad, que abre su período de liquidación.

14. En relación con los expedientes de conciliación (139 a 148 LJV), en la medida en que tienen como objetivo “alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito”, cabe entender que con respecto a la competencia internacional debe estar en principio a los fueros aplicables con respecto al pleito en cuestión, incluido, en su caso, el fuero general del domicilio del demandado.

Cuando determinados expedientes de jurisdicción voluntaria tienen como finalidad realizar ciertos actos de ejecución en España, como puede ser el caso de algunos relativos a subastas y a la enajenación de ciertos bienes, puede resultar determinante su eventual consideración como actos de ejecución o instrumentales vinculados a otro asunto y que su objeto es relativo a bienes situados en España.

Tratándose de expedientes relativos a actos habilitantes para la realización de ciertas actuaciones procesales, como es el caso de la habilitación para comparecer en juicio (arts. 27.2º LJV), la competencia respecto de tales expedientes puede derivar de la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda en relación con cuya tramitación es necesaria la habilitación¹⁷.

4. Coordinación con las reglas sobre competencia interna

15. Aunque carece de normas de competencia internacional, la LJV sí presta una especial atención a la coordinación entre ese tipo de normas y las relativas a la competencia territorial, con el objetivo de facilitar la determinación de un órgano judicial como territorialmente competente en todas aquellas situaciones en las que la competencia internacional, en virtud de la normativa de la UE o internacional o de la legislación interna, venga atribuida a los órganos judiciales españoles. Ese es el objetivo básico al que responde el art. 9.2º LJV, según el cual, cuando los órganos judiciales españoles tengan competencia judicial internacional en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no sea posible concretar el territorialmente competente con arreglo a los criterios LJV, lo será el órgano correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

El carácter subsidiario de esta disposición se ve acentuado por la circunstancia de que la LJV presta singular atención a la determinación de la competencia

¹⁷ Vid. J.M Espinar Vicente, *Tratado elemental del Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008, p. 453.

territorial al regular los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria¹⁸. De hecho, tal determinación se hace en un gran número de casos con referencia específica a situaciones internacionales, en la medida en que es frecuente la previsión de criterios que operan en cascada, es decir, cuando otro u otros previstos con anterioridad para atribuir la competencia territorial no resultan operativos por no estar localizados en España. A modo de ejemplo, el art. 24.1º LJV, en materia de reconocimiento de la filiación fija la competencia territorial en atención al domicilio del reconocido, pero prevé que si no lo tuviera en España, lo sea el de su residencia y a falta también de esta en España, que lo sea el del domicilio o residencia del progenitor autor del reconocimiento. Referencias de ese tipo a situaciones internacionales cabe encontrar en muchas otras normas de competencia LJV, como el art. 68 con respecto a la declaración de ausencia y fallecimiento –que incluso establece un régimen competencial distinto según el siniestro ocurra en España o en el extranjero con respecto al nuevo expediente de carácter colectivo para ciertos casos de siniestros de naves o aeronaves–, o los arts. 91.3º, 92.3º y 94 en materia de sucesiones.

Pese a esas referencias expresas a situaciones internacionales, importa destacar que todas esas normas LJV son únicamente normas de competencia territorial, es decir interna, sin regular la competencia judicial internacional, respecto de la cual debe estarse a las normas a las que se remite el art. 9.1º LJV, como ha quedado ya señalado. Sólo en la medida en que la competencia judicial internacional esté atribuida a los órganos jurisdiccionales españoles de acuerdo con su normativa reguladora, procederá la aplicación de las disposiciones sobre competencia territorial que establece la LJV.

16. La previsión de criterios de manera sucesiva o en cascada para fijar la competencia territorial no garantiza una respuesta en todos los casos en los que los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia internacional. A modo de ejemplo, en relación con el mencionado art. 24.1º LJV cuando el progenitor (e incluso el hijo) tengan nacionalidad española –determinante de la atribución de competencia internacional con base en el art. 22 *quáter* d) LOPJ– pero ambos carezcan de domicilio y residencia en España. En tales circunstancias, será preciso acudir al art. 9.2º LJV. La misma necesidad puede surgir en materia de declaración de ausencia o fallecimiento cuando la competencia internacional de los tribunales españoles se funde en la nacionalidad española del desaparecido y éste no tuviera su domicilio ni residencia en España, pues el art. 68 LJV utiliza para atribuir la competencia territorial el domicilio o en su defecto la residencia del desaparecido.

¹⁸ Vid. J.R. Liébana Ortiz y S. Pérez Escalona, *Comentarios...*, op. cit., pp. 91–95.

Una dificultad semejante puede plantearse cuando se pretenda que se señale judicialmente el plazo para el cumplimiento de una obligación a instancia de alguno de los sujetos de la misma (art. 96 LJV) y el deudor (y el consumidor) no tenga su domicilio en España, ya que éste es el único criterio previsto en el art. 97 LJV para la determinación de la competencia territorial. Así puede suceder, por ejemplo, en situaciones en las que la competencia internacional resulte de un acuerdo de prórroga de jurisdicción a los tribunales españoles en el contrato del que derive la obligación a la que debe fijarse plazo. Un escollo similar puede surgir cuando el usufructuario pretenda reclamar y cobrar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo en los términos del art. 100 LJV y su domicilio y residencia no se encuentren en España (art. 101).

17. Cabe dudar de que el criterio adoptado en el art. 9.2º LJV para los casos en que, con arreglo a las normas de competencia internacional, los órganos judiciales españoles sean competentes en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no sea posible concretar el territorialmente competente con arreglo a los criterios LJV, sea una opción apropiada como respuesta única de carácter general, al referirse al órgano correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución. Precisamente, la referencia al lugar de los efectos principales como criterio para atribuir competencia territorial puede resultar adecuada en algunas situaciones, como cuando el expediente vaya referido a ciertos bienes situados en España, a obligaciones que deben cumplirse en España o cuando pueda ser relevante la ejecución (como refleja el uso de ese criterio en el ámbito del exequátur, por ejemplo en el art. 52 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIC), así como en el art. 8.6 de la Ley de Arbitraje y disp. final vigésima sexta de la LEC en relación con las reglas de ejecución y reconocimiento de resoluciones de un Estado miembro de la Unión Europea al amparo del Reglamento (UE) nº 650/2012 sobre sucesiones), pero puede ser inapropiado en otros, en la medida en que no vaya acompañado de algún criterio adicional, sin perjuicio de la eventual aplicación supletoria de la LEC con base en el art. 8 LJV.

Así lo ilustra precisamente el contraste entre el art. 9.2º LJV y otras normas de nuestro ordenamiento muy vinculadas con ese precepto. El mismo resultado reseñado con respecto al art. 24.1º LJV podría producirse, a la luz del art. 33 LJV, en materia de adopción en caso de que adoptante (e incluso adoptado) tengan nacionalidad española –determinante de la atribución de competencia internacional con base en los arts. 14 y 15 de la Ley de Adopción Internacional (LAI)– pero ambos carezcan de residencia y domicilio en España. Ahora bien, el art. 16 de la LAI, que curiosamente con respecto a la determinación de la competencia territorial se remite “a las normas de la jurisdicción voluntaria” sobre el

particular (art. 16.1º LAI) añade un criterio adicional, según el cual, de no poder determinarse la competencia territorial con arreglo a esas normas, la competencia territorial “corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan” (art. 16.2º LAI). Hubiera resultado apropiado completar el art. 9.2º LJV con un inciso semejante.

18. Si bien la LJV incorpora normas relativas al control de oficio de la falta de competencia, las mismas se limitan a la verificación de oficio de la falta de competencia objetiva y territorial, establecida en el art. 16 LJV en términos similares a los de los arts. 48 y 58 LEC. La ausencia de referencia a la apreciación de la falta de competencia internacional en la LJV no tendrá relevancia en la medida en que sean aplicables las normas sobre el particular de otros instrumentos que prevén específicamente la verificación de oficio, como es habitual en los reglamentos de la UE que establecen reglas de competencia judicial.

Cuando no resulten de aplicación esos instrumentos, cabe tener en cuenta que el art. 8 LJV prevé que las disposiciones de la LEC son de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la LJV, lo que facilita apreciar que también procede su verificación de oficio, con base en la aplicación supletoria y analógica de los arts. 36 y 38 LEC, pese a que la redacción de estas normas, de las que deriva el control de oficio básicamente “cuando no comparezca el demandado... en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes”, no está formulada de modo que contemple las situaciones típicas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en las que no existe demandado, lo que refuerza la importancia de la verificación de oficio de la falta de competencia internacional.

5. Aplicación por autoridades no jurisdiccionales

19. Como ha quedado ya señalado, la LJV sólo tiene por objeto regular los expedientes “que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales” (art. 1), en la que se incluyen los Letrados de la Administración de Justicia (previamente Secretarios judiciales). Ahora bien, la LJV opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de asuntos a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, lo que determina que la competencia de los Letrados de la Administración de Justicia para el conocimiento de muchos de esos asuntos sea compartida con los Notarios o los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Aunque el art. 9 LJV al tratar de la competencia judicial internacional vaya referido a los “órganos judiciales españoles”, el criterio general es que las normas sobre competencia judicial internacional de nuestro ordenamiento se proyectan también sobre la actividad de los operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional.

Esta conclusión se impone en la medida en que la LJV atribuye a esos otros operadores competencia para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria objeto de la Ley, habida cuenta de que el alcance de las normas de competencia judicial internacional repercute tanto sobre los procesos contenciosos como sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria, así como que, de acuerdo con el art. 19 LJV, los efectos de la resolución no varían en función de que el expediente se tramite ante el Letrado de la Administración de Justicia, el Notario o el Registrador cuando la competencia es compartida. Además, la resolución que adopten puede en ocasiones ser susceptible de recurso ante el Juez. La exigencia de una interpretación amplia del término “órgano judicial” o “tribunal” en estos casos encuentra una acogida expresa en normas de nuestro ordenamiento determinantes de la competencia internacional en asuntos a los que resulta de aplicación la LJV, como en el Reglamento (UE) n° 650/2012 sobre sucesiones.

20. En principio los asuntos que conforme a la LJV sólo se pueden plantear ante Notario, de modo que quedan al margen del objeto LJV y de su articulado, por no ser expedientes que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia sino que son típicamente asuntos en los que no se ejercen funciones jurisdiccionales, por lo que no se plantean propiamente cuestiones de competencia en circunstancias en las que resulten de aplicación las reglas de competencia judicial internacional y no quedan comprendidos dentro de la remisión llevada a cabo en el art. 9.2° LJV. Esta circunstancia se corresponde con el dato de que normalmente esos asuntos se limitan a la documentación, constatación o verificación de ciertos hechos.

Ciertamente, con respecto a ciertos actos de jurisdicción voluntaria atribuidos sólo a órganos no judiciales y regulados fuera LJV, básicamente en la legislación notarial y registral, cabe plantear si su carácter instrumental o el predominio en ellos de elementos de naturaleza administrativa (en los términos del apartado V del Preámbulo LJV) puede resultar determinante de que propiamente no se planteen cuestiones de competencia (judicial) internacional —por lo que resulte suficiente el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa aplicable¹⁹—, o que, como es propio del ámbito administrativo, exista en algunos de ellos una correlación *ius-forum*, de modo que la intervención de las autoridades españolas esté vinculada a la aplicación al supuesto concreto del Derecho español. Así, un ejemplo de asuntos de jurisdicción voluntaria que quedan al margen del objeto LJV y sólo se puede plantear ante Notario en los que esa puede ser la situación,

¹⁹ Incluyendo, claro está, los relativos a la competencia territorial, *vid.* P. Blanco-Morales Limones, “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, n° 8590, 24 julio 2015, apartado 2.B.

es el de los depósitos notariales (art. 79 de la Ley del Notariado), cuando se trata de depósitos efectuados por disposición legal, en la medida en que son consecuencia de la aplicación en el supuesto de que se trate de otras normas de nuestro ordenamiento que contemplan el depósito, como el art. 711 Cc en relación con el testamento cerrado, los arts. 512 a 515 de la Ley de Navegación Marítima respecto de ciertas mercancías y equipajes transportados por mar o el art. 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal²⁰.

21. Particular atención merece el tratamiento de las declaraciones de herederos abintestato, que tradicionalmente en nuestro ordenamiento debían tramitarse judicialmente, a partir de 1992 pasaron a ser competencia notarial las realizadas a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge, y que tras la entrada en vigor LJV han pasado a ser en todo caso competencia notarial. Aunque esta circunstancia resulte determinante de que la declaración de herederos abintestato quede al margen del objeto del articulado LJV y por lo tanto también de la remisión del art. 9.2º LJV en materia de competencia judicial internacional, no excluye que la competencia internacional de los Notarios pueda resultar determinada por lo dispuesto en el mencionado Reglamento (UE) nº 650/2012 en materia de sucesiones.

En particular, el considerando 20 y el art. 3.2º del Reglamento (UE) nº 650/2012 sobre sucesiones ponen de relieve que debe dotarse al término “tribunal” de un sentido amplio de modo que abarque no sólo a los órganos judiciales sino también a los notarios, los profesionales del derecho o a los oficinas del registro que en algunos Estados miembros en determinados supuestos ejercen funciones jurisdiccionales o actúan por delegación o bajo el control de un órgano judicial. Cuando se considera que un órgano no judicial ejerce funciones jurisdiccionales o actúa bajo el control de un órgano judicial es algo que a estos efectos debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme, si bien en la práctica resultará determinante la obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión la relación de esas autoridades y profesionales del Derecho, de conformidad con el último párrafo del art. 3.2º del Reglamento. Conforme al art. 79 corresponde a la Comisión establecer la lista de las demás autoridades y demás profesionales del Derecho a que se refiere el art. 3.2º, en la que en el caso de España figuran los Notarios²¹.

Pese a que se trata de una cuestión que ha resultado controvertida, la inclusión en esa lista resulta determinante de que los Notarios deban aplicar las normas de competencia judicial internacional del Reglamento (UE) nº 650/2012 en los ca-

²⁰ Vid. S. Torres Ruiz, “Depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción...*, op. cit., pp. 1093–1099, esp. p. 1094.

²¹ <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-es.do>.

sos en los que actúan desempeñando funciones jurisdiccionales (o actuando por delegación o bajo el control de un órgano judicial) en los términos del art. 3.2º del Reglamento. Conforme a esta norma tales funciones sólo se desempeñan cuando la actividad del Notario ofrece garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, sus resoluciones pueden ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y tienen fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia²² (lo que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no exige que tengan fuerza de cosa juzgada material). Cabe entender que ese puede ser el caso en particular con respecto a las declaraciones de herederos abintestato²³, pese a que tras la LJV la atribución de todas ellas al Notario, determine que no formen parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia. La naturaleza y los efectos de la declaración de herederos abintestato notarial son similares a los de las declaraciones relativas a familiares menos próximos que estaban asignadas a los órganos judiciales hasta la LJV; además, sus efectos se hallan muy alejados de los que son propios de otros asuntos –como los relativos a la adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos u otorgados en forma oral– que se limitan a la documentación, constatación o verificación de ciertos hechos o actos²⁴. También será determinante la aplicación de las normas de competencia del Reglamento (UE) nº 650/2012 con respecto a la expedición del certificado sucesorio europeo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64 del Reglamento (y el apartado 14 de la disposición final vigésima sexta de la LEC añadida por la LCJIC).

22. La necesaria subordinación de la intervención de autoridades no jurisdiccionales a las reglas de competencia judicial internacional resulta también rele-

²² Vid. A. Bonomi y P. Watelet, *El Derecho europeo de sucesiones (Comentario al Reglamento UE nº 650/2012, de 4 julio 2012)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 140–144.

²³ Vid. A. Fernández-Tresguerres, “Aplicación notarial del Reglamento comunitario sobre sucesiones mortis causa”, *Escritura pública*, nº 77, 2012, pp. 40–41, p. 41; M. Álvarez Torné, “La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de DIPr”, J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Liber amicorum A. Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 107–118, p. 112; I.A. Calvo Vidal, “La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LIV, 2013–2014, pp.169–202, pp. 177–178; I. Espiñeira Soto, “Declaración de herederos abintestato”, < <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/declaracion-de-herederos-abintestato/>>, 2015. Para un planteamiento opuesto, J. Carrascosa González, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, nº 1, pp. 5–44, esp. pp. 15–17.

²⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., p. 479; P. Blanco-Morales Limones, “La competencia...”, loc. cit., apartado 2.B; y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 495.

vante con respecto a otra importante novedad introducida por la LJV, aunque al margen de su articulado, mediante la reforma del Cc, la LRC, la LEC y la Ley del Notariado, como es la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, mediante la atribución a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios de funciones que previamente correspondían a los Jueces. Cabe entender que esta posibilidad requiere además que la ley aplicable a la separación o el divorcio sea la ley española, lo que resulta determinante de la aplicación de los arts. 82 y 87 Cc que regula esta vía de divorcio²⁵.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de tramitación ante Notario, lo que precisamente llama la atención es que la regulación de la escritura pública de separación matrimonial o divorcio exige que los cónyuges presten su consentimiento “ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes” (art. 54 la Ley del Notariado), de modo que no contempla otras situaciones en las que los órganos jurisdiccionales españoles pueden tener competencia internacional para conocer de la separación o del divorcio²⁶. En concreto, conforme al Reglamento (CE) n° 2201/2003 y su art. 3.b), ese puede ser el caso de la separación y el divorcio cuando ambos cónyuges sean de nacionalidad española incluso si los dos carecen de domicilio y residencia habitual en España. Se trata de situaciones además en las que la ley aplicable a la separación o el divorcio puede ser la española, con base en particular en el art. 5 o el art. 8.c) del Reglamento (UE) n° 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

Que la posibilidad de divorcio de mutuo acuerdo conforme a lo previsto en el Cc (y en consecuencia la vía notarial) dependa de que la ley aplicable sea la española conforme al Reglamento (UE) n° 1259/2010 no menoscaba la aplicación de ninguno de los reglamentos, sin embargo no resulta justificado que en circunstancias en las que los órganos jurisdiccionales (incluidos los notarios) españoles tienen competencia internacional conforme al Reglamento (CE) n° 2201/2003 y es aplicable la ley española, las normas sobre competencia territorial del art. 54 de la Ley del Notariado no se hallen debidamente coordinadas de modo que abarquen todas las situaciones en las que los notarios son competentes en el plano internacional.

²⁵ Expresando dudas al respecto, *vid.* J.M. Vara González y J. Pérez Hereza, “Separación y divorcio ante notario”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 363–477, pp. 394–395.

²⁶ De acuerdo con el art. 2.1º Reglamento (CE) n° 2201/2003, a los efectos del Reglamento, el término “órgano jurisdiccional” incluye a todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación.

III. Derecho aplicable

1. Ausencia de reglas específicas y configuración de las normas de conflicto

23. Objeto del art. 10 LJV es la regulación de la ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria en los casos internacionales. Ahora bien, esta escueta norma se limita a señalar que los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria, la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado. Resulta llamativa la deficiente formulación de la norma, en la que destaca la injustificada omisión de los convenios internacionales, que en algunas de las materias de jurisdicción voluntaria incorporan normas relevantes de Derecho aplicable que deberán ser respetadas, pese a que el art. 10 LJV sólo se refiere a las de la UE y a las españolas.

Se trata de una constatación bien conocida incluso con respecto a convenios que llevan décadas en vigor. Ese es el caso, por ejemplo, con respecto a los expedientes relativos a la dispensa del impedimento matrimonial (arts. 81 a 84 LJV) del Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero de 1964 concluido en el marco de la Comisión Internacional del Estado Civil²⁷, cuyo art. 1 contempla la posibilidad de que las autoridades del país de celebración concedan a los súbditos de otros Estados miembros dispensa de los impedimentos “en los casos y bajo las condiciones previstas en la Ley personal del futuro cónyuge”.

24. En nuestro sistema de DIPr, de acuerdo también con la situación prevalente en los ordenamientos de nuestro entorno, se ha afirmado tradicionalmente la posibilidad de que en el marco de estos expedientes sea de aplicación el Derecho extranjero cuando así lo prevean las reglas sobre ley aplicable, criterio que confirma ahora el art. 10 LJV, que se corresponde con el desarrollo de las reglas de conflicto de nuestro sistema en materias incluidas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Ahora bien, aunque los planteamientos que, con base en los intereses implicados y en la indisoluble vinculación entre procedimiento o forma y fondo²⁸, negaban con carácter general toda posibilidad de aplicar un Derecho extranjero en los actos de jurisdicción voluntaria quedaron definitivamente superados hace años,

²⁷ Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios hechos en el extranjero, hecho en París el 10 septiembre 1964 (BOE 19.1.1977).

²⁸ Vid. E. Pagano, *Competenza giurisdizionale e legge applicabile nella volontaria giurisdizione*, Naples, Jovene, 1979, pp. 17–57.

continúa siendo relevante la tradicional constatación de que el recurso a un ordenamiento extranjero puede suscitar particulares dificultades en ese ámbito²⁹.

25. Ciertamente, del art. 10 LJV resulta que el legislador español, ha optado por no establecer reglas de Derecho aplicable específicas en relación con los expedientes de jurisdicción voluntaria, lo que favorece la coordinación en la regulación de los llamados conflictos de leyes en esas materias, con independencia de que la necesidad de determinar la ley aplicable se plantee en el marco de un proceso contencioso o de un expediente de jurisdicción voluntaria. Se trata, además, de un criterio coherente con el alcance de nuestra legislación de Derecho internacional privado, así como de los diversos instrumentos europeos e internacionales en la materia, que al establecer las normas sobre Derecho aplicable no diferencian entre procesos contenciosos y expedientes de jurisdicción voluntaria.

No obstante lo anterior, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria la concreción del alcance de las normas sobre derecho aplicable y su aplicación efectiva puede plantear peculiares dificultades. Con respecto a su alcance, reviste particular interés la circunstancia de que el carácter adjetivo o auxiliar de la jurisdicción voluntaria determina una especial conexión en esas materias entre la normativa material y la procesal, ámbito éste último en el que el criterio general es la aplicación de la ley del foro (art. 3 LEC), lo que dota de particular importancia a la delimitación entre cuestiones sustantivas o de fondo y aspectos procesales. Asimismo, las normas que prevén la constitución de una situación o relación en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria pueden imponer exigencias referidas específicamente a la función y características del órgano que interviene en su creación, al tiempo que la intervención de un órgano está condicionada por las normas que rigen su actuación y los cauces procesales previstos en su propio ordenamiento³⁰.

Al margen de ser circunstancias que afectan al funcionamiento de las reglas de conflicto, resulta aconsejable que sean tenidas en cuenta en su configuración, especialmente en la medida en que la coordinación con las reglas de competen-

²⁹ Dificultad puesta de relieve desde antiguo por la doctrina, *vid.* M. Motulsky, “Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1948–1952, pp. 13–31, pp. 20–24; H. Dolle, “Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, *RabelsZ*, vol. 27, 1962, pp. 201–244, pp. 233–235; A. Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlín, 1969, pp. 200–223; I. Miláns del Bosch Portolés, “La determinación del Derecho aplicable en los actos de jurisdicción voluntaria”, *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 67–97, pp. 78–96; y A.V.M. Struycken, “Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986–1988, pp. 105–133, pp. 117–126.

³⁰ *Vid.* J.M. Espinar Vicente, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 449–451.

cia judicial internacional puede ser relevantes desde la perspectiva de la coordinación *forum-ius* y para mitigar las dificultades inherentes a la aplicación del Derecho extranjero.

26. Un ejemplo muy significativo de esa coordinación, en un ámbito de gran trascendencia para la jurisdicción voluntaria, lo proporciona el enfoque adoptado en el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños³¹. Como criterio general en materia de ley aplicable, el art. 15.1º del Convenio establece que las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley, lo que conduce a la aplicación de la *lex fori* tanto a los aspectos de procedimiento como a los sustantivos³². Se trata de una regla que con respecto a las materias objeto de regulación en el Convenio tiene alcance universal en nuestro sistema (art. 20), lo que se corresponde con la remisión al Convenio contenida en los arts. 9.4º y 9.6º Cc.

Respecto a la protección de las personas mayores, cabe reseñar que el art. 13.1º del Convenio de La Haya de 13 enero 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos parte del mismo enfoque, basado en la aplicación de la *lex fori*, que el Convenio sobre protección de los niños. En concreto, como criterio de base en materia de ley aplicable, el art. 13.1º establece también que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley. Ese planteamiento se ve reforzado por su art. 14, según el cual, cuando una medida adoptada en un Estado contratante produzca efectos en otro Estado contratante las condiciones de su aplicación se regirán por la ley de este otro Estado. No obstante, a diferencia de la situación en materia de protección de menores, España no es parte del Convenio de La Haya relativo a los adultos, por lo que continúa siendo determinante con carácter general el contenido de la legislación de DIPr de fuente interna.

En concreto, el art. 9.6.2º Cc prevé la aplicación de la ley española (*lex fori*) para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección, pero como ley aplicable con carácter general a la protección de las personas mayores de edad establece la de su residencia habitual. La correlación *forum-ius* se ve facilitada en la medida en que también es la residencia habitual el criterio atributivo de competencia judicial en materia de medidas de protección de las personas mayores de edad o se sus bienes utilizado por el art. 22 *quáter* b) LOPJ. No obstante, como elemento de distorsión que dificulta esa coordinación, destaca la circunstancia de que la reforma del art. 9.6º Cc no ha impedido que el en el art.

³¹ BOE 2.12.2010.

³² Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 359.

9.1º Cc se mantenga la ley de la nacionalidad, como ley rectora de la capacidad de las personas físicas.³³

2. Vinculación y delimitación entre aspectos materiales y procesales

27. Como recoge el propio Preámbulo LJV (especialmente en sus aps. IV y IX), la jurisdicción voluntaria presenta en gran medida un carácter adjetivo o auxiliar, al operar en nuestro ordenamiento como cauce para la efectividad de ciertos derechos regulados en la legislación civil o mercantil, lo que se corresponde con las frecuentes remisiones LJV a la regulación de algunas instituciones en el Cc, el Código de Comercio o en la legislación especial de Derecho privado en la que se contienen aspectos relevantes del procedimiento para obtener el efecto jurídico previsto en esas leyes.

Precisamente, su vinculación con los aspectos sustantivos conduce a que el acceso a alguno de los procedimientos introducidos por la LJV aparezca limitado a aquellas situaciones en las que la ley aplicable al fondo sea el Derecho español. Así cabe entender que sucede con respecto a los arts. 82 y 87 Cc modificados por la LJV, que contemplan la posibilidad de que los cónyuges acuerden su separación o divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario.

28. También desde la perspectiva comparada es frecuente que en la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria los aspectos procesales y materiales se encuentren vinculados con especial intensidad, lo que dificulta la delimitación entre ambos, de gran importancia en el funcionamiento de las reglas de conflicto que en principio determinan la ley aplicable al fondo de las relaciones pero no a los aspectos procesales regidos necesariamente por la *lex fori* (art. 3 LEC)³⁴. Aunque de lo ya señalado, por ejemplo con respecto a las medidas de protección de menores, resulta que en muchas situaciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria resultará de aplicación la *lex fori* también al fondo del asunto, en otros casos no será así en la medida en que la regla de conflicto puede remitir a una legislación extranjera, como sucede por ejemplo en materia de declaración de ausencia y fallecimiento en aplicación del art. 9.1º Cc

³³ Con referencia al art. 9.1º Cc y la norma de conflicto sobre capacidad como determinante de la aplicación de la ley nacional (marroquí) en relación con supuesto de protección de personas mayores, *vid.*, aunque con anterioridad a la reforma del art. 9.6º Cc, SAP Castellón 2º nº 132/2011, de 19 diciembre, JUR 2012\76294, esp.FD 2º.

³⁴ *Vid.* J.R. Liébana Ortiz y S. Pérez Escalona, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 139–140.

Con respecto a la delimitación entre los aspectos regidos por la normativa procesal española y los comprendidos dentro del alcance de la remisión a la ley extranjera aplicable al fondo en virtud de las reglas de conflicto de nuestro sistema, punto de partida debe ser la diferenciación entre requisitos o condiciones materiales y formales de la tramitación de un expediente. Los requisitos materiales se hallan regidos por la ley aplicable al fondo, mientras que los requisitos formales, relativos al procedimiento, quedan, en principio, sometidos a la ley española, como ley del foro, competente en materia procesal, sin perjuicio de que determinadas cuestiones relativas al procedimiento deben determinarse según la ley aplicable al fondo, como la determinación de quiénes se hallan legitimados para iniciar el expediente.

En todo caso, la heterogeneidad de las materias cubiertas por la jurisdicción voluntaria dificulta un análisis de conjunto y reduce su relevancia, al tiempo que aconseja un tratamiento casuístico, que tenga en cuenta la configuración de los diversos procedimientos en nuestro ordenamiento y el contenido de las legislaciones extranjeras en presencia³⁵.

29. Sin perjuicio de lo anterior, la dimensión procedimental de normas contenidas en la LJV que regulan básicamente la tramitación de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria puede resultar determinante de su aplicación en tanto que *lex fori*, como sucederá con los expedientes de subastas voluntarias (arts. 108 a 111 LJV). Esa conclusión se impondrá en ocasiones aunque la ley aplicable al fondo de la relación en la que se enmarca el expediente de jurisdicción voluntaria sea un Derecho extranjero.

A modo de ejemplo, cabe poner de relieve con respecto a los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho de obligaciones, cómo en ocasiones procederá la aplicación de las normas LJV reguladoras de la consignación (arts. 98 y 99 LJV) aunque sea un Derecho extranjero el aplicable al contrato del que derive la obligación a que se refiere la consignación y que debe cumplirse en España. En este sentido, el propio Reglamento (UE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) prevé en su art. 12, al establecer el ámbito de la ley aplicable al contrato, la necesidad de tener en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento con respecto a “las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso”. En la misma línea, el art. 10.10° Cc prevé que, con independencia de la ley reguladora de una obligación, se aplicará la ley del lugar de cumpli-

³⁵ *Vid.*, v.gr., en materia de declaración de ausencia y fallecimiento, P.A. De Miguel Asensio, “La ausencia...”, *loc. cit.*, pp. 60–65.

miento a las modalidades de ejecución que requieran intervención judicial o administrativa.

3. Aplicación del Derecho extranjero

30. También con respecto a la aplicación del Derecho extranjero, en aquellas situaciones en las que no resulte aplicable la *lex fori*, merecen atención ciertas cuestiones que se suscitan en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Por una parte, en gran medida los expedientes de jurisdicción voluntaria asignados a los órganos jurisdiccionales se vinculan con supuestos en los que en el ámbito del Derecho privado se establecen restricciones a la autonomía de la voluntad por la trascendencia de la materia y los intereses afectados o que conciernen directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, como expresamente proclama el Preámbulo LJV (ap. IV).

Esta vinculación con intereses de especial relevancia o personas merecedoras de particular protección tiene su reflejo, entre otros aspectos, en la previsión de que el Ministerio Fiscal intervenga en aquellos expedientes que afecten al estado civil o condición de la persona o comprometan el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, así como en aquellos otros casos en que la ley lo establezca (art. 4 LJV); en la posibilidad de que los expedientes se inicien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal (art. 14.1º LJV); y en la previsión de que, cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, la decisión se pueda fundar “en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados” (art. 19.2º LJV).

31. La marginación de los principios dispositivo y de aportación de parte (arts. 5 y 18.2º LJV), así como la aplicación del principio de impulso procesal (arts. 2, 19.2º y 21 LJV)³⁶, para salvaguardar los intereses afectados en esos expedientes de jurisdicción voluntaria, puede justificar también un tratamiento diferenciado con respecto al régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero, en aquellas situaciones en las que nuestras reglas sobre ley aplicable se remitan a un ordenamiento extranjero. Como es conocido, a partir de lo dispuesto en el art. 281.2º LEC acerca de la necesidad de prueba del Derecho extranjero, se considera que en los procesos civiles, en los que típicamente rige el principio dispositi-

³⁶ Vid. J.R. Liébana Ortiz y S. Pérez Escalona, *Comentarios...*, op. cit., pp. 145–147.

vo, corresponde a las partes la alegación y prueba del Derecho extranjero, sin perjuicio de que el tribunal pueda valerse de los medios de averiguación que estime necesarios.

A modo de ejemplo de cómo la configuración de los expedientes de jurisdicción voluntaria y los intereses que subyacen a la reglas de conflicto en este ámbito pueden reclamar que en este ámbito los órganos judiciales desempeñen un papel más activo en la aplicación del Derecho extranjero cuando se remiten a él las citadas reglas, cabe hacer referencia a los arts. 19 y 20 LAI. La aplicación de un derecho extranjero en materia de capacidad del adoptando, así como de consentimientos, audiencias y autorizaciones de en virtud de esas normas obedece al propósito de evitar situaciones jurídicas claudicantes en relación con la adopción que pretende constituirse en España. En esos casos la aplicación de un derecho extranjero facilita la validez en el país de la nacionalidad del adoptando o en otros países conectados con el supuesto, como la residencia habitual del adoptante o del adoptando, de la adopción que pretende constituirse en España. Determinante de la aplicación del derecho extranjero es que repercuta en interés del adoptando, previéndose expresamente que el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación extranjera puede ser solicitado por el Ministerio Fiscal.

Tratándose de expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se margina el principio dispositivo, en particular aquellos que afectan a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada, resulta adecuado que la aplicación del Derecho extranjero al que se remitan las reglas de conflicto en el caso concreto no se subordine a la previa alegación por el afectado o los interesados, correspondiendo además a los órganos judiciales un papel más activo en la prueba del Derecho extranjero. Todo ello sin perjuicio de que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria también es aplicable el criterio general, según el cual cuando no haya podido acreditarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero, procederá la aplicación del Derecho español (art. 33.3º LCJIC).

32. Por otra parte, en aquellos expedientes para cuya tramitación la LJV atribuye competencia a los Notarios y Registradores se proyectará sobre el ámbito de la jurisdicción voluntaria el criterio de que si bien el Derecho extranjero también ha de ser objeto de prueba en el ámbito notarial y registral, de acuerdo con la doctrina de la DGRN, la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales adaptadas a las particularidades del ámbito extrajudicial que se apartan de la solución general establecida en el art. 281 LEC, que tiene aquí carácter subsidiario. Este criterio se mantiene tras la aprobación en 2015 LCJIC, cuyo art. 33 se considera que va referido a la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito

judicial, de modo que no modifica las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, al ser únicamente de aplicación subsidiaria en este sector³⁷.

IV. Eficacia de resoluciones extranjeras

1. Clasificación según los efectos

33. La heterogeneidad que es propia de la jurisdicción voluntaria determina que la ordenación de las resoluciones en este ámbito en atención a sus efectos presente gran relevancia, pues condiciona la eficacia que pueden llegar a desplegar en España las resoluciones extranjeras³⁸. Marco de referencia de la clasificación relevante a esos efectos ha de ser el conjunto de los expedientes de jurisdicción voluntaria comprendidos en el ámbito LJV por tramitarse ante los órganos judiciales, sin perjuicio de que en ocasiones la competencia corresponda con carácter alternativo a Notarios o Registradores, habida cuenta de que es la caracterización como de jurisdicción voluntaria de un asunto en el Estado requerido lo que determina que una resolución extranjera relativa a ese tipo de asunto sea considerada también a efectos de su reconocimiento como de jurisdicción voluntaria³⁹.

Los expedientes atribuidos únicamente a autoridades no judiciales en nuestro ordenamiento responden en principio a una finalidad meramente documentadora o de constatación, de modo que no dan lugar a resoluciones susceptibles de reconocimiento en sentido propio (extensión de efectos procesales). Entre los expedientes que quedan comprendidos dentro de esta categoría se encuentran los relativos a la presentación, averación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral; el acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial legal (arts. 57 a 65 de la Ley del Notariado); o la protesta de mar por incidencias del viaje (art. 504 y 505 de la Ley de Navegación Marítima). Tales actos plantean en el ámbito internacional normalmente sólo cuestiones relativas a su eficacia en relación con requisitos de forma, su fuerza probatoria y su trascendencia registral, comunes a todos los

³⁷ Vid. Resolución DGRN de 15 febrero 2016 (BOE 11.03.2016).

³⁸ Aunque la reordenación de la jurisdicción voluntaria llevada a cabo en nuestro ordenamiento por la LJV condiciona el contenido de la clasificación, sus líneas básicas coinciden en gran medida con la elaborada con mayor detalle en P.A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 42–50 y 87–93, con ulteriores referencias (disponible también en <<http://eprints.sim.ucm.es/6898/1/LIBROJURISDVOLUNT1997.pdf>>).

³⁹ Vid. J. Richardi, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts*, Constanza, Hartung-Gorre, 1991, p. 94; y M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho...*, op. cit., pp. 712–713.

documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera y alejadas de las que son propias del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, relativas, en particular, al alcance más allá del Estado de origen de la eficacia constitutiva peculiar de tales resoluciones.

34. Con respecto a los expedientes incluidos en el objeto LJV, la peculiar naturaleza de algunos excluye que se planteen cuestiones de reconocimiento en sentido propio, es decir relativas a la extensión de sus efectos procesales (procedimentales) a nuestro país, por lo que resultan aquí marginados. Ciertamente, por el limitado alcance de su eficacia cabe incluir en ese grupo ciertos actos que básicamente se agotan en sí mismos o en un marco muy limitado, como la habilitación para comparecer en juicio cuyos efectos se agotan en el proceso relativo a la demanda en relación con la cual se otorga (art. 27.2º LJV); las subastas voluntarias, en las que el expediente concluye con el decreto de adjudicación que en caso de ser objeto de inscripción registral habrá de serlo típicamente en España (arts. 108 a 111 LJV); la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad (arts. 112 a 116 LJV); la convocatoria de juntas generales (arts. 117 a 119 LJV).

En relación con los expedientes de fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones (arts. 96 y 97 LJV) y de consignación (98 y 99 LJV), cabe observar que su eficacia es básicamente sustantiva, por ejemplo en el segundo caso extinguiendo la obligación si bien su eficacia liberatoria debe valorarse conforme a la ley aplicable a la obligación. Por su parte, los actos de avenencia, como el deslinde de fincas no inscritas (arts. 104 a 107 LJV) y la conciliación (arts. 139 a 148 LJV) representan sólo un acuerdo entre las partes, cuya eficacia es básicamente la propia de un contrato.

35. Las resoluciones de jurisdicción voluntaria, tanto en España como desde una perspectiva comparativa, tienen en su mayor parte eficacia constitutiva, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica⁴⁰. En los expedientes que dan lugar a las resoluciones constitutivas la intervención judicial no es de simple homologación o verificación de los requisitos legalmente exigidos para la realización del acto, sino de verdadera decisión, comprobando hechos y circunstancias y formulando juicios de valor (el ejemplo típico es la constitución de la adopción). Cabe pensar, por ejemplo, en la necesidad de velar por el interés del

⁴⁰ Vid., v.gr., N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XV, 1962, pp. 521-596, p. 588; y Z. Stalev, "Non-Contentious Proceedings and Their Development", W.H. Habscheid (Hrsg.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, 1983, pp. 253-289, p. 280.

menor, al homologar el mutuo acuerdo entre los progenitores acerca del régimen de visitas del hijo. En este grupo se integran las resoluciones relativas a la autorización para celebrar actos y negocios jurídicos, así como las que llevan a cabo ciertos nombramientos, en la medida en que todas estas resoluciones dan lugar también a la creación de una nueva situación, por ejemplo, al determinar quien tiene ciertas facultades de gobierno sobre el patrimonio de una persona o al ampliar la esfera de poder del representante facultándole para realizar ciertos actos.

Las resoluciones que presentan carácter constitutivo, junto a esa eficacia inmediata que da lugar a la formación de una nueva situación jurídica, originan (en el plano interno), pese a no producir cosa juzgada material, una vinculación en ulteriores procesos respecto de la situación creada (*v.gr.*, la necesidad de que se respete la posición del tutor cuando este actúa sin haber sido revocado su nombramiento), como recoge el art. 19 LJV. La llamada eficacia constitutiva propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no supone la equiparación de tales decisiones con las sentencias constitutivas pronunciadas en procesos contenciosos. Estas últimas implican la realización de un derecho subjetivo a la creación, modificación o extinción de una concreta situación jurídica; es decir, son resultado del ejercicio de una acción constitutiva. Asimismo, también a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción voluntaria, de las sentencias constitutivas se predica la cosa juzgada material, con su peculiar fuerza vinculante. Puede decirse que las resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria normalmente producen eficacia constitutiva, en la medida en que por sí mismas, crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas; sin embargo, ni presuponen la existencia de un derecho subjetivo ni producen cosa juzgada material. Tal eficacia constitutiva, pese a la falta de cosa juzgada material, tiene (cierto) alcance *erga omnes*, en la medida en que mientras la situación establecida en la resolución de jurisdicción voluntaria no sea revisada debe ser respetada por todos, como resultado de su eficacia como hecho jurídico vinculante. Por otra parte, la oponibilidad frente a terceros puede resultar de la inscripción registral de la resolución.

En nuestro ordenamiento revisten eficacia constitutiva, entre otras, las siguientes resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria: autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 26 LJV); constitución de la adopción (arts. 33 a 42 LJV); constitución de la tutela y de la curatela (arts. 43 a 51 LJV); concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (arts. 53 a 55 LJV); autorización o aprobación judicial para actos de disposición relativos a bienes de menores o personas con capacidad modificada (art. 65 LJV); declaración de ausencia y fallecimiento (arts. 70 y 74 LJV); dispensa de impedimento matrimonial (art. 83 LJV); intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (art. 86 LJV);

medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada (art. 88 LJV); intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 90 LJV); nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor de una entidad (art. 123 LJV); disolución judicial de sociedades (art. 128 LJV); separación y divorcio por mutuo acuerdo (arts. 82, 83 y 87 Cc).

36. Mención aparte merece la posibilidad de que ciertas resoluciones de jurisdicción voluntaria revistan fuerza ejecutiva. Debido a que la mayor parte de las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria presentan carácter constitutivo, dando lugar directamente por sí mismas a la creación, modificación o extinción de la concreta situación jurídica, no resulta en principio necesaria en las mismas la fuerza ejecutiva. Ahora bien, pese a que su presencia en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria es residual, pues sólo está presente en un número muy reducido de materias, no cabe desconocer que tradicionalmente se ha venido reconociendo en los ordenamientos de nuestro entorno que ciertas resoluciones en el ámbito clásico de la jurisdicción voluntaria pueden revestir fuerza ejecutiva⁴¹. No es particularmente relevante aquí que puedan ocasionalmente existir expedientes de jurisdicción voluntaria que responden a una función documentadora o de homologación que concluyan con documentos públicos susceptibles de ser título ejecutivo, que una resolución de jurisdicción voluntaria pueda contener pronunciamientos sobre costas o ser susceptibles de los llamados actos de ejecución impropia (en particular, el acceso a registros públicos), ni de que ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria tienen como finalidad conseguir actos de ejecución si bien la naturaleza de tales actuaciones ejecutivas condiciona que en la práctica no se suscite su eficacia extraterritorial.

Más relevante es que ciertas resoluciones correspondientes al ámbito típico de la jurisdicción voluntaria pueden incorporar pronunciamientos con fuerza ejecutiva sobre tales asuntos, de modo que cabe proceder a su cumplimiento de modo coactivo⁴². En particular, así resulta en el ámbito de la protección de menores de las normas sobre medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda del menor (art. 87 LJV) y del art. 158 Cc, según el cual todas las medidas que contempla podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o

⁴¹ Cf. W.H. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., Múnich, CH Beck, 1983, pp. 259–262; J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure civile*, 21ª ed., París, Dalloz, 1987, p. 141; y A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 8ª ed., Milán, Giuffrè, 2000, pp. 23–25.

⁴² Vid. M. Krefft, *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 28–53.

penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta circunstancia se corresponde con que en los sistemas de nuestro entorno no resulta novedosa la constatación de que ciertas medidas en materia de responsabilidad parental sobre menores quedan comprendidas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria y dan lugar a resoluciones cuya ejecución en el extranjero puede ser de gran trascendencia⁴³. En todo caso, esto no impide apreciar que la importancia de los instrumentos convencionales y de la Unión en la materia, que prevén específicamente la ejecución en el extranjero de estas medidas, restringe la importancia de las normas del régimen de fuente interna sobre el particular, si bien el art. 41.2º LCJIC hace referencia expresa al “reconocimiento y ejecución” de las resoluciones extranjeras definitivas de jurisdicción voluntaria.

2. Resoluciones susceptibles de reconocimiento

37. El Capítulo I del Título I LJV, relativo a las “normas de Derecho internacional privado”, finaliza con dos disposiciones, que van referidas a las “inscripciones en registros públicos” (art. 11 LJV) y a los “efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” (art. 12 LJV). Además, la disposición adicional tercera LJV se encuentra dedicada a la “inscripción en los registros públicos de los documentos públicos extranjeros”, aunque su apartado segundo no emplea el término “documentos” sino “resoluciones”. Si bien los arts. 11 y 12 fueron objeto de modificaciones significativas durante la tramitación parlamentaria, el resultado final, en particular en lo que concierne a la interacción entre el reconocimiento y la inscripción registral, pero también en algunos otros aspectos, es la creación de un marco normativo poco preciso y potencialmente fuente de confusión, especialmente en lo relativo al régimen de eficacia de las resoluciones y actos de jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento⁴⁴. Ciertamente, los arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su falta de rigor terminológico. La complejidad del marco normativo se ve acentuada por la necesidad de coordinación de estas disposiciones con otras normas de nuestro ordenamiento.⁴⁵ Además, convenios internacionales e

⁴³ Vid. H. Roth, “Zwangsvollstreckung aus ausländischen Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”, *IPRax*, 1988, vol. 8, pp. 75–82, p. 75; H. Muir Watt, “Effets en France des décisions étrangères”, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584–6 1990, p. 26; y M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 16–17.

⁴⁴ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>>, 8 julio 2015; y F.J. Martín Mazuelos, “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación”, *Diario La Ley*, nº 8629, 21 octubre 2015.

⁴⁵ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, vol. 68/1, 2016, pp. 99–108; y A. Rodríguez Benot, “La

instrumentos de la UE con normas sobre reconocimiento desempeñan un papel muy relevante en materias objeto LJV⁴⁶, si bien su análisis queda al margen del objeto de este estudio.

Según el 41 LCJIC, relativo al ámbito de aplicación de su Título V sobre reconocimiento y ejecución, son susceptibles de reconocimiento y ejecución, conforme a las disposiciones de ese Título, “las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso” así como “las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria”. Por lo tanto, con respecto a estas últimas, se plantea la necesidad de coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIC con las LJV, aprobada tan sólo unos días antes que la LCJIC, e incluso con las de otras leyes especiales. Precisamente, las normas de Derecho internacional privado LJV aparecen mencionadas en el apartado g) de la disposición adicional primera LCJIC en su enumeración no exhaustiva de normas que se consideran especiales “en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil”, de modo que de conformidad con el art. 2.b) LCJIC prevalecen sobre ésta.

38. En particular, resultan cuestionables los términos en los que se lleva a cabo la distinción entre “resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial” –art. 11–, respecto de las que se regula la inscripción, y “expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” –art. 12–, respecto de los que se regula el reconocimiento, que es presupuesto también de la inscripción registral. El art. 12 hace referencia a las modalidades de reconocimiento, al significado del reconocimiento como presupuesto de la inscripción y regula las condiciones del reconocimiento. Cabe entender que el art. 12 establece la regulación propia LJV sobre reconocimiento que resulta también determinante con respecto al reconocimiento como presupuesto de la inscripción de la que trata el art. 11⁴⁷.

Llama la atención que el art. 11 LJV vaya referido a las “resoluciones de jurisdicción voluntaria” mientras que el art. 12, al regular el reconocimiento en España, que típicamente es presupuesto de la inscripción, emplee un término distinto, al hacer referencia a “los actos de jurisdicción voluntaria”. Por su parte, el art. 41.2º LCJIC va referido a “las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria”. Resulta también cuestionable que el art. 11 LJV hable de “resoluciones definitivas extranje-

Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259, p. 250.

⁴⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., pp. 204–205.

⁴⁷ Vid. F.J. Martín Mazuelos, “Reconocimiento...”, loc. cit., ap. II.

ras” mientras que el art. 12 se refiera a los actos “que sean firmes”, sin perjuicio de que haya otras normas de nuestro ordenamiento de las que se desprenda que la firmeza o carácter definitivo pueden en este marco considerarse términos sustancialmente equivalentes, en línea, por ejemplo, con el art. 96.1º LRC.

39. Pese a que la redacción de los arts. 11 y 12 LJV podría dar otra impresión, no cabe entender que el art. 12 establece un régimen diferenciado para los actos cuya competencia no corresponda a órganos jurisdiccionales. Básicamente, porque conforme a su art. 1 LJV sólo tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, entre los que se incluyen los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con el Secretario judicial. De acuerdo con el art. 19 LJV, en el plano interno el carácter vinculante para cualquier otra actuación o expediente conexo resulta también aplicable respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales.

Además no resultaría adecuado regular el reconocimiento de los actos cuya competencia no corresponde a órganos jurisdiccionales –y excluidos del objeto LJV– en los términos del art. 12, sustancialmente coincidentes con el régimen aplicable al reconocimiento del conjunto de las resoluciones judiciales, pues tales actos (los que quedarían al margen de la categoría de resoluciones de órganos jurisdiccionales) suscitan en el plano de su eficacia extraterritorial normalmente sólo cuestiones relativas a su fuerza probatoria y su trascendencia registral. Los expedientes atribuidos únicamente a autoridades no judiciales (básicamente a Notarios) van destinados básicamente a la constatación, comprobación y fijación de hechos notorios (como en el caso de los depósitos o de la protocolización de testamentos), de modo que no dan lugar a resoluciones que produzcan efectos procesales susceptibles de reconocimiento en sentido propio, lo que por el contrario sí puede ser el caso de los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Letrados de la Administración de Justicia, como se desprende del propio art. 19 LJV y se corresponde con la idea de que con respecto a la actividad notarial en la LJV hay un conjunto de nuevas actuaciones notariales que no se limitan a constatar que un hecho es tenido por notorio sino que implican una decisión⁴⁸, como puede ser el caso de la aprobación de la partición de la herencia, la aprobación de los acuerdos de separación y divorcio...

⁴⁸ Vid. I. Gomá Lanzón, “Nuevas atribuciones y función notarial”, C.P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción...*, op. cit., pp. 41–51, pp. 47–50.

Se trata típicamente de expedientes relativos a asuntos en los que la competencia notarial típicamente es compartida con los Letrados de la Administración de Justicia y que sí pueden plantear cuestiones reconocimiento procesal en sentido propio⁴⁹.

Por el contrario, los actos típicos respecto de los cuales la competencia no corresponde a órganos jurisdiccionales suscitan en el plano de su eficacia extraterritorial normalmente sólo cuestiones relativas a su fuerza probatoria y su trascendencia registral, por lo que parecen ser el objeto propio de la disp. adic. 3ª LJV (casi idéntico al art. 97 LR/2011), cuyo supuesto de hecho se refiere a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros no dictados por un órgano judicial, pudiendo asimismo resultar relevante la normativa sobre eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros. En definitiva, cabe entender que el art. 12 LJV, cuyo enunciado va referido a “actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” y pese, a que a diferencia del art. 11 no emplea el término “resolución” sino “acto”, regula el reconocimiento en España de las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria de órganos judiciales extranjeros o en materia cuya competencia corresponda según la LJV al conocimiento de órganos judiciales.

40. Merece una opinión favorable la opción LJV de exigir la firmeza de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria como presupuesto para su reconocimiento en España (art. 12.1º, sin perjuicio de que, como ha quedado reseñado, el art. 11 emplee un término distinto al referirse a “resoluciones definitivas”, que es también el que el art. 96.1º LRC parece considerar propio del ámbito de la jurisdicción voluntaria). Con carácter general, la exigencia de firmeza como condición del reconocimiento implica que la resolución no sea susceptible de ulterior recurso en el procedimiento en el que fue adoptada, lo que resulta coherente con lo previsto en el ámbito interno por el art. 19 LJV, según el cual, resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. También, en el plano interno, el art. 19 LJV establece que lo decidido en el expediente vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél, sin perjuicio de que la resolución de un

⁴⁹ Mención aparte merece la declaración de herederos abintestato, atribuida ahora únicamente a los notarios, que en la medida en que son considerados “tribunal” a los efectos del Reglamento (UE) nº 650/2012 conforme a su art. 3.2º, pueden llegar a calificarse como resoluciones y no únicamente como documentos públicos a efectos del Reglamento, *vid.* A. Bonomi y P. Watelet, *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 129–130; y F.M. Mariño Pardo, “Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales”, C.P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 479–598, p. 596.

expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto y en el que se confirmará, modificará o revocará lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

Es claro también que en el ámbito de la eficacia de las resoluciones extranjeras la firmeza —o carácter definitivo— debe ser apreciada conforme al ordenamiento del Estado de origen, según el cual la resolución no debe ser susceptible de ulterior recurso en el procedimiento en el que fue adoptada. Ciertamente, la firmeza debe ser distinguida de la cosa juzgada material, de la que típicamente carecen las resoluciones de jurisdicción voluntaria. En particular, la posibilidad de que la resolución de jurisdicción voluntaria sea revocada o modificada en un proceso posterior no es consecuencia propiamente de la falta de firmeza, sino de la ausencia de cosa juzgada material que es característica del ámbito de la jurisdicción voluntaria. En esta medida, sí resulta apropiada la exigencia del requisito de firmeza de las resoluciones extranjeras en relación con el ámbito de la jurisdicción voluntaria, básicamente para excluir del reconocimiento las resoluciones susceptibles de recurso en el procedimiento en el que fueron pronunciadas.⁵⁰

41. Como precisión adicional el apartado 3 del art. 11 LJV aclara que el régimen previsto para la inscripción de las resoluciones extranjeras es aplicable tanto a las adoptadas por órganos judiciales extranjeros como a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda según la LJV al conocimiento de órganos judiciales.

Ahora bien, cabe entender que el criterio que establece el art. 11.3º opera en principio no sólo en relación con la inscripción de tales resoluciones en registros públicos españoles (lo que regula el art. 11) sino también en general con respecto a su reconocimiento en España (que regula el art. 12 LJV), de modo que el mismo régimen se proyecta sobre las resoluciones extranjeras relativas a las materias objeto de regulación en la LJV, lo que se corresponde con la idea de que la calificación de una resolución extranjera como de jurisdicción voluntaria, en lo relativo a su eficacia en España, debe determinarse básicamente de acuerdo con la delimitación de la jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento, habida cuenta de que tal calificación se hace con el fin de determinar el concreto régimen aplicable para decidir acerca de la eficacia en España de una resolución extranjera, en la medida en que dicho régimen varíe según la resolución sea o no de jurisdicción voluntaria⁵¹.

⁵⁰ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Eficacia...*, op. cit., pp. 147–158.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 45–50.

3. Reconocimiento incidental, inscripción, exequátur y modificación

42. El art. 11 LJV, así como los apartados 1 y 2 del art. 12 LJV, establecen que el reconocimiento es presupuesto de la inscripción registral de las resoluciones definitivas (o firmes), en la misma línea que el art. 59 LCJIC y el art. 96 LRC. Las resoluciones judiciales extranjeras —no sólo las de jurisdicción voluntaria— pueden adquirir un significado muy especial en nuestro ordenamiento a través de su inscripción registral. Particular importancia presenta esta posibilidad respecto de las resoluciones con eficacia constitutiva, tan frecuentes en la jurisdicción voluntaria, pues la inscripción registral garantiza en el ámbito de actuación de nuestros registros la oponibilidad frente a terceros del estado o situación creado directamente por la resolución extranjera.

Es claro que no se trata propiamente de la extensión de un efecto que la decisión extranjera produce en el Estado de origen. La posibilidad de la inscripción, los requisitos que deben satisfacerse y las consecuencias de la misma resultan de lo dispuesto en la legislación registral española.

Por ello, en el plano práctico reviste gran trascendencia que el nuevo marco legal prevé que el reconocimiento puede tener lugar por vía incidental, en particular ante el encargado del Registro, si bien éste no será necesario cuando se haya obtenido previamente el exequátur. El art. 11 LJV contempla la posibilidad de inscripción (o anotación preventiva) en los registros públicos de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, limitándose a señalar las vías disponibles, así como que cuando la resolución carezca de carácter definitivo únicamente procederá la anotación preventiva. Parece prever tres vías para la inscripción en los registros públicos españoles: exequátur; reconocimiento incidental; y “por el encargado del registro... siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello”. En realidad, esta tercera vía es otra modalidad del reconocimiento sin procedimiento especial, al igual que el incidental, como resulta del apartado 2 del art. 12.

En todo caso, de lo anterior resulta que la LJV establece con carácter general el llamado reconocimiento automático e incidental, en la medida en que, como dice el apartado segundo del art. 12 (y se desprende también del apartado 1 del art. 11), para obtener el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no es necesario recurrir a un procedimiento específico previo, de modo que el reconocimiento puede ser “otorgado de modo incidental” por el órgano judicial o Encargado del registro ante el que se invoque. Importa destacar que los posibles motivos de denegación del reconocimiento no varían en función de que se pretenda el reconocimiento por vía incidental o a través del exequátur.

43. También con buen criterio⁵² el texto final LJV afirma que en este ámbito sí es posible tramitar un procedimiento para obtener una declaración general de reconocimiento de la resolución extranjera (exequátur), aunque en la práctica su utilización sólo resulte relevante con respecto a resoluciones de jurisdicción voluntaria en situaciones muy concretas. Así se desprende con claridad de la referencia contenida en art. 11.1º.a) LJV (y también del art. 41.2º de la LCJIC). En relación con la posibilidad de reconocimiento incidental registral y con el eventual recurso al exequátur, el criterio establecido en el art. 11 LJV coincide con el dispuesto en la LCJIC, cuyas reglas son aplicables a lo no previsto en la LJV o la normativa registral, por ejemplo, en relación con la tramitación del proceso de exequátur y las normas sobre el particular establecidas en los arts. 52 a 55 LCJIC.

Ante la ausencia de normas específicas, el procedimiento de exequátur establecido en la LCJIC resultará de aplicación a las resoluciones firmes de jurisdicción voluntaria que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen, salvo que la normativa convencional o de la UE aplicable prevea otra cosa. Más allá de que la tramitación del exequátur es una exigencia en las situaciones concretas en las que se puede pretender la ejecución con base en una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria, en particular en relación con resoluciones en el ámbito de la responsabilidad parental cuando no resulte de aplicación un convenio o reglamento, lo cierto es que el exequátur es el mecanismo procesal establecido en nuestro ordenamiento para obtener una declaración general de reconocimiento o no reconocimiento de una resolución extranjera. Habida cuenta del reducido alcance, conforme al art. 44.2º LCJIC, del reconocimiento incidental –que se limita a lo resuelto en el procedimiento principal en el que se plantea–, el exequátur se configura en el marco de la LCJIC como el único mecanismo disponible para obtener un pronunciamiento vinculante acerca del reconocimiento de la eficacia constitutiva de una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria. Si bien las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria no generan cosa juzgada material, sí pueden producir una eficacia constitutiva que un interesado puede pretender que se afirme con carácter general de modo vinculante, sin perjuicio de la eventual modificabilidad de la resolución extranjera.

44. Al carecer la resolución de jurisdicción voluntaria de cosa juzgada material, no puede producir tan peculiar vinculación ni siquiera tras haber sido objeto de exequátur. Sin embargo, aunque la oponibilidad de la situación creada en una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria se logra típicamente por medio de la inscripción registral tras su reconocimiento incidental, de modo que no

⁵² *Ibid.*, pp. 106–115.

resulta preciso tramitar un exequátur, sólo un pronunciamiento vinculante acerca del reconocimiento de la resolución mediante el exequátur evita que se pueda cuestionar éste. La posibilidad de inscripción no excluye que en situaciones concretas pueda existir interés en obtener un pronunciamiento general de reconocimiento que implica una declaración inatacable acerca de la vinculación de la resolución extranjera. Por ejemplo, puede existir interés, en obtener un pronunciamiento general reconociendo una resolución extranjera en materia de responsabilidad parental en situaciones en las que el Estado de origen de la resolución subordina el ejercicio del derecho de visita en el extranjero (por ejemplo, España) a tal reconocimiento. Otra cosa bien distinta es, por ejemplo, en qué medida, al no producir cosa juzgada material, la resolución extranjera puede ser revisada por una autoridad española o incluso en qué circunstancias cabe atribuir eficacia a una resolución extranjera que modifica la ya reconocida en España.

Por ello, en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria, especialmente con respecto a ciertas medidas como las de protección de menores o de adultos⁵³, reviste gran importancia que la LCJIC incluya disposiciones específicas con respecto al reconocimiento de las resoluciones extranjeras susceptibles de modificación. En concreto, el art. 45.1º LCJIC establece que su eventual modificación por los tribunales españoles sólo es posible si hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental, lo que se corresponde con la circunstancia de que tal reconocimiento es determinante de su integración en nuestro ordenamiento, presupuesto para su eventual modificación por nuestros tribunales. El apartado 2 del art. 45, según el Preámbulo de la Ley, se limita a poner de relieve que las partes pueden optar entre solicitar la modificación de la resolución extranjera o plantear en España un proceso declarativo. La existencia de una resolución extranjera no reconocida en España no produce efectos en nuestro ordenamiento, por lo que no ha de impedir el inicio de un proceso declarativo ante nuestros tribunales. Tampoco el previo reconocimiento en España de una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria impide la incoación de un proceso jurisdiccional posterior sobre el mismo objeto, si bien la resolución que se adopte en tal proceso debe pronunciarse sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo previsto en el art. 19.4º LJV.

45. No se subordina a su previo reconocimiento en sentido propio el que, al igual que otros documentos públicos extranjeros, aquel en el que conste cualquier resolución de jurisdicción voluntaria puede ser utilizado como medio de prueba de hechos en un proceso ante los tribunales españoles. Se trata de un

⁵³ Cf. A. Rodríguez Benot, "La Ley...", *loc. cit.*, p. 252.

aspecto en el que las resoluciones de jurisdicción voluntaria no presentan particularidades significativas respecto a otras resoluciones judiciales o en general otros documentos públicos otorgados en el extranjero⁵⁴. El valor probatorio va referido a los hechos acreditados en el documento público en el que consta la resolución, pudiendo incluso demostrar que una determinada situación ha sido constituida en el extranjero, pero sin establecer una vinculación jurídica de la situación creada para los tribunales y autoridades españoles. Tal vinculación implica que la resolución extranjera produzca en nuestro país no eficacia probatoria, sino el llamado efecto como hecho jurídico vinculante, íntimamente relacionado con la eficacia constitutiva de la resolución.

46. Ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria que por su naturaleza no pueden dar lugar a una resolución (judicial) fundada en sentido propio, sino que se limitan a comprobar o acreditar la existencia y alcance de ciertos hechos (o incluso de un derecho resultante de tales hechos) sin tener eficacia constitutiva (ni, por supuesto, de cosa juzgada) originan actos susceptibles de inscripción registral. Es decir, el documento público en el que consta ese acto puede ser título de inscripción. El régimen de la inscripción en un Registro español del documento público extranjero en el que consta un acto de esta naturaleza, con independencia de su origen judicial, debe asimilarse al régimen común aplicable a la eficacia registral de los documentos públicos extranjeros y no al tratamiento propio del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, lo que resulta determinante de que la inscripción no debe hacerse depender aquí del cumplimiento de las condiciones exigidas para el reconocimiento

Con respecto a la inscripción de documentos públicos extranjeros extrajudiciales, debe tenerse en cuenta lo previsto en la disp. adic. 3ª LJV, dedicada específicamente a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros no dictados por un órgano judicial, relevante en relación con los documentos relativos a materias cuya competencia correspondería según la LJV al conocimiento de autoridades (españolas) no judiciales. De esta manera, el objeto de regulación de la disposición adicional tercera LJV es sustancialmente coincidente con el art. 97 LRC y el art. 60 LCJIC, que se remite al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable, entre la que se incluye la disposición adicional tercera LJV. El apartado segundo de la disp. adic. 3ª LJV, en el que subyace un fundamento equivalente al del apartado 3 del art. 11 LJV antes reseñado, prevé que el régimen previsto en la disposición adicional será aplicable también para inscribir el hecho o acto de que dé fe una “re-

⁵⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., pp. 280–285.

solución” (cabe entender, documento)⁵⁵ dictada por un órgano judicial extranjero en una materia cuya competencia corresponda, según la LJV, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales.

En concreto, los requisitos a los que se subordina la inscripción con base en el documento público extranjero son: a) que haya sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado; que la autoridad extranjera haya intervenido desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen; que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado; y que la inscripción no resulte manifiestamente incompatible con el orden público.

47. Mención aparte merece también la posibilidad de que el documento en el que consta un acto de jurisdicción voluntaria pueda ser título ejecutivo, pese a ser fruto de un expediente que no da lugar a una resolución susceptible de reconocimiento procesal, de modo que la ejecución no se subordina al previo exequátur ni son de aplicación los motivos de denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. En supuestos de esa naturaleza, el tratamiento debe ser el que rige en nuestro ordenamiento respecto de la fuerza ejecutiva de los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera, por lo que cuando resulte de aplicación el régimen de fuente interna habrá que estar a lo dispuesto en la LCJIC. En concreto, conforme al art. 56 LCJIC, tales documentos públicos –definidos en su art. 43.e)– extranjeros serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público, siempre que sean equivalentes a los documentos públicos españoles a efectos de su ejecutabilidad⁵⁶.

4. Causas de denegación del reconocimiento

48. Frente al régimen general de la LCJIC⁵⁷, la especialidad de la normativa de reconocimiento de las resoluciones firmes de jurisdicción voluntaria previsto en la LJV radica fundamentalmente en que el art. 12.3º LJV incorpora una relación propia de causas de denegación del reconocimiento. Esa norma establece el régimen especial de reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria recaídas en materias cuya competencia corresponda, se-

⁵⁵ Vid. F.J. Martín Mazuelos, “Reconocimiento...”, *loc. cit.*, ap. II.

⁵⁶ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁷ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>>, 27 agosto 2015.

gún la LJV, al conocimiento de órganos jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1º. El art. 12 LJV es de aplicación preferente con respecto a la LCJIC, pero conviene tener presente que existen otras normas especiales que regulan las condiciones del reconocimiento en materias que se hallan comprendidas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, como es el caso de la Ley de Adopción Internacional (arts. 26.1.1º y 34.1.2º reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio), así como que el art. 96 LRC contiene una relación propia de causas de denegación del reconocimiento de las resoluciones en relación con su inscripción registral⁵⁸.

De los controles previstos en el art. 12.3º LJV (como el de la competencia del órgano de origen y de los derechos de defensa de los implicados) se desprende que trata típicamente de resoluciones que producen efectos susceptibles de reconocimiento en sentido propio, como es el caso de la eficacia vinculante de las resoluciones de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo. En tales casos, resultaría apropiado en principio que las causas de denegación del reconocimiento sean básicamente coincidentes con las que operan con respecto a las resoluciones en el ámbito contencioso⁵⁹, pero el artículo LJV ha optado por incluir una relación (parcialmente) diferenciada de tales causas.

Las carencias de esa relación propia de causas de denegación contenida en el art. 12.3º LJV se acentúan al tener en cuenta que la LJV fue adoptada tan sólo unos días antes que la LCJIC, que contiene el régimen general de reconocimiento de resoluciones extranjeras. Hubiera sido deseable una mejor coordinación LJV con esas normas generales sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras adoptadas prácticamente de manera simultánea en la LCJIC, lo que facilitaría la comprensión y aplicación de nuestro sistema. Por el contrario, cabe reseñar que los mismos motivos de denegación del reconocimiento de las resoluciones extranjeras establecidos en otras recientes normas de nuestro ordenamiento, como el art. 46 LCJIC y la LRC (art. 96.2.2º.b), presentan en su concreta redacción ciertas diferencias con el art. 12 LJV, que no parecen obedecer propiamente a peculiaridades de la jurisdicción voluntaria.

49. En su versión final el art. 12 LJV, modificado durante su tramitación parlamentaria, enumera, en contraste con el art. 46.1º LCJIC, cuatro causas de denegación del reconocimiento: control de la competencia internacional de la autoridad extranjera, control del respeto a los derechos de defensa de los implicados,

⁵⁸ Vid. P.A. De Miguel Asensio, "Coordinación...", *loc. cit.*, pp. 104–108.

⁵⁹ Vid. R. Geimer, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *Festschrift für M. Ferid*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1988, pp. 89–130, pp. 98–108.

control del orden público y, añadido injustificadamente en la tramitación parlamentaria, violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento. Además, es importante tener en cuenta que, aunque no aparezca en el art. 12, la autenticidad del documento en que conste la resolución de jurisdicción voluntaria resulta, junto a la firmeza, presupuesto también de su eventual reconocimiento en nuestro país.

50. Con respecto al control de la competencia, llama la atención que la formulación de esta causa de denegación, aunque similar en su orientación, no coincide con la recogida en el art. 46.1º.c) LCJIC, que incluye precisiones adicionales que también resultan apropiadas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. El art. 12.3º.a) LJV presenta divergencias relevantes en su redacción, si bien cabe entender que el estándar de control sobre este particular debe ser coincidente con el del art. 46.1º.c) LCJIC. A diferencia de éste, la LJV requiere para denegar el reconocimiento que la autoridad extranjera fuera “manifiestamente incompetente”, lo que precisa que concurrirá cuando el supuesto afecte a la competencia exclusiva de los tribunales españoles, al tiempo que aclara que se considerará competente a la autoridad extranjera si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado de origen. Por su parte, el art. 46.1º.c) LCJIC aparece formulado de modo que lo determinante, además del control del respeto a las competencias exclusivas de los tribunales españoles, es si la competencia del juez de origen obedece a una conexión razonable, lo que se presume que concurre cuando el órgano jurisdiccional extranjero haya basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.

Este planteamiento, incluida la posible relevancia de la bilateralización de las normas españolas, cabe entender que resulta también básicamente operativo con respecto a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, de modo que el alcance de este control no debe variar sustancialmente en función del carácter de jurisdicción voluntaria o no de la resolución.

51. Parece innecesario que en la tramitación parlamentaria se añadiera, justo después del control de orden público, un nuevo apartado d) que prevé la denegación del reconocimiento es España: “Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”. Como precisamente tales derechos y libertades constituyen, como es bien conocido, el núcleo del contenido del orden público español⁶⁰, el añadido

⁶⁰ Vid., v.gr., J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., p. 233; y, con respecto a la LCJIC, F. Gascón Inchausti, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

del apartado d) resulta injustificado, habida cuenta además de que el control de las garantías procesales viene ya recogido en el apartado b) del art. 12.

Por otra parte, la formulación del orden público como motivo de denegación del reconocimiento resulta más acertada en el art. 12.3º.c) LJV que en el art. 46.1º LCJIC, pues él primero está redactado de manera que destaca con más precisión su carácter excepcional, ya que va referido, como es típico de los convenios internacionales e instrumentos de la UE a las situaciones en las que un acto produzca “efectos manifiestamente contrarios al orden público español”. En todo caso, las diferencias de redacción no deben implicar un distinto alcance de la excepción de orden público en esas normas. El control del orden público procedimental aparece recogido de manera específica en el apartado b) del art. 12.3º LJV, que prevé la denegación del reconocimiento en España cuando el acto se hubiera acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados, de modo que su diferente redacción con respecto al motivo equivalente previsto en la LCJIC trata de reflejar las peculiaridades de los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que propiamente no hay demandado y a la cédula de emplazamiento. La aplicación de este control resulta de especial relevancia en relación con expedientes de jurisdicción voluntaria en los que puede existir contradicción de intereses, como es propio de expedientes tuitivos que tienden a asistir a personas necesitadas de particular protección— pero en los que pueden concurrir afectados con intereses contrapuestos (por ejemplo, los padres biológicos y los eventuales adoptantes, los interesados en obtener la custodia de un menor...), pese a que propiamente no exista litigio entre partes sobre derechos subjetivos como es propio del ámbito contencioso. Con respecto al orden público sustantivo, cabe recordar que las materias más significativas del dominio clásico de la jurisdicción voluntaria se integran en sectores en los que típicamente actúa el orden público, pero en los que la tendencia a matizar la operatividad de esta institución se manifiesta con mayor intensidad, en especial para tratar de evitar situaciones jurídicas claudicantes y especialmente para asegurar una adecuada ponderación entre derechos fundamentales, en especial en situaciones en las que el derecho a la vida privada y familiar puede resultar menoscabada por el no reconocimiento de una situación constituida en el extranjero⁶¹.

en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 158–187, esp. pp. 178–179.

⁶¹ A modo de ejemplo, la STEDH 3 mayo 2011, *Negrepontis–Giannisis c. Grecia* (disponible en <http://www.echr.coe.int>), resulta muy ilustrativa de cómo el derecho fundamental a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH impone importantes límites al empleo del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero.

52. Se echa en falta en el art. 12 LJV la referencia a un control que en algunos casos puede resultar relevante también en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, como es el de la no contradicción con resoluciones eficaces o procesos pendientes (iniciados con anterioridad) en España, previsto en el régimen general en el art. 46.1º.d) y 46.1º.f) LCJIC, pero no contemplado en la LJV.

Sin perjuicio de que la peculiar modificabilidad y subordinación a los procesos contenciosos de las resoluciones de jurisdicción voluntaria condicionan la especificidad de este control como motivo de denegación del reconocimiento en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁶², en principio, no deben reconocerse las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria contradictorias con otras adoptadas en España, con independencia de cuál ha sido pronunciada antes en el tiempo. La *ratio* de esta exigencia impone su aplicación claramente cuando la resolución española con la que la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria es inconciliable tenga la específica vinculación propia de la cosa juzgada material. Pero además, la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico también puede resultar menoscabada cuando se otorga eficacia (aunque se trate sólo de la eficacia como hecho jurídico vinculante) a una decisión extranjera contradictoria con una situación establecida por una resolución española de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo que no ha sido modificada o revocada previamente ni lo es en la resolución extranjera que se pretende reconocer. Ante la ausencia en el art. 12 LJV de toda previsión al respecto, no debería descartarse el eventual recurso para suplir esta carencia a la norma sobre orden público, si esa se considera la vía adecuada para hacer efectivos *mutatis mutandis* con respecto a las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras los motivos de denegación del reconocimiento previstos en los arts. 46.1º.d) y 46.1º.f) LCJIC, que en cualquier caso resulta de aplicación subsidiaria con respecto a la LJV (art. 2 LCJIC).

V. Conclusiones

53. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 moderniza un sector muy relevante de nuestro ordenamiento. El progreso que la nueva Ley supone en la sistematización de este sector no impide apreciar que el panorama resultante en lo relativo a la delimitación de la jurisdicción voluntaria es complejo, entre otros elementos porque si bien el objeto de la Ley se limita a los expedientes que se tramitan ante órganos jurisdiccionales, esta categoría incluye, junto a los que son competencia del Juez, aquellos atribuidos a los Letrados de la Administración de Justicia, incluso cuando son competencia de manera alternativa de los Notarios y

⁶² Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Eficacia...*, op. cit., pp. 109–112.

Registradores. Al margen LJV quedan los expedientes atribuidos con carácter único a los operadores no jurisdiccionales –Notarios y Registradores–, si bien la regulación de los mismos ha sido objeto de importantes modificaciones a través de las reformas de otros textos legales contenidas en las disposiciones adicionales LJV.

54. En materia de Derecho internacional privado, la aportación de la nueva Ley es modesta, en la medida en que opta fundamentalmente por remitirse genéricamente a las normas contenidas en otras disposiciones de nuestro ordenamiento, incluidos los convenios internacionales y los instrumentos de la UE, en especial en lo relativo a la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable, lo que facilita en principio la coordinación y coherencia del sistema. La aparente sencillez del enfoque adoptado contrasta, no obstante, con la heterogeneidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria, que con frecuencia exige un análisis diferenciado. Este planteamiento determina que en la regulación de los diversos expedientes la LJV no incluya normas de competencia internacional, si bien contiene un número elevado de reglas de competencia territorial cuya coordinación con el alcance de la competencia internacional en ocasiones presenta dificultades. En el ámbito de la competencia internacional, la remisión a la legislación en la materia no impide apreciar que su aplicación a la jurisdicción voluntaria puede presentar significativas particularidades, que, por ejemplo, dotan aquí de especial relevancia a ciertos mecanismos de flexibilización para asegurar la adecuada protección de los intereses objeto de tutela. Además, concretar en qué medida ciertas normas de competencia resultan de aplicación a algunos de los expedientes puede plantear complejos problemas de interpretación, particularmente en las materias en las que no existen normas específicas de competencia. Con carácter general, las normas sobre competencia judicial internacional se proyectan también sobre la actividad de los operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional en la medida en que tienen atribuido el conocimiento de expedientes objeto LJV, e incluso pueden serlo también con respecto a otros expedientes como las declaraciones de herederos abintestato.

55. Nuestro legislador ha optado también por no establecer reglas específicas de Derecho aplicable en materia de jurisdicción voluntaria, lo que resulta coherente con el alcance de la legislación de Derecho internacional privado, así como con los instrumentos europeos e internacionales, que al establecer las reglas sobre ley aplicable no diferencian entre expedientes de jurisdicción voluntaria y procesos contenciosos. Ahora bien, la peculiar vinculación entre normativa material y procesal que es propia del carácter auxiliar o adjetivo de la jurisdicción voluntaria, no sólo plantea complejas cuestiones de delimitación, sino que también aconseja la coordinación con las reglas de competencia y favorece en mu-

chas situaciones la aplicación de la *lex fori* –como demuestra la reciente evolución en el ámbito de la protección de menores–, al tiempo que puede justificar que la tramitación de ciertos expedientes aparezca subordinada a la aplicación al fondo de la ley española. Cuando resulte aplicable el derecho extranjero, los intereses objeto de protección en los expedientes de jurisdicción voluntaria y la marginación en ellos del principio dispositivo pueden justificar un tratamiento parcialmente diferenciado en lo relativo al régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero, resultando adecuado que la aplicación del Derecho extranjero no se subordine en todo caso a la previa alegación por el afectado o los interesados, así como que el órgano judicial pueda tener un papel más activo en su prueba. Por otra parte, sobre los expedientes en los que se atribuye competencia a los Notarios o Registradores se proyectará el peculiar régimen relativo a la aplicación del Derecho extranjero por esos operadores no jurisdiccionales.

56. Donde las deficiencias en la formulación de las disposiciones LJV sobre Derecho internacional privado son más acusadas es en lo relativo al reconocimiento de resoluciones, cuestión abordada en sus arts. 11 y 12 que se caracterizan por su falta de precisión. Con carácter general la LJV admite el reconocimiento sin procedimiento especial, permitiendo el empleo de la resolución extranjera como título para la inscripción sin previo exequátur, lo que resulta de gran importancia práctica con respecto a la eficacia constitutiva propia de las resoluciones en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria atribuida a órganos jurisdiccionales. Cuando se trate de actos respecto de los cuales la competencia no corresponde a órganos jurisdiccionales, en principio excluidos del articulado LJV, la inscripción del hecho o acto de que de fe queda sometida al régimen de inscripción de los documentos públicos extranjeros (disp. adic. 3ª LJV). Únicamente son susceptibles de reconocimiento las resoluciones firmes o definitivas, lo que implica básicamente que la resolución no sea susceptible de ulterior recurso en el procedimiento en el que fue adoptada, pero no requiere que produzca eficacia de cosa juzgada material. También presenta carencias la relación de motivos de denegación del reconocimiento recogida en el art. 12, ámbito en el que hubiera sido deseable una mejor coordinación con la LCJIC.

Bibliografía

- Alcalá-Zamora y Castillo, N.: “Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria”, *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XV, 1962, pp. 521–596.
- Álvarez Torné, M.: “La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de DIPr”, J. Forner Delaygua, C. Gon-

- zález Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya (Liber amicorum A. Borrás)*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 107–118.
- Barrio del Olmo, C.P. (coord.): *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- Blanco–Morales Limones, P.: “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, nº 8590, 24 julio 2015.
- Bonomi, A. y Watelet, P.: *El Derecho europeo de sucesiones (Comentario al Reglamento UE nº 650/2012, de 4 julio 2012)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- Bucher, A., (ed.): *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2011.
- Calvo Vidal, I.A.: “La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LIV, 2013–2014, pp. 169–202.
- Calvo Vidal, I.A.: Nota a la Resolución DGRN de 18 enero 2005, *REDI*, vol. LVII, 2005 (2), pp. 1023–1033.
- Carrascosa González, J.: “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, nº 1, pp. 5–44.
- Cortés Domínguez, V.: “La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ)”, *Justicia*, 1985, pp. 775–796.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.
- : “Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>>, 27 agosto 2015.
 - : “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, vol. 68/1, 2016, pp. 99–108.
 - : “Normas de Derecho internacional privado (arts. 9 a 12) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>>, 8 julio 2015.
 - : “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVII, 1995 núm. 2, pp. 41–70.
 - : “La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)”, <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>>, 23 julio 2015.
- Dolle, H.: “Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, *RabelsZ*, vol. 27, 1962, pp. 201–244.
- Espinar Vicente, J.M.: *Tratado elemental del Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008.
- Espiñeira Soto, I., “Declaración de herederos abintestato”, <<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/declaracion-de-herederos-abintestato/>>, 2015.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015.
- Fernández–Tresguerres, A.: “Aplicación notarial del Reglamento comunitario sobre sucesiones mortis causa”, *Escritura pública*, nº 77, 2012, pp. 40–41., p. 112.
- Garcimartín Álferez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016.
- Garcimartín Álferez, F.J.: “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *La Ley*, nº 8614, de 28 septiembre 2015.

- Gascón Inchausti, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 158–187.
- Geimer, R.: “Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, *Festschrift für M. Ferid*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1988, pp. 89–130.
- Gomá Lanzón, I.: “Nuevas atribuciones y función notarial”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 41–51.
- González Poveda, B.: *La jurisdicción voluntaria*, 4ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- Habscheid, W.H.: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München, CH Beck, 1983, pp. 259–262.
- Heldrich, A.: *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlín, 1969, pp. 200–223.
- Kreff, M.: *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- Jannuzzi, A.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, 8ª ed., Milán, Giuffrè, 2000.
- Liébana Ortiz, J.R. y Pérez Escalona, S.: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- Mariño Pardo, F.M.: “Acta de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 479–598.
- Martín Mazuelos, F.J.: “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación”, *Diario La Ley*, nº 8629, 21 octubre 2015.
- Miláns del Bosch Portolés, I.: “La determinación del Derecho aplicable en los actos de jurisdicción voluntaria”, *REDI*, vol. XXXIX, nº 1, 1987, pp. 67–97.
- Motulsky, M.: “Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1948–1952, pp. 13–31, pp. 20–24.
- Muir Watt, H.: “Effets en France des décisions étrangères”, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584–6, 1990.
- Pagano, E.: *Competenza giurisdizionale e legge applicabile nella volontaria giurisdizione*, Nápoles, Jovene, 1979.
- Rauscher, T.: *Internationales Privatrecht (Mit internationalen Verfahrensrecht)*, 4ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2012.
- Richardi, J.: *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts*, Constanza, Hartung-Gorre, 1991.
- Rodríguez Benot, A.: “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259.
- Roth, H.: “Zwangsvollstreckung aus ausländischen Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”, *IPRax*, 1988, vol. 8, pp. 75–82.
- Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2010.
- Stalev, Z.: “Non-Contentious Proceedings and Their Development”, W.H. Habscheid (Hrsg.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, 1983, pp. 253–289.
- Struycken, A.V.M.: “Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986–1988, pp. 105–133.
- Torres Ruiz, S.: “Depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1093–1099.

- Vara González, J.M. y Pérez Hereza, J.: “Separación y divorcio ante notario”, C. P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 363–477.
- Vincent J. y Guinchard, S.: *Procédure civile*, 21ª ed., París, Dalloz, 1987, p. 141.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.
- Volken, P.: “Art. 31”, *IPRG Kommentar (Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 1. Januar 1989)*, Zürich, Schulthess, 1993.

Recepción: 8.4.2016

Aceptación: 7.6.2016

ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUMISIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (LO 7/2015) *

José María ESPINAR VICENTE **

José Ignacio PAREDES PÉREZ ***

SUMARIO: I. Justificación de la reforma y del estudio. II. El marco normativo anterior. 1. Articulación e integración de sistemas. 2. Límites a la sumisión expresa: el ejemplo paradigmático: A) Aproximación al problema; B) Las líneas jurisprudenciales: a) Carácter excepcional de la sumisión; b) Materia patrimonial; c) Derecho de la persona y familia. III. El nuevo marco normativo. 1. La sumisión tácita: A) Relación con los foros exclusivos; B) Flexibilización de la noción; C) Comprobación de la competencia judicial internacional. 2. La *prorrogatio fori*: A) Concepto; B) Alcance material; C) Condiciones de admisibilidad: a) Materia patrimonial; b) Derecho de la persona, la familia y la sucesión; D) Relaciones con los foros exclusivos; E) Condiciones de validez sustantiva y formal. 3. La *derogatio fori*. IV) La incidencia de la normativa de origen europeo. V) A modo de conclusión.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto el análisis de la ordenación de la sumisión a la jurisdicción española tras la reciente modificación de los arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lamentablemente la reforma no merece una valoración positiva como consecuencia de la mala técnica normativa en la regulación tanto de la sumisión tácita, como de la sumisión expresa en su doble aspecto positivo (*prorrogatio fori*) y negativo (*derogatio fori*). Amén de que la redacción sea oscura y confusa, el legislador español transpone sin adaptar la normativa europea desnaturalizando el papel de la sumisión en la normativa autónoma, a la par que desaprovecha una buena ocasión para coordinar las reglas residuales del sistema interno de competencia judicial internacional con las normas de origen

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación: DER2014–54470–P (2015/2018) Título: “La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el Derecho español y de la Unión Europea”, del que son investigadoras principales las Dras. Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá.

*** Profesor asociado de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá.

europeo. En suma, se trata de una reforma que no deja más luces que sombras en el sistema estatal de la competencia judicial internacional.

PALABRAS CLAVE: REFORMA DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA – SUMISIÓN TÁCITA – *PRORROGATIO FORI* – *DEROGATIO FORI* – SUMISIÓN TÁCITA – DIMENSIÓN EUROPEA.

ABSTRACT: *Analysis and critical appraisal of the regulation of the submission to Spanish jurisdiction before and after the reform of the Organic Law of Judicial Power (OL 7/2015)*

The aim of this work is the analysis of the regulation of the submission to Spanish Jurisdiction given the recent modification of the articles 21 and 22 of the Organic Law of Judicial Power. Unfortunately the reform is not worthy of a positive valuation because of its poor technique on the regulation of tacit submission and express submission on its double positive aspect (prorrogatio fori) and on the negative (derogatio fori). Besides the fact that the regulation is dark and confused, Spanish legislator transposes it without adapting the European regulation, distorting the role of the submission in the autonomous regulation, in addition to missing a good chance to coordinate the residual rules of the internal system of international jurisdiction with the European rules. In summary, this reform does not shed lights on the state system of international jurisdiction.

KEYWORDS: ORGANIC LAW OF JUDICIAL POWER – INTERNATIONAL JURISDICTION – FORUM SELECTION CLAUSE – *PRORROGATIO FORI* – *DEROGATIO FORI* – TACIT SUBMISSION – EUROPEAN DIMENSION.

I. Justificación de la reforma y del estudio

1. El 1 octubre 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)¹, que, entre otros aspectos, reforma los arts. 21 y 22 LOPJ, que contienen nuestro sistema autónomo de competencia judicial internacional (CJI) en el orden civil y mercantil. Siendo indiscutible la necesidad de la reforma de este sector del DIPr, no por ello deja de sorprender la justificación del legislador en la Exposición de Motivos, supeditándola exclusivamente al estado actual del proceso de internacionalización de España:

“La necesidad de esta actualización se hace evidente si se tiene en consideración que el momento en el que fue redactado el vigente art. 22 LOPJ, el proceso de internacionalización de España se encontraba en un momento inicial. De hecho, ni siquiera se había culminado la incorporación plena al ámbito de la Unión Europea”.

Evidentemente, la internacionalización de las relaciones personales y empresariales es hoy muy diferente a la de hace treinta años, cuando se aprobó el art. 22 LOPJ, como lo era también el sistema español de la CJI en el orden civil. En 1985, el sector de la CJI de cuño estatal convivía solo con el sector de la CJI de

¹ BOE 22.7.15. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/25. <https://aedipr.com/documentos/>.

origen convencional, esto es, con el DIPr producto de la euforia internacionalista en los años ochenta por este ámbito de producción jurídica². A esta convivencia se refiere el art. 21 LOPJ/1985 remitiéndose a lo establecido en la Ley y en lo dispuesto en los tratados internacionales para determinar la CJI de nuestros Tribunales. La regulación convencional de la CJI constituye *lex specialis* de aplicación preferente a tenor de lo que dispone el art. 96.1º CE. Por tanto, el objeto del art. 22 LOPJ no era otro que establecer, en defecto de tratado internacional, un sistema general y propio de CJI en materia civil compatible con los principios procesales y materiales que debían informar las reglas de este sector³, y acabar así con la postura nacionalista de la “plenitud o imperialismo jurisdiccional” producto de la aplicación de los arts. 51 y 70 de la anterior LEC⁴.

Para ello el legislador español diseñó en los nºs 1 al 5 del art. 22 un modelo bastante parecido al del entonces en vigor Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, articulado en torno a cinco foros de competencia que atienden, respectivamente, a las competencias exclusivas (nº 1), a los generales de la sumisión y el domicilio del demandado (nº 2), a los especiales por razón de la materia (nºs 3 y 4), y a las medidas provisionales o de aseguramiento (nº 5). La STS 10 noviembre 1993 describía así el nuevo sistema:

“Desde la Ley Orgánica del Poder Judicial está más determinado el ámbito de atribuciones de nuestros tribunales, y para el Orden Civil el art. 22 distingue unos asuntos en que el fuero es exclusivo, otros que admiten la sumisión y con ello la prórroga del ámbito por voluntad de las partes y, por último, señala el precepto una serie de cuestiones que se atribuyen a los tribunales españoles con carácter general para el caso de que no se les haya sustraído por sumisión el conocimiento”⁵.

Se trataba, en principio, de una buena estructura pero ensombrecida por tres defectos: se mezclaban los foros de competencia en materia de jurisdicción contenciosa con los de jurisdicción voluntaria; no se regulaban los principales aspectos vinculados con la aplicación práctica de las normas reguladoras de la CJI (litispendencia internacional y conexidad internacional); y sus disposiciones carecían de un sistema donde estructurarse coherentemente (relaciones entre los foros de competencia, régimen jurídico de la sumisión expresa y tácita, foros de

² Vid. J.C. Fernández Rozas, “Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 1–95, esp. pp. 71–79.

³ Cf. M. Amores Conradi, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989, nº 1, pp. 113–156.

⁴ Un análisis del sistema anterior a la LOPJ/1985, *vid.*: J.D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1981, pp. 36–52.

⁵ FJ 2º STS nº 1040/1993, de 10 de noviembre (RJ\1993\8980).

conexidad, etc.). Debido a ello, su aplicación y correcta interpretación no resultaba sencilla, toda vez que las lagunas en el Derecho común español debían ser resueltas a través de los principios informadores de nuestro sistema, lo que conducía a inevitables problemas prácticos de articulación procesal⁶.

2. En otro orden de cosas, para entender el estado actual de la cuestión se ha de tener en cuenta también, como dato clave, la comunitarización del DIPr por medio del Tratado de Ámsterdam. Fruto de esta circunstancia se sumarían a la complejidad de planos normativos, que hace referencia el nuevo art. 21 LOPJ, las normas de origen europeo en este sector, estableciendo reglas de CJI en ámbitos generales –el Reglamento nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil– y especiales –el Reglamento nº 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis); el Reglamento nº 4/2009, de 18 diciembre 2008, en materia de alimentos, y el Reglamento nº 650/2012 en materia de sucesiones–. A consecuencia tanto de su naturaleza y alcance, las normas de CJI de fuente europea han provocado el desplazamiento de las reglas nacionales de CJI. En efecto, en caso de colisión, las normas de DIPr europeo desplazan a las normas del DIPr, en el bien entendido de la relación competencial que mantienen los diversos planos normativos, que no de jerarquía. No se debe olvidar que el DIPr europeo se integra en el sistema jurídico español, igual que en el resto de los Estados miembros, como una ordenación especial emanada de la competencia específicamente cedida a la UE y no como un cuerpo *jerárquicamente* superior. Las normas de DIPr europeo provienen de un poder al que la CE atribuye competencias para el ejercicio de las funciones que de ella se derivan, lo que supone aceptar que el principio de primacía no posea un alcance general, sino referido exclusivamente a la competencia que posee la UE en este ámbito (art. 81 TFUE) –a la postre, los límites materiales que impone la cesión de competencias ex art. 93 CE⁷–. La ecuación entre el principio de primacía y el criterio competencial, por lo general, suele ofrecer como resultado la aplicación de la normativa europea frente a la solución prevista en el sistema autónomo, con independencia de que tales instrumentos posean o no naturaleza universal. Este último dato sobre el carácter universal o cerrado deviene relevante para medir el grado de repercusión de aquéllas sobre la normativa nacional. En el caso de que

⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991, p. 280.

⁷ Cf. J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, “El marco constitucional del Derecho internacional privado”, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum *Alegría Borrás* (coords. J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré), Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 329–350.

la norma europea tenga carácter universal, la repercusión es devastadora, en la medida en que reemplaza por completo la respuesta que ofrece el sistema autónomo para la misma materia. La incidencia sobre el sistema autónomo de las normas europeas cerradas es menos agresiva, pues la solución interna continúa aplicándose a supuestos excluidos de su ámbito de aplicación.

3. Así las cosas, si resultaba necesaria una reforma del sector autónomo de la CJI era esencialmente con el doble objetivo de llevar a cabo la coordinación de las reglas residuales de nuestro sistema interno con las previstas en las normas europeas e internacionales en la materia, y para introducir ciertas mejoras en las normas reguladoras de nuestro sistema común, teniendo en cuenta las soluciones aportadas especialmente por las normas de origen europeo. Precisamente, el objeto del presente trabajo no es otro que realizar un examen sucinto de la manera que ha abordado el legislador español estos dos objetivos en la reforma, tomando en consideración la nueva ordenación del foro de la sumisión de las partes (epígrafe III). Para abordar esta tarea es conveniente, primero, conocer la virtualidad atribuida a la voluntad de las partes en la determinación de la CJI en el sistema instaurado por la LOPJ/1985. Dicho estudio se justifica no solo para comprobar la necesidad de una reforma en profundidad de esta institución, sino también, como se verá, por la utilidad que detenta la posición de nuestros Tribunales para interpretar la voluntad del legislador en relación con los límites específicos para el ejercicio de la *prorrogatio fori* y la *derogatio fori* en el nuevo marco normativo (epígrafe II). Finalmente, tras comprobar que la nueva ordenación de la sumisión no deja más luces que sombras desde el plano de la técnica jurídica, el trabajo se cerrará poniendo de relieve como la reforma de la Ley Orgánica 7/2015 tampoco ha sido acertada en lo que respecta al objetivo de coordinación entre las reglas de CJI internas y europeas, en la medida en la que, lejos de resolver, genera problemas de coherencia interna en el propio sistema de CJI (epígrafe IV).

II. El marco normativo anterior

1. Articulación e integración de sistemas

4. La regulación de 1985 era netamente insuficiente en relación con estos instrumentos, al disponer sin más el art. 22.2º:

“En el orden civil, los Juzgados y tribunales españoles serán competentes. (...) 2º Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados y Tribunales españoles, (...)”.

Una regulación tan descriptiva presentaba importantes lagunas en relación con el régimen jurídico de la sumisión expresa (las condiciones de aplicación y la forma que debía revestir la cláusula de prorrogación de competencia) y tácita, e igualmente de sus relaciones con los foros especiales recogidos en los numerales tercero y cuarto del citado precepto. Dos procedimientos fueron propuestos para la integración de estas lagunas de regulación: la aplicación por analogía de las normas de competencia judicial interna o la aplicación de las líneas marcadas por el DIPr europeo para extrapolarlas como claves hermenéuticas de nuestro DIPr autónomo. Desde el plano absolutamente técnico, estas posiciones incurren en el defecto común de prescindir del acusado relativismo que presentan estos expedientes interpretativos, ya que la transposición solo procede cuando hayan de aplicarse a supuestos semejantes en los que pueda apreciarse una identidad de razón que justifique la extensión analógica. En efecto, no procede tomar el sistema de competencia judicial interna, o el modelo europeo de CJI, como un arquetipo para operar frente a cualquier tipo de supuestos⁸. La aplicación de la solución institucional solo es oportuna cuando pueda detectarse una identidad de razón entre la regulación europea y la requerida para colmar una laguna del sistema autónomo; lo mismo sucede cuando se trate de la solución prevista en el ámbito de la competencia judicial interna. Pero eso será en casos específicos, nunca con carácter general y observando las reglas previstas para una correcta transposición analógica de las normas. Para ello se debe partir de la autonomía y la lógica propia a cada uno de los tres subsistemas que conviven en nuestro sistema de CJI: institucional, convencional y autónomo. Los tres instrumentos de producción normativos actúan en sus respectivos medios de ambientación de forma adaptada a su conformación y caracteres. En unos casos se influyen recíprocamente, como sucede cada vez que el legislador español realiza una equiparación de derechos con el objeto de eliminar las discriminaciones inversas que puede dar lugar el DIPr europeo⁹. Pero, por lo general, cada fuente de producción normativa atiende a una lógica particular, que requiere de una metodología o un enfoque tanto en su aplicación e interpretación.

Las normas de fuente institucional europea poseen una lógica que no tiene por qué identificarse necesariamente con la propia de cada uno de los sistemas en los que se incardinan. Nótese que el objetivo último de esta regulación no consiste en coordinar soluciones nacionales, sino en establecer un régimen procesal in-

⁸ Vid. J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental de Derecho internacional privado español. Introducción. Competencia judicial internacional. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Forma de los actos. Jurisdicción voluntaria*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 138-140.

⁹ Un claro ejemplo lo ofrecía el foro de protección previsto en el anterior art. 22.4º LOPJ para los contratos celebrados por consumidor pasivos con profesionales de terceros Estados.

ternacional común a todos los países de la UE; y que este conjunto normativo no pretende diseñar un sistema de Derecho procesal internacional de vocación ecuménica, sino un sistema de carácter particular destinado a regular los negocios procesales civiles que se suscitan en el espacio europeo. Los principios y normas del sistema de CJI europeo agotan su vocación en relación con el segmento de asuntos no vinculados al yugo de la lógica de la integración. Este es el corolario del principio de cooperación leal –art. 4.3º TUE– que cercena la libertad de los Estados miembros al operar a través de sus fuentes de producción normativa, incluyendo también el análisis hermenéutico de sus disposiciones. A consecuencia de ello, tratándose de supuestos no afectados por el fenómeno jurídico de la integración europea, la solución institucional deja ser un foco de inspiración hermenéutica en la aplicación de las normas de fuente interna¹⁰.

Por otra parte, la transposición de plano de las soluciones de las reglas ordenadoras de la competencia territorial interna al ámbito internacional tiene el grave inconveniente de tratar del mismo modo situaciones distintas, de desconocer los particulares intereses y problemas implicados en el tráfico externo. El sector de la competencia territorial tiene unos objetivos y bases reguladoras ajenas a los problemas de los litigios internacionales. La ausencia de una unidad jurisdiccional en el ámbito internacional impide la traslación de plano de las soluciones interpretativas en el ámbito de la CJI al ámbito del tráfico jurídico externo, en la medida en la que sus reglas atienden a unas directrices y bases regulativas pro-

¹⁰ La diferencia entre la lógica a que atienden en este ámbito las normas de producción institucional e interna es puesta de relieve por el CGPJ en su “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, p. 90: “El Capítulo I del Título VII del Libro I se refiere a la competencia judicial internacional en el orden civil. Incluye 8 preceptos (desde el art. 59 al 67) claramente inspirados en las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea. Ello, que, en principio, pudiera parecer adecuado, pues las normas de la UE y muy especialmente el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ya inspiró, en su día, la actual regulación, crea, no obstante, importantes distorsiones cuando no se tiene debidamente en cuenta la naturaleza radicalmente distinta de las normas de competencia judicial internacional en función de la fuente en la que se incluyan. Mientras que las normas de competencia de la Unión tienen una función distributiva y son una pieza del sistema de Derecho procesal civil europeo, las normas unilaterales que figuran en este Anteproyecto operan fuera de este marco, muy especialmente en las relaciones con Estados terceros. Es, por tanto, adecuado que mientras que aquellas normas han de inspirarse en los principios de confianza y reconocimiento mutuo y están al servicio de la integración europea y la creación de un espacio judicial europeo, éstas se han de formular en función de los intereses españoles, dentro del marco derivado del art. 24 de la Constitución. Las normas de competencia judicial internacional deben, en efecto, formularse de forma que no se someta al derecho de defensa a unos costes desproporcionados y asegurando asimismo una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia (STC 61/2000). Ello no siempre es tenido en cuenta por el APL”. Puede consultarse este documento: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_del_Poder_Judicial.

pías ajenas a los problemas del tráfico internacional. En definitiva, salvo en los casos excepcionales en los que concurra la identidad de razón entre la regulación institucional/convencional y la requerida para colmar una laguna del sistema autónomo, en los que se ha de aplicar la solución institucional/convencional, como regla general, las eventuales lagunas en el sector de la CJI de producción interna deben integrarse directamente en el marco del propio sistema con base a una interpretación y aplicación funcional o correctora de los principios que lo informan. Por ello, si se tiene presente la coherencia, armonía y seguridad jurídica que debe presidir el sistema, puesto que nuestras normas de CJI de fuente interna son normas de carácter general que no afectan a la competencia judicial interna, habrá de tenerse también en cuenta estas últimas en todos los casos en que haya de intervenir la jurisdicción española. Las reglas de competencia judicial interna constituyen también una guía hermenéutica para la aplicación de las normas de DIPr, siempre, claro está, que se atiendan a los factores diferenciales que caracterizan a uno y otro tráfico.

2. Los límites a la sumisión expresa: el ejemplo paradigmático

A) Aproximación al problema

5. Un claro ejemplo para entender la correcta integración de las lagunas del sector de la CJI de fuente interna lo suministra la ausencia en la anterior regulación de una norma que determinara en qué casos el sistema autónomo español aceptaba o no la prorrogación de competencia a nuestros Tribunales y en qué casos aceptaba o no su derogación. Ambas cuestiones fueron tratadas por nuestra doctrina y jurisprudencia al reflexionar sobre la *prorrogatio fori*, e igualmente la *derogatio fori*, no solo desde el ángulo de la competencia indirecta, sino también a nivel de competencia directa, a efectos de valorar su validez y eficacia¹¹.

Desde la perspectiva de la *derogatio fori*, atendiendo a la dicción “*Con carácter exclusivo*” del anterior art. 22.1º LOPJ y el tenor del art. 39 LEC, las únicas materias sobre las que no cabía derogación de la jurisdicción española eran las recogidas en el listado de competencias exclusivas del primer precepto. Desde la perspectiva de la *prorrogatio fori*, la sumisión a nuestra jurisdicción solo podía rechazarse si versaba sobre una cuestión de la competencia exclusiva de otra jurisdicción atribuida en virtud de una norma europea o internacional en este sector. Al no descartarse nada más en nuestro sistema autónomo para el resto de materias contenidas en los foros especiales del art. 22.3º y 4 LOPJ, el resultado

¹¹ Vid., v.gr., desde esta posición, AAP Madrid 14ª, nº 435/2004, de 30 de septiembre (AC\2004\1909).

era que la sumisión expresa aparentaba no tener más límites que las competencias exclusivas. Este esquema distaba mucho de ser suficiente frente a materias que, sin ser objeto de ninguna competencia exclusiva, no se acomodaban bien a esa técnica. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito familiar con los alimentos y la filiación, y en el ámbito patrimonial con los contratos con consumidores. En ellas la sumisión sin limitaciones no se presenta como el vehículo más idóneo cuando en atención de los derechos deducidos en el proceso existe un interés público directo, ni tampoco para el mantenimiento del necesario equilibrio en la posición procesal de las partes. Esta situación constituyó una preocupación en nuestra doctrina legal y científica, que consciente de que no resultaba lógico admitir sin ningún límite la sumisión se encargaría de introducir unas exigencias estrictas a su admisibilidad y validez. La jurisprudencia española ha dado pruebas reiteradas de este problema, como así explicita la SAP Madrid 10 abril 2000:

“Prevé el legislador, sin matización ni limitación explícita, la posibilidad de que las partes se sometan expresa o tácitamente y ese sometimiento hace competentes internacionalmente a los órganos jurisdiccionales españoles (art. 22.2º), aunque no exista vinculación objetiva alguna de la litis con el foro, si bien esto es incomprensible en nuestro sistema jurídico y ha obligado a matizaciones que lleven a estimar que la *prorrogatio fori* puede predicarse de contados casos y excepciones”¹².

6. Por otra parte, la LE/1881 basaba la competencia territorial en la autonomía de la voluntad de las partes. Los criterios objetivos tenían un carácter subsidiario, pues solo en el caso de que las partes no se sometiesen expresa o tácitamente a un Tribunal, la determinación de la competencia se realizaba con base en tales criterios. Por esta razón la LEC anterior no contemplaba la posibilidad de un análisis de oficio de la competencia en esta dimensión. Sin embargo, esta lógica quebraría cuando en nuestro sistema interno comenzaron a aflorar foros inderogables, que al no admitir su *derogatio*, impedían la *prorrogatio* de otro Tribunal. La Ley 30/1981, de 7 de julio, en materia matrimonial, y después la LE/2000, siguieron este esquema. En la actual Ley rituaría el legislador consagra el marco en el que se puede mover la autonomía de las partes en sede de la competencia territorial, estableciendo para ello, en unos casos, un catálogo bastante amplio de asuntos en los que no cabe la sumisión (reglas establecidas en los n.ºs 1º y 4º a 15º del ap. 1 y ap. 2 del art. 52 LEC y asuntos que deban decidirse por el juicio verbal). En otros casos, determinando un elenco de materias en las que la elección solo puede recaer en una serie de foros predeterminados (procesos matrimoniales y de menores). Finalmente, consagrando de manera residual el ejercicio de esta libertad para los restantes supuestos (obligaciones contractuales, extracontractuales, etc.).

¹² FJ 3º SAP Madrid 14ª 10 abril 2000 (AC\2009\301).

La indisponibilidad de los foros a nivel de competencia judicial interna constituiría la guía hermenéutica de cierta doctrina procesalista que para limitar el juego de la libre voluntad del art. 22.2º LOPJ colige el carácter exclusivo de los foros especiales del art. 22.3º y 4º LOPJ en correlación con su carácter indisponible a nivel interno¹³. La STS 15 diciembre 1999 ofrece una prueba palmaria de esta interpretación en materia de filiación:

“Antes de la publicación de la LOPJ, dada la generalidad del art. 51 se propiciaba la prórroga de la jurisdicción nacional a toda clase de asuntos. Una vez publicada dicha Ley resulta más precisado e imperativo el ámbito competencial de nuestros Tribunales, ya que su art. 22.3º consagra como fuero exclusivo la competencia de los Juzgados y Tribunales de España para el conocimiento de las controversias civiles en materia de filiación, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o sea español el actor, condición que cumple perfectamente la actora del litigio, como queda suficientemente demostrado y sin impugnación expresa de contrario”¹⁴.

Felizmente no se trataría más que de una decisión aislada. El problema radica en que la indisponibilidad de los foros a nivel de tráfico interno no puede transponerse de forma mimética al plano de la CJI ante la falta la identidad de razón entre estos dos sectores en este punto, pues si el legislador hubiera querido hacer sobre una materia un foro indisponible en el plano internacional, y por consiguiente, sustraído completamente de la sumisión expresa, lo habría incluido en el catálogo de materias exclusivas. Por otra parte, la ausencia de una unidad jurisdiccional en el ámbito internacional impide igualmente la proyección en este sector de la directriz que fundamenta la limitación de la sumisión en el plano interno, ya sea de plano o a una serie de foros legalmente predeterminados. Como se ha indicado antes, los foros especiales contenidos en el art. 22.3º y 4º LOPJ constituyen competencias concurrentes con los foros generales del art. 22.

7. Del mismo modo, tomar el modelo de DIPr europeo sin más, como un arquetipo apto para operar frente a cualquier tipo de supuesto, perdiendo la perspectiva de las particularidades, supone una solución controvertida por cuanto, tal como se ha visto, las normas de cada sistema poseen una lógica propia, no teniendo por qué identificarse necesariamente. Tal proyección no cabe con carácter general, solo en casos específicos siempre que se detecte la identidad de razón entre los dos sistemas de la CJI. Un claro ejemplo lo suministra, como se verá más adelante, la laguna de la anterior regulación respecto de los requisitos para el ejercicio de la validez de la sumisión expresa, como de la propia noción

¹³ En esta dirección *vid.* V. Cortés Domínguez, “La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ)”, *Justicia*, nº IV, 1985, pp. 775–796.

¹⁴ FJ 1º STS nº 1100/1999, de 15 de diciembre (RJ\1999\8229).

de la sumisión tácita. La identidad de razón entre la regulación europea y la requerida para colmar estas lagunas justificaba la transposición de la primera como clave hermenéutica, evitando la rigidez de la competencia interna en este ámbito. Otro ejemplo lo proporcionaba igualmente el silencio en lo que concierne a las relaciones de la sumisión expresa con el foro de protección previsto en el art. 22.4º LOPJ en materia de contratos celebrados por consumidores. El principio europeo de lealtad obligaba en estos casos a no prescindir de la lógica de la integración, por lo tanto a colmar esta laguna aplicando la solución institucional prevista en el art. 17 RB I. Al cesar esta lógica en litigios internacionales de consumo extracomunitarios por no resultar afectado el mercado interior, la integración de la laguna debería encontrarse en el mismo marco del sistema de fuente interna; esto es, a través de los principios que informan su aplicación e interpretación, y las normas correctoras que permitan apreciar que la sumisión implica un abuso de derecho (art. 11.2º LOPJ y 247 LEC)¹⁵.

8. En suma, a falta de la identidad de razón requerida con la regulación europea de la CJI, o con la regulación de la competencia interna, la respuesta a esta laguna había que buscarla en la propia estructura, caracteres y principios de autointegración del sistema. A este respecto, examinando la relación entre el foro general de la sumisión expresa y los foros especiales contenidos en el numeral tercero y cuarto del art. 22 LOPJ, el profesor M. Amores Conradi supeditó con buen criterio la existencia de la relación general de alternatividad al diverso carácter de los foros especiales en neutros y de protección¹⁶. De este modo, la dosis de flexibilidad y libertad que incorpora la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de competencia podía verse restringida en ámbitos materiales en los que el valor o el interés protegido no eran compatibles con la actuación sin límites de la *prorrogatio* y *derogatio fori*. En unos supuestos, como los contratos con consumidores y alimentos, la identificación de estas excepciones no ofrecería problema al tratarse de foros de competencia articulados con base en el *favor protectionis*. La técnica normativa utilizada para realizar esa política de protección (*forum actoris*) fundamentaba directamente la limitación del juego de la autonomía de la voluntad. Más problemática resultaría, sin embargo, la identificación de las excepciones cuando se trataba de materias contenidas en el art. 22.3º LOPJ que, a pesar de concurrir también intereses públicos dignos de protección, se diferenciaban de las anteriores en que estaban sujetas a foros especiales fundamentados en razones de pura pro-

¹⁵ Vid J.I. Paredes Pérez, “La competencia judicial internacional de los jueces y Tribunales españoles en la contratación con consumidores: situación actual y perspectivas de reforma”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 5, 2011, pp. 61–93, esp. pp. 90–92.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 113–156.

ximidad. Nos referimos, sumariamente, a materias sometidas a procesos civiles no regidos por el principio dispositivo, como por ejemplo, los relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores.

B) Las líneas jurisprudenciales

a) Carácter excepcional de la sumisión

9. La labor de nuestra jurisprudencia en la identificación de estos límites se escribe con luces y sombras. En el haber de nuestros Tribunales se halla el esfuerzo de integrar esta laguna a través de una interpretación armoniosa de los principios generales del sistema dirigida a concretar el Juez natural (nacional o extranjero) predeterminado por la Ley. La razón es clara. La única forma de concretar el carácter de Juez natural venía dada en su predeterminación legal y ésta, al menos en el ámbito de materias que trascienden el marco de los intereses particulares y afectan al interés social, no podía confiarse en el plano internacional al puro y nudo acuerdo entre las partes, a menos que no contrariase el interés o el orden público. Se trata, en suma, del planteamiento seguido por la SAP Barcelona 1 abril 2003 con la virtud de centrar de modo preciso la correcta valoración de las reglas que determinan la jurisdicción y competencia de los Tribunales en materia tan sensible como la que se refiere a las relaciones familiares en sentido amplio, equilibrando lo que son correctas actuaciones procesales vinculantes a estos efectos con la prescripción de toda manipulación o elección interesada de un foro con demérito de los derechos y facultades de los intervinientes y los afectados por el pronunciamiento. Estas consideraciones permiten al Tribunal valorar la concurrencia o no de las normas de determinación de la competencia de acuerdo con los principios recogidos en los arts. 6.4º Cc y 11.2º LOPJ¹⁷.

En esta misma dirección, perfilando los límites a la sumisión, se inclinaría la ya citada SAP Madrid 10 abril 2000, en la que se señala que el derecho a ser demandado en un territorio determinado, a salvo aquellos supuestos de fuero imperativo (competencias exclusivas), debe entenderse como un derecho renunciable dentro de los límites previstos en las leyes procesales, hallándose dirigido a potenciar, de forma equilibrada y respetando los intereses de la actora, el ejercicio del derecho de defensa de los demandados, evitando que la interposición de la demanda por el actor de forma arbitraria, ante un juzgado en el que el desarraigo de la parte pudiere dificultar en la realidad práctica la defensa de sus intereses, implique la negación del derecho de defensa. Por la misma razón, pro-

¹⁷ FJ 3º SAP Barcelona 18ª 1 abril 2003 (AC\2003\1120).

sigue la Audiencia, el derecho a ser demandado en un territorio determinado, en virtud de una cláusula de sumisión expresa y válida a los tribunales de dicho territorio con renuncia a otro fuero, cuando la controversia verse sobre materia que permita dicha sumisión y guarde conexión con el foro, ha de ser respetado y el tribunal ante el que el demandado pretenda hacerlo valer debe ampararle¹⁸.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia no aceptaría la operatividad de la sumisión expresa, en su doble dimensión positiva y negativa, a cualquier precio, sino valorando siempre la validez de acuerdo con las previsiones de su sistema. La respuesta de nuestros Tribunales en este ámbito fue la de no aceptar la validez de la sumisión más que en los casos en que podía detectar una conexión suficiente con el foro escogido, susceptible de enervar el carácter exorbitante de una elección arbitraria. Dicha exigencia contaría con el respaldo de una parte de nuestra doctrina científica¹⁹, si bien con ciertas cautelas en lo concerniente a las materias sobre las que debía operar²⁰, como en el *quantum* del contacto requerido²¹. Esta posición la explica con particular nitidez, desde la perspectiva de la *prorrogatio fori*, el AAP Madrid 21 febrero 1997:

“Doctrinalmente, y tras resaltarse las ventajas de dicha *prorrogatio*, determinada por la sumisión expresa o tácita de las partes, y considerada como un principio admitido en todos los países civilizados, se señala sin embargo que la misma no puede comportar una absoluta libertad de los litigantes respecto de la atribución de competencia, mostrándose reticencias sobre la idea de que debe siempre existir una mínima conexión de las partes con el foro a favor del que se realiza la prorrogación de competencia, evitándose el denominado *forum shopping*, que implicaría en muchos casos un auténtico fraude de ley”²².

El problema surgiría al convertir nuestros Tribunales la condición de proximidad en un límite consustancial al orden público aplicable a cualquier relación litigiosa, impidiendo que el pacto de sumisión pudiera hacer, por sí solo, competentes o incompetentes a nuestra jurisdicción. La raíz de esta posición, como decimos, se halla en la inclinación de nuestros Tribunales a entender que la autonomía de la voluntad no podía operar sin más límites que las normas imperativas, como los

¹⁸ FJ 3º SAP Madrid 14ª, de 10 abril 2000 (AC\2009\301).

¹⁹ En contra de esta exigencia, *vid.* A. Rodríguez Benot, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 87–88. R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 40.

²⁰ Así, J.D. González Campos, en E. Pérez Vera y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, 4ª ed., Madrid, Uned, 1992, pp. 290–294, manteniendo la proscripción de esta exigencia en materia contractual con base en los intereses de las partes y las exigencias del comercio internacional.

²¹ En este sentido, afirmando un mínimo de proximidad, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 316–317.

²² FJ 2º AAP Madrid 22ª 21 febrero 1997 (AC\1997\234).

foros de competencia exclusivos de la LOPJ, y el orden público –”integrado por principios de Derecho nacional reputados intangibles dentro del territorio de la soberanía estatal”–²³. Principios de orden público de los que forma parte, como expresamente reconoció la STS 10 noviembre 1993, la competencia territorial:

“Cabe, pues, admitir la sumisión, y a la recíproca habrá que admitir la posible sumisión de los españoles a la jurisdicción de los Tribunales de otro país, siempre y cuando la cuestión no afecte a la soberanía según interpretación que de ésta hacen nuestras propias normas procesales y se plantee ante nuestros tribunales, para cuya decisión habrán de aplicar las normas legales sobre competencia territorial”²⁴.

Por esta razón, por constituir una excepción a las reglas generales de la competencia judicial, incluida la derogación de los fueros naturales en la LEC, basándose en la íntima conexión de la jurisdicción con la soberanía del Estado, nuestros jueces y tribunales no dudarían en asignar un carácter rigurosamente excepcional a las cláusulas de sumisión, fueran a tribunales españoles o extranjeros; apreciando dichas cláusulas de manera restrictiva cuando no estuviesen formuladas al amparo de una norma convencional. Y es aquí donde se escriben algunas de las sombras de una parte de la jurisprudencia, que no contenta con realizar un control indiscriminado para detectar el límite de la conexión con el foro elegido, fiscalizaría esta exigencia apoyándose en argumentos jurídicos netamente inconsistentes.

b) Materia patrimonial

10. La negación de la validez de los acuerdos de sumisión en los casos en que la voluntad de las partes constituye el único punto de conexión entre el litigio internacional y el foro escogido, no solamente tendría lugar respecto de litigios en los que interviene el Ministerio Fiscal por la naturaleza no disponible de los derechos que en los mismos se ventilan y del interés público que en los mismos suele estar presente. Alcanzaría también a sectores del Derecho patrimonial, como la contratación internacional, regidos por el principio dispositivo. En los que estando garantizado el acceso al proceso en términos de igualdad, no debería apreciarse fraude por la mera sumisión a los tribunales extranjeros. Por ejemplo, dicha exigencia es patente en la SAP Madrid 10 abril 2000 para apreciar la validez de la cláusula de *derogatio fori* a los Tribunales de Georgia (EE UU) con motivo de un contrato de arrendamiento de un motor de aeronave entre una em-

²³ FJ 2º STS nº 97/2002, de 11 de febrero (RJ\2002\3107).

²⁴ FJ 2º STS nº 1040/1993, de 10 de noviembre (RJ\1993\8980).

presa española y una empresa norteamericana. El Tribunal español basó su incompetencia con base en la conexión de la relación litigiosa con el foro elegido:

“... contrato de arrendamiento normado por las leyes norteamericanas, recuperación del motor arrendado en territorio norteamericano y domicilio de la demanda en ese territorio”²⁵.

Del mismo modo, la carencia de elementos de conexión con la jurisdicción norteamericana serviría, esta vez, para que la SAP Madrid 30 septiembre 2004 rechazase la *derogatio fori* en el marco de un contrato de gestión de carteras de inversión:

“Lo que no puede sostenerse es que las partes pactaran la sumisión a cualquier tribunal extranjero por el de la residencia del cliente, cuando el único punto de conexión sería, precisamente, la residencia del cliente ya que el contrato se celebró en Madrid por dos partes españolas y aquí debieron ejecutarse y cumplirse las obligaciones derivadas del mismo”²⁶.

11. Igual de controvertido es, sin lugar a duda, el desatino que mostraría un sector de nuestra jurisprudencia a la hora de concretar la exigencia adicional del vínculo del litigio con el foro, como de aplicar el correctivo del abuso del derecho a la oponibilidad de la *derogatio fori* por el demandado. Un claro exponente de lo primero lo representa la STS 20 julio 1992, que niega la eficacia de la *derogatio fori* a los Tribunales alemanes, prevista en un contrato de distribución entre una empresa belga y una empresa española, instrumentando incomprensiblemente el examen de la exigencia adicional en el ámbito del *ius*:

“... la cláusula 16ª del contrato de autos se remite principal y en primer término a la aplicación de la legislación alemana y en segundo término a las Cortes de Frankfurt am Main, lo que evidentemente aquella aplicación legislativa condiciona a la sumisión o prórroga de la competencia judicial, (...) pues bien (...) en el presente caso la prórroga de competencia prevenida en la cláusula 16ª del contrato, condicionada por la aplicación de la legislación alemana, no tiene validez por cuanto lo impide el art. 10.5º Cc que exige una conexión con el negocio de que se trate que aquí no existe, puesto que ni por el objeto o materia del contrato ni por las partes intervinientes hay la menor, ni directa ni indirecta, relación con la legislación alemana”²⁷.

En esta misma línea jurisprudencial, igual de reprochable es la SAP Zaragoza 3 abril 2001, negando la validez de la sumisión a los Tribunales ingleses en un litigio doméstico a través de la aplicación del art. 10.5º Cc:

“... es necesario que el Tribunal pueda aplicar una legislación determinada y que el art. 10.5º Cc exige una conexión con el negocio de que se trata, lo que, evidentemente, no concurre con el presente supuesto. Por cuanto ni por el objeto o materia del contrato (compraventa de una perlada ensacada),

²⁵ FJ 7º SAP Madrid 14ª 10 abril 2000 (AC\2009\301).

²⁶ FJ 2º AAP Madrid 14ª, nº 435/2004, de 30 de septiembre (AC\2004\1909).

²⁷ FJ 3º STS nº 790/1992, de 20 de julio (RJ\1992\6440).

ni por las partes intervinientes (compradora domiciliada en Bilbao y la vendedora domiciliada en Zaragoza) hay la mínima relación con la legislación inglesa²⁸.

Por otra parte, no menos censurable fue la línea seguida por un sector de nuestra jurisprudencia en el ámbito de la contratación internacional, amparada en la doctrina del TS sobre el marcado carácter excepcional de las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros, calificando de fraude procesal la *derogatio fori* opuesta por el demandado²⁹. Es lo que sucedería en el caso resuelto por la STS 20 julio 1992, en la que, entre otros motivos, invoca el abuso de derecho para rechazar la *derogatio fori* de las partes, una belga y la otra española, a los tribunales alemanes:

“La doctrina de esta Sala admite la procedencia del olvido de la cláusula contractual de sumisión cuando cumpliendo los preceptos legales de competencia se ejercita la acción ante el Juez natural del demandado, que por ello no pierde interés jurídico en el mantenimiento de la cláusula de sumisión evidentemente establecida en beneficio del demandante, que renuncia a ello en beneficio de la contraparte eliminando desplazamientos y molestias³⁰.”

Se trata del mismo argumento en que se apoya la STS 10 noviembre 1993 para no admitir la cláusula de sumisión a los Tribunales de Corea en un contrato de fletamento:

“... en último extremo, aunque se admitiere que hubo sumisión a los tribunales de otro país podría sostenerse que la demandada Maritime D’Affètement España SA, a quien se emplaza ante los Tribunales de su domicilio, se facilita el derecho de defensa y se le aplica el fuero para él más conveniente, no puede oponer incompetencia de jurisdicción sin que su conducta procesal merezca ser calificada de rayana en el fraude tendente a dilatar la solución del litigio³¹.”

Igualmente la SAP Zaragoza 3 abril 2001 recurriría al abuso de derecho para reforzar el rechazo de la *derogatio fori* a los Tribunales ingleses:

“... si a ello se añade que según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (por todas la S 10 julio 1990) las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros tienen un marcado carácter excepcional y que ningún interés puede tener el demandado domiciliado en esta Ciudad, de acudir a los tribunales ingleses en defensa de sus derechos, se impone en virtud de los anteriormente expuesto declarar la nulidad de la cláusula³².”

²⁸ FJ 2º SAP Zaragoza 2ª 3 abril 20001 (AC\2001\1067).

²⁹ Para un estudio crítico de esta cuestión, vid. F.J. Garcimartín Alférez, “Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho”, *REDI*, nº 2, 1998, pp. 93–119, esp. pp. 111–119.

³⁰ FJ 3º STS nº 790/1992, de 20 de julio (RJ\1992\6440).

³¹ FJ 3º STS nº 1040/1993, de 10 de noviembre (RJ\1993\8980).

³² FJ 2º SAP Zaragoza 2ª 3 abril 20001 (AC\2001\1067).

Más recientemente la SAP Sevilla 4 julio 2014³³, ha seguido este argumento para declarar la nulidad de la cláusula de sumisión a los Tribunales de Turquía en un contrato de fletamento recogida de manera expresa en el conocimiento de embarque:

“Particularmente, en el caso de tener el demandado que plantea la declinatoria el domicilio en España, como ocurre en el caso de autos, dicha Sala se ha pronunciado sin vacilación reiteradamente a favor de la procedencia del olvido de la cláusula de sumisión contractual de sumisión, basándose para ello en la idea del abuso del derecho recogida en el art. 11 LOPJ, manifestando que en estos casos no cabe lo que dicha conducta no puede ser merecedora de protección alguna al rayar en suma el fraude procesal, pues en definitiva el demandado a quien se emplaza ante los Tribunales de su domicilio se les facilita a todas luces el derecho de defensa y se le aplica el fuero para él más conveniente, en estos casos no tiene otra lógica el pedir que se le demande ante un Tribunal extranjero y lejano a su domicilio que la de retrasar y dificultar la acción que contra él se ejercita”³⁴. [A tenor de estas consideraciones, prosigue la AP de Sevilla], “la apelante tiene su domicilio en España, por lo que su pretensión de que el litigio se plantee ante las Oficinas y Tribunales de Ejecución de Estambul no sólo no le supone ventaja alguna, sino que indudablemente dificulta su defensa, por lo que está en el caso de estimar que la declinatoria se interpuso con abuso de derecho prohibido por el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el único propósito de dilatar y dificultar la pretensión ejercida en el presente procedimiento”³⁵.

12. Afortunadamente esta línea jurisprudencial se vería contrapuesta por otra bien distinta que muestra una actitud apropiada en la aplicación del foro de la sumisión desligada de planteamientos anclados en la soberanía del Estado, favorable a limitar la sumisión en ámbitos en los que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos. Se aprecia la tendencia de nuestros jueces y Tribunales a no controlar la exigencia adicional de la conexión de la relación litigiosa con el foro elegido en la contratación internacional, ámbito en el que las partes pueden disponer libremente de sus derechos, donde está garantizado el acceso al proceso en términos de igualdad; e igualmente a no calificar como fraude procesal la mera sumisión a favor de tribunales extranjeros invocada por el demandado domiciliado en España. En esta dirección se inscribe el AAP Cantabria 24 noviembre 1999, cuando señala que hoy en día no puede sostenerse seriamente que una sumisión a unos tribunales extranjeros en materia mercantil ataque la soberanía del Estado o sea contrario sin más al orden público³⁶. Igualmente, debemos traer a colación el *obiter dicta* de la SAP Castellón 26 mayo 1997, admitiendo sin bagajes la *derogatio fori* en el comercio internacional:

³³ SAP Sevilla 5ª, nº 399/2014, de 4 julio (JUR\2014\264770).

³⁴ FJ 1º.

³⁵ FJ 2º.

³⁶ FJ 2º AAP Cantabria 1ª, nº 188/1999, 24 de noviembre (AC\1999\2341).

“... puesto que el art. 22.2º LOPJ admite libremente la cláusula de sumisión expresa cuando el sometimiento es a Juzgados y Tribunales españoles, sería absurdo y perturbador para el tráfico jurídico externo que no la admitiese en cuanto a órganos judiciales extranjeros. Por lo tanto, nada obsta a la eficacia de la repetida cláusula de expresa sumisión, ya que no puede prescindirse de una realidad tan evidente como la de que la creciente globalización del comercio internacional, en suma, la internacionalización del tráfico mercantil es incompatible con posturas radicalmente opuestas a la posibilidad de que, por así constar en el contrato correspondiente, deban los nacionales españoles litigar ante los Tribunales extranjeros”³⁷.

La exigencia de elementos de conexión con el foro escogido iría dejando de ser motivo suficiente para cuestionar la atribución competencial a los órganos judiciales escogidos en el ámbito de la contratación. La intencionalidad de excluir este control queda patente en la última sentencia citada cuando, después de admitir la *derogatio fori* a los Tribunales de Alejandría, apostilla:

“Pero es que, a mayor abundamiento, al mismo resultado se llegaría prescindiendo de la aplicación de tal cláusula. Pues, negada la sumisión, ha de estarse a la regla 1ª del art. 62 LEC, que señala que en los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez competente, en primer término, el del lugar en que deba cumplirse la obligación. En el caso de autos, tratándose de un transporte marítimo, el lugar de cumplimiento no es Castellón por ser el de carga, ni por efectuarse el transporte previo pago del importe del flete, en base a las menciones contenidas a tal respecto en los conocimientos de embarque (*clean on board, freight prepaid*), sino el de destino o entrega de las mercancías, como viene entendiendo la jurisprudencia (SSTS 10 marzo 1993 y 13 octubre 1993), incluso en aquellas de sus resoluciones que, por diversos motivos, sostienen la competencia de los Tribunales extranjeros, como la citada de 10 noviembre 1993. Con arreglo a este criterio, y aun en el negado caso de que no se otorgara virtualidad a la sumisión expresa a los Tribunales de Alejandría, a la misma conclusión conduciría la estricta aplicación del indicado art. 62.1º LEC, lo que también abocaría a la desestimación del recurso”³⁸.

Más directo, si cabe, es el AAP A Coruña 13 diciembre 2015, al admitir sin rodeos la sumisión a los tribunales de la ciudad de Buenos Aires en un litigio que versaba sobre un contrato de préstamo entre dos nacionales argentinos, a pesar de tener el demandado su domicilio en España:

“Es clara pues la validez de la sumisión expresa de las partes contratantes a los Juzgados o Tribunales españoles, por tanto lo que se plantea en el presente caso es si cabe la aceptación de la posible sumisión a la jurisdicción de Tribunales extranjeros, una vez que se presenta la demanda ante Tribunales españoles, siendo demandado una persona de nacionalidad extranjera con domicilio en España, a través de la declinatoria de jurisdicción. Por todo lo antes expuesto, el recurso de apelación (...) no puede ser estimado en cuanto no estamos ante un pleito que cae sobre materias cuyo conocimiento compete exclusivamente a los Tribunales españoles, y las partes contratantes, de nacionalidad argentina, libremente estipularon en el contrato suscrito en Argentina, cláusula de sumisión expresa a los

³⁷ FJ 4º SAP Castellón 1ª, nº 233/1997, de 26 de mayo (AC\1997\1343).

³⁸ FJ 5º SAP Castellón 1ª, nº 233/1997, de 26 de mayo (AC\1997\1343).

tribunales de la ciudad de Buenos Aires, cuya validez y eficacia no se cuestiona, siendo de tal modo la solución dada en la resolución apelada acorde con nuestro ordenamiento jurídico³⁹.

Por otra parte, pero en íntima conexión con lo anterior, se aprecia también la tendencia en nuestros tribunales a no apreciar la existencia de abuso de derecho de la invocación de la *derogatio fori* por el demandado domiciliado en España. Es preciso que nos refiramos a este respecto al AAP Madrid 16 enero 2012, pues, aun cuando se trate de un litigio en el marco del RBI, su *ratio decidendi* es extensible también a la LOPJ:

“Respecto al pretendido abuso en la utilización de la declinatoria internacional por la parte code mandada domiciliada en España, este argumento supondría sin más negar eficacia a las cláusulas de sumisión con el único fundamento de que el demandado se encuentra domiciliado en España. Por otro lado la codemandada (...) es una sociedad danesa y precisamente nos encontramos ante un sector en el que la introducción de este tipo de cláusulas es habitual, tanto por la diversidad del propio tráfico marítimo, de las sociedades que intervienen, domiciliadas en muy diversos países, como por la preferencia de aplicación de un régimen legal al que las partes se someten también, como es el de la legislación inglesa. Este aspecto, el del interés legítimo en acudir a los tribunales del Estado a cuya legislación las partes se someten también, es destacado en la SAP Madrid 17 mayo 2005. En definitiva, la pretensión de establecer un régimen común en relación a los tribunales competentes y la legislación aplicable a cuantas cuestiones se susciten derivadas de la relación contractual atendiendo a los usos del sector del comercio internacional en el que nos encontramos no puede considerarse abusiva⁴⁰.

c) Derecho de la persona y la familia

13. Como se ha indicado antes, si existe un sector que exige una especial cautela en la valoración de los acuerdos de sumisión, equilibrando lo que sean correctas actuaciones procesales vinculantes al pacto de sumisión con la prohibición de toda manipulación o elección interesada de un foro, éste no es otro que el que se refiere a las relaciones familiares en sentido amplio. Aquí el control se justifica en que este núcleo de cuestiones trascienden el ámbito de los intereses particulares, involucran intereses generales que no pueden ser confiados exclusivamente a los sujetos de la relación. La posición de nuestra jurisprudencia en este ámbito se escribe también con más sombras que luces. Desde la perspectiva de la *prorrogatio fori*, es cuestionable la técnica de algunas decisiones en la apreciación del límite de la conexión entre el supuesto litigioso y nuestro ordenamiento, sustentada en razones de orden público vinculadas a la idea de soberanía. No en vano existe la tendencia en nuestra jurisprudencia a identificar en el plano internacional el carácter excepcional que se infiere de la sumisión en el plano interno. Se trata de una posición insostenible en la medida en la que del

³⁹ FJ 2º AAP A Coruña 4ª, nº 141/2005, 13 de diciembre (JUR\2006\13046).

⁴⁰ FJ 2º AAP Madrid 28ª, nº 5/2012, 16 de enero (AC\2012\437).

mismo modo que la apreciación de este límite no exige que la conexión con nuestros Tribunales deba tener la misma fuerza, en clave de proximidad, de las que se recogen en los foros especiales de competencia, tampoco debe exigirse la misma vinculación que recogen los foros indisponibles a nivel de tráfico interno. En efecto, el descarte de las conexiones previstas en el art. 22.3º y 4º LOP en la valoración de la exigencia resultaba evidente, so pena de imposibilitar a la propia sumisión expresa del art. 22, pues quedaría desprovista de contenido. Pero a este descarte no le ha de acompañar, como hacen algunos jueces y Tribunales, una correlación estricta con las conexiones previstas en los foros de competencia judicial interna. Estas conexiones juegan un importante papel siempre a condición de que no se correspondan con las consagradas a nivel internacional y, lo que es más importante, que no se les atribuya un carácter que apunte hacia su exclusividad. La razón es fácil. Pues de no concurrir estos dos requisitos, lo que es un límite a la *prorrogatio fori* a nuestros Tribunales para la prevención de posibles fraudes en ámbitos en los que por la naturaleza no disponible de los derechos que en los mismos se ventilan y del interés público que en los mismos suele estar presente, se convierte en un riesgo de vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

Este efecto contrario está presente en algunas decisiones de nuestra jurisprudencia que asignan en este extremo un carácter rigurosamente excepcional a la sumisión, dejando desprovista de relevancia a cualquier otra conexión distinta de las contempladas entre los criterios de competencia directa en el plano interno. Un claro exponente de este camino erróneo nos lo ofrece el AAP Albacete 28 mayo 2001, al basar el rechazo a la admisión de la *prorrogatio fori* para conocer de la demanda de divorcio de un español y un extranjero, ambos sin residencia España, en la no concurrencia de ninguno de los criterios retenidos por los foros de competencia territorial:

“(…) al mediar sumisión expresa por parte de ambos cónyuges a los Juzgados españoles, éstos tienen competencia para conocer de la demanda de divorcio de mérito, aunque no concurren las circunstancias referidas en el antedicho art. 22.3º. Ahora bien, sentado ello, la cuestión se contrae ya a determinar qué concreto Juzgado español es competente para conocer de dicha demanda. Y a la vista de lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, es meridiano que no lo es el Juzgado de Casas I dado que no concurren las circunstancias que antedicho precepto señala para que pueda ser competente el aludido Juzgado. Sin que sea óbice para dicha conclusión, ni el hecho de la existencia de la sumisión expresa, ni que la aplicación del precepto comporte una limitación del derecho a acudir a los Tribunales españoles, pues los términos de la susodicha disposición adicional son inequívocos (se dice en ella que son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma) y de aplicación inexcusable por razones de orden público”⁴¹.

⁴¹ FJ único AAP Albacete 1ª, nº 65/2001, de 28 de mayo (JUR/214783).

Igualmente se ha de traer aquí la SAP Málaga 10 marzo 2004, que revoca la resolución de instancia que estimaba la declinatoria en una demanda de separación presentada por una española domiciliada en España contra su marido, un ciudadano argentino domiciliado fuera de nuestro país. Más allá que la Audiencia reprueba al Juez de instancia haber basado su incompetencia en las normas de competencia territorial sin hacer mención expresa alguna al foro especial del art. 22.3º LOPJ, lo que interesa a este estudio es su razonamiento en el caso hipotético de que hubiera mediado sumisión expresa. En este punto la AP de Málaga no encuentra más márgenes para el juego de la autonomía de la voluntad de las partes que las conexiones contempladas entre los criterios de competencia directa a nivel territorial:

“... dispone el art. 22.2º de la Ley Orgánica como primer punto de conexión de carácter general para la atribución de jurisdicción que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados y Tribunales españoles (...), recogiendo en los arts. 57 y 58 la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la normativa relativa a la sumisión expresa o tácita de las partes, normativa ésta que colisionaba frontalmente con el contenido de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 30/1981 al disponer en su párrafo final que “son nulos los acuerdos de las partes que alteran lo dispuesto en esta norma” y que en los mismos términos establece el vigente art. 769.4 de la Ley 1/2000, de lo que se colegía que solamente los pactos que pudieran establecerse entre los cónyuges sobre este particular serían válidos y eficaces si no eran contrarios a los criterios determinantes de la competencia territorial que, con carácter inderogable por la voluntad de las partes, enumeraba la Disposición Adicional 3ª, fuero general que, como veremos, en el presente caso objeto de debate, no sería en ningún caso el aplicable”⁴².

De este modo, descartando las conexiones de la competencia territorial coincidentes con las previstas en el art. 22.3º LOPJ, solo quedaban tres criterios a los que de añadirse la sumisión de los interesados harían internacionalmente competentes a nuestros Jueces y Tribunales: el último domicilio conyugal del matrimonio, el *forum presentiae* y el domicilio en España del actor no nacional español.

De las consideraciones anteriores, resulta evidente que la exigencia de la vinculación de la relación litigiosa con el foro elegido, en cuanto límite para la prevención de posibles fraudes, debe ser siempre proporcionada al fin que persigue. De lo contrario, como se acaba de indicar, se ocasiona el efecto contrario, comportando un riesgo susceptible de vulnerar el art. 24.1º CE. Esta consideración justifica, desde el plano absolutamente técnico, el rechazo a transponer sin más la indisponibilidad de los foros a nivel de tráfico interno al ámbito internacional. El carácter excepcional de la sumisión puede y debe constituir una guía hermenéutica en el ámbito internacional, pero atendiendo siempre los factores diferenciales que caracterizan a uno y otro ámbito. En este orden de cosas, existen otras

⁴² FJ único AAP Málaga 28ª, nº 77/2004, 10 de marzo (JUR\2004\142502).

conexiones relevantes que no encontrándose entre los criterios de competencia directa a nivel interno, sin embargo, adquieren un peso específico considerable cuando acompañan a la sumisión de los interesados⁴³. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito matrimonial en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, o en la nacionalidad española del demandante o del demandado. Estos criterios no poseen una *vis atractiva* suficiente para determinar autónomamente la CJI de nuestros jueces pero si acompañan a la sumisión permiten que el límite necesario al *forum shopping*, sea proporcional al fin que persigue, preservando a los interesados el derecho a la tutela judicial. Precisamente, esta tesis la recoge el AAP Madrid 21 febrero 1997 para revocar la decisión de instancia que había rechazado una solicitud de divorcio consensual sometida a su consideración no teniendo los cónyuges su residencia en España y siendo uno de ellos nacional español. Dejando a un lado el tratamiento lamentable de algunas cuestiones (uso del foro de la sumisión en procesos de jurisdicción voluntaria, relación jerarquía entre los foros generales y especiales y la consideración del foro especial del art. 22.3º LOPJ como una concreción de la *prorrogatio fori*), la Audiencia suaviza el carácter rigurosamente excepcional de la sumisión, permitiendo la operatividad de la *prorrogatio fori* mediante la toma en consideración de otros contactos con el sistema jurídico español, distintos de los contemplados entre los criterios de competencia directa en el plano interno:

“En consecuencia, y en las antedichas hipótesis de no residencia actual de ninguno de los litigantes en nuestro país, debe acudirse a los foros judiciales representados ya por el último domicilio común en España de los mismos, o el de cualquiera de ellos, y de no existir tales criterios de conexión al lugar de celebración del matrimonio, y, en último término, la de su inscripción registral, lo que determinaría, por la radicación del Registro Civil Central, la competencia de los Juzgados de Madrid”⁴⁴.

14. Por último, al contrario de la dimensión anterior, las luces de nuestra jurisprudencia se halla en la apreciación que, desde la perspectiva de la *derogatio fori*, realizan nuestros Tribunales, a nivel de competencia directa e indirecta, en la apreciación del límite de la vinculación entre el supuesto litigioso y el foro extranjero escogido. La razón es que, a nivel de competencia directa, nuestros Jueces acuden a las mismas coordenadas que han ido estableciendo para valorar la competencia de los Tribunales extranjeros cuando se trata de reconocer una sentencia foránea. Esta técnica no supone una bilateralización del exequátur cuanto una homogeneización de criterios consustanciales a la lógica del sistema.

⁴³ Vid. J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema de Derecho internacional privado español*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 214–227.

⁴⁴ FJ 2º AAP Madrid 22ª, de 21 de febrero (AC\1997\234).

Un ejemplo palmario nos lo ofrece el siguiente *obiter dicta* de la ya citada SAP de Barcelona de 1 abril 2003:

“El Tribunal Supremo, en auto de 16 mayo 2000, ha destacado como la verificación de la concurrencia de los foros de competencia judicial internacional subyace la finalidad de admitir dicha competencia, cuando se persigue la homologación de una resolución, más entendemos que aplicable como doctrina general en función de un criterio de proximidad con el objeto del proceso, que permita tanto garantizar los derechos y garantías procesales, evitando litigios ante órganos jurisdiccionales que por su desconexión con la materia litigiosa sitúan en posición de indefensión a la parte demandada, como impedir el éxito de actuaciones fraudulentas de las partes, buscando interesadamente foros de favor o de conveniencia que les aseguren la aplicación de normas materias más favorables o ventajosas”⁴⁵.

De este modo, confirma la decisión del juez *a quo* que estimó la declinatoria de jurisdicción por falta de competencia para conocer de una demanda de guarda y custodia señalando como determinantes del pronunciamiento tanto la sumisión del actor en la causa principal a los Tribunales de Ecuador como el domicilio de la menor en ese país:

“Entendemos, en justa aplicación de la doctrina antes expresada que la propia conducta del recurrente determinó la competencia de los tribunales ecuatorianos, dado su actuación voluntaria y libérrima ante los mismos considerando que justamente al contrario de lo expresado por éste, resulta ser la causa alegada ante los tribunales españoles la que trata de desnaturalizar y alterar un fuero reconocido por él mismo al fijar el domicilio de su pareja e hija y sin que sean atendibles las protestas sobre la indefensión que para el mismo causaría el conocimiento de esta causa por los Tribunales de Ecuador atendidos los diferentes principios procesales que rigen en los dos países dado que no existe causa objetiva previa que permita dudar de las garantías procesal otorgadas en aquella Nación para él mismo y a las que se sometió (...). Al mismo tiempo y por las mismas razones rechazamos los argumentos que sitúan, en el momento de presentarse la demanda, la residencia habitual de la menor en España, atendidos los antecedentes expuestos y que el lugar en el que deben cumplirse las obligaciones derivadas del presente litigio es la ciudad de Barcelona, por las mismas razones”⁴⁶.

III. El nuevo marco normativo

15. Lo primero que conviene indicar antes de abordar el estudio del reciente sistema autónomo de CJI es que el legislador español se inspira de nuevo en un texto supranacional para articular su estructura, tomando esta vez como *ratio scripta* de la reforma el Reglamento nº 1215/2012 (RB I *bis*). Por ello, a excepción del foro de necesidad (art. 22.3º *octies*), utiliza una estructura de los foros de competencia bastante similar: foros de competencias exclusivas (art. 22), foro de la sumisión expresa y tácita (art. 22 *bis*), foro del domicilio del demandado y

⁴⁵ FJ 3º SAP Barcelona 18ª, de 1 abril 2003 (AC\2003\1120).

⁴⁶ FJ 4º.

el foro de conexidad en caso de pluralidad de demandados (art. 22 *ter*), foros especiales neutros y de protección en el ámbito la persona, la familia, la sucesión (art. 22 *quáter*) y el derecho patrimonial (art. 22 *quinques*), y, por último, un foro especial para medidas provisionales (art. 22 *sexies*). Por otra parte, como novedad frente a la redacción de 1985, el legislador determina la incompetencia de los Tribunales españoles en este sector “si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de las leyes españolas, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales” (párrafo primero del art. 22.3º *octies*), e incluye un foro de necesidad en el párrafo segundo de este último precepto:

“Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”.

Siendo necesaria una reforma en profundidad de la autonomía de la voluntad en el sector de la CJI de fuente interna, la sensación inicial de una ordenación más detallada que incorpora la LO 7/2015, en lo que respecta a la sumisión expresa y tácita, parece positiva. En un plano general, es lo que sugiere, por ejemplo, el art. 22 *octies* al ofrecer una respuesta de la cuestión intertemporal en el plano de la CJI a través de la *perpetuatio iurisdictionis*:

“Los Tribunales españoles apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con las normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de presentación de la demanda, y el proceso se sustanciará hasta su conclusión aunque dichas normas o circunstancias hayan sido modificadas con posterioridad, salvo que expresamente se determine lo contrario”.

De este modo, la eficacia procesal de una cláusula de elección de foro vendrá siempre determinada por el momento de la presentación de la demanda, haciendo indeclinable la competencia del Tribunal español ante cualquier cambio en el art. 22 *bis*, una vez que comenzó a conocer del asunto. En el caso de la sumisión tácita, la respuesta a esta cuestión resultará a partir del momento de la contestación a la demanda. Por otro lado, ya en un plano específico, el tratamiento más detallado de la sumisión expresa y tácita, previsto en el nuevo art. 22 *bis* y los numerales cuarto y quinto del art. 22 *ter*, ha de acogerse también de manera positiva al regular determinados aspectos antes preteridos: la determinación de la existencia de la sumisión expresa y tácita en el sector de la CJI (apartado segundo y tercero del art. 22 *bis*), y el régimen jurídico de la sumisión expresa (condiciones de admisión, límites y efectos). Sin embargo, una lectura más profunda y meditada de las normas reformadas conduce a una valoración de signo contrario. Como se verá, el estudio de la reforma en este ámbito lamentablemente no aporta más luces que sombras. Revela más deficiencias que aciertos, que tienen un origen común en la mala técnica normativa del legislador en la ordenación de estos dos tópicos de nuestro sistema autónomo.

1. La sumisión tácita

A) Relación con los foros exclusivos

16. La sumisión tácita sigue configurándose como la piedra angular del sistema autónomo español. La reacción del demandado es la que va a dar la clave de la auténtica extensión de la jurisdicción española en el ámbito civil, pues tendrá la posibilidad de prorrogar la competencia de nuestros tribunales no solamente en materias (persona, familia, sucesiones, contratos de consumo y seguros) en las que podría no haber la *prorrogatio fori* por acuerdo de elección, sino también cuando el objeto del juicio fuese de la competencia exclusiva de una jurisdicción extranjera siempre que no venga establecida por convenio internacional o norma de origen europea. Como se verá más adelante, el legislador no resuelve este problema, sin que tenga cabida tampoco la doctrina del denominado efecto reflejo de las competencias exclusivas, de nulo “reflejo” en la jurisprudencia española.

17. En lo que concierne a su relación con los foros exclusivos previstos en el art. 22 LOPJ, pudiera entenderse que la reforma incorpora la estructura jerárquica del RBI *bis*, si bien con la particularidad de que el peso de todo el sistema recae no en los foros de competencia exclusiva, sino en la sumisión tácita. Esta es la impresión que ofrece la lectura del numeral tercero del art. 22 *bis*:

“Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”.

A primera vista la literalidad del precepto parece que esté atribuyendo CJI a nuestros Tribunales sin más límites que el objeto de la comparecencia del demandado sea la impugnación de nuestra jurisdicción. Los Tribunales españoles resultarán competentes con independencia de “los casos en que su competencia resulte de otras disposiciones”, por tanto de los casos previstos en el art. 22 (foros de competencia exclusiva), art. 22 *bis* (sumisión expresa), art. 22 *ter* (domicilio del demandado), art. 22 *quáter* (foros especiales en materia de persona, familia y sucesión) y art. 22 *quinqües* (foros especiales en materia patrimonial). Da la sensación, por tanto, que el foro de la sumisión tácita prevalece sobre el resto de criterios de atribución, incluidos los criterios establecidos en el art. 22 LOPJ que hacen competentes con carácter exclusivo a nuestros jueces. Por otra parte, tampoco ayuda a contradecir esta interpretación la redacción que recibe el primer párrafo del art. 22 *bis*, al limitarse únicamente a confirmar que

“... (e)n aquellas materias que una norma expresamente lo permita (lo que hace el numeral tercero del art. 22 bis), los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido tácitamente a ellos”.

En puridad, esta interpretación literal se ha de descartar al no responder a la lógica del sistema, en la medida en la que la naturaleza necesariamente unilateral de las reglas nacionales reguladoras de la CJI impide la ordenación jerarquizada de los foros de competencia. A diferencia de las reglas bilaterales institucionales/convencionales, aquéllas no tienen otra función que la atribución de la CJI a los Tribunales españoles. Al tratarse de normas unilaterales, lo cierto es que cualquiera de los foros atribuye, por igual, CJI a los Tribunales españoles. Esta es la razón por la que el art. 22 *bis* copia parcialmente el art. 26 RB I *bis*, omitiendo el límite de las competencias exclusivas previsto en el precepto europeo. La referencia a este límite en la norma interna quedaría desnaturalizado, pues tendría un sentido diferente del que posee en la norma europea. En esta última el límite no es otro que advertir de la existencia de otra jurisdicción exclusivamente competente dentro del contexto europeo. Por el contrario, en el contexto del sistema autónomo, su incorporación supondría aceptar la estructura jerarquizada de los foros de competencia, negando la relación de alternatividad entre los foros exclusivos y el foro general de la sumisión tácita. De este modo, se diría que si los Tribunales españoles pueden conocer de un litigio relativo a un contrato de compraventa, bien porque éste se ejecute en España, bien porque el demandando tiene su domicilio, bien porque se someten expresa o tácitamente las partes. No cabría decir lo mismo con las materias del art. 22 LOPJ, pues un Tribunal español puede ser internacionalmente competente solo a través de este precepto para conocer de una acción sobre un contrato de arrendamiento de un bien inmueble que se halle en España. Pero el defecto de una interpretación literal es que no toma en cuenta la estructura del sistema, pues olvida, de una parte, que las normas de CJI del DIPr autónomo son normas generales que no afectan a la competencia territorial, pues su finalidad no es otra que la de establecer si resultan o no internacionalmente competente los Tribunales españoles. Y, de otra parte, que la relación entre los foros exclusivos y la sumisión tácita está garantizada a través de las normas de verificación de la CJI y territorial, e igualmente por la adaptación de los foros de competencia del art. 22 LOPJ con los foros de competencia territorial al recoger el mismo criterio atributivo⁴⁷. Por ello, más allá de que el art. 22 LOPJ sea de difícil aplicación por la aplicabilidad directa del art. 24 RBI *bis* —a excepción de materias, como la validez de las inscripciones en el Registro civil—, es improbable que se repitan situaciones del tipo que motivaron la STS 11

⁴⁷ Vid. C. González Beilfuss, “La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 339–363, esp. p. 350.

febrero 2002⁴⁸, confirmando la CJI de los Tribunales españoles por sumisión tácita del demandado para conocer de una acción de reclamación en un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en España. Si bien, ello se debió a la ausencia de normas de verificación de oficio de la CJI y la utilización de la entonces excepción dilatoria de falta de jurisdicción por el demandado.

B) Flexibilización de la noción

18. La gran novedad de la reforma es que integra las lagunas de la anterior regulación, que carecía de reglas precisas en este ámbito. Desde esta óptica, el numeral tercero del art. 22 *bis* define la sumisión tácita en los mismos términos que el art. 26 RB I *bis*, o sea, cada vez que el demandado comparece realizando cualquier acto que no sea impugnar la competencia:

“Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”.

Esta nueva redacción habilita una interpretación más flexible de la sumisión tácita frente a la rigidez que posee este fuero en el plano de la competencia judicial interna (art. 56.1º LEC), que la jurisprudencia venía aplicando analógicamente al plano internacional. De este modo, nuestros jueces y Tribunales entendían existente una sumisión competencial tácita por parte del demandado que después de personado en juicio efectúe cualquier conducta que no sea la de proponer en forma la declinatoria, bien porque se contesta o reconviene la demanda (STS 27 octubre 2005)⁴⁹, o simplemente por solicitar una ampliación del plazo para contestar o la suspensión del procedimiento (STS 1 abril 2003)⁵⁰.

⁴⁸ STS nº 97/2002, de 11 de febrero (RJ\2002\3107).

⁴⁹ FJ 1º STS nº 863/2005, de 27 de octubre (RJ\2005\8153): “En el presente caso, en conclusión, la parte demandada ha contestado a la demanda y en los fundamentos de derecho ha incluido, como uno de ellos, el primero, la excepción de declinatoria por falta de competencia, con esta formulación literal y en ella ha planteado la declinatoria internacional. Pero no la ha formulado como debía haberlo hecho, como incidente previo, lo cual significa que se ha producido una sumisión tácita a la jurisdicción española y competencia del Juzgado ante el que fue presentada la demanda. Por ello, se desestima el motivo primero, que no hace más que insistir en la falta de jurisdicción de los Jueces y Tribunales españoles”.

⁵⁰ FJ 1º STS nº 344/2003, de 1 de abril (RJ\2002\3107): “resulta diáfano, según las actuaciones practicadas, que la empresa italiana se sometió, al menos, tácitamente, a los Juzgados y Tribunales españoles por lo que éstos son competentes para conocer del presente litigio, según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 22 LOPJ, dado que la falta de legitimación pasiva que alegó, no equivale a ninguna excepción de falta de jurisdicción sino que, precisamente, arguye la aceptación de la Jurisdicción ante la que se esgrime”.

Dicha rigidez contrasta con la flexibilidad en la interpretación de la sumisión tácita en alguna decisión aislada, que siguiendo a la normativa europea, había llegado al mismo objetivo que busca el nuevo art. 22 *bis*: la voluntad real de sumisión. Un exponente de esa nueva tendencia en nuestra jurisprudencia se encuentra en la SAP Islas Baleares 27 noviembre 2000, interpretando la referida institución en los siguientes términos:

“Siendo cierto que el Tribunal Supremo tiene dicho que existe sumisión tácita de la parte demandada cuando, después de personada en el juicio, hiciera cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria – STS 21 diciembre 1987–, considerándose bastante al efecto de producirla y por constituir o implicar una gestión a esos efectos, el mero hecho de solicitar la prórroga para contestar a la demanda –SSTS 11 febrero 1981, 9 mayo 1983, 25 de septiembre y 29 octubre 1987, entre otras–, no lo es menos que también tiene proclamado en más recientes resoluciones que la sumisión tácita, no ha de interpretarse con rigorismo formal, sino con la necesaria adecuación que la realidad jurídica material y procesal presente y en consonancia con el ideario que se recoge en el art. 24.2º CE –SSTS 23 marzo 1991 y 23 febrero 1993–, y de ahí que le asista razón al juzgador de instancia al considerar que no es razonable exigir a los demandados el planteamiento de la declinatoria sin antes conocer, al menos formalmente, los términos de la demanda. Pero es que, además, no puede olvidarse que nos encontramos ante una declinatoria internacional, y en la interpretación del art. 18 Convenio de Bruselas, ratificado por España por el Convenio de San Sebastián de 26 mayo 1989, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene reiteradamente declarado que lo debe ser “en el sentido de permitir al demandado impugnar no sólo la competencia, sino presentar al mismo tiempo y a título subsidiario, defensas de fondo, sin que por ello pierda el derecho de promover la excepción de incompetencia y se entienda sumisión tácita” –SSTJCE 22 octubre 1981, 31 marzo 1982 y 14 julio 1983, por todas–, lo que supone que sólo cuando el demandado comparece a los solos efectos de defenderse respecto del fondo o cuando, junto con las alegaciones de fondo, alega subsidiariamente la incompetencia internacional, habrá de considerársele sometido tácitamente ex art. 22 LOPJ, y en el caso formularon los demandados la declinatoria antes de contestar la demanda y por ello no puede entenderse que se sometieron tácitamente a los juzgados de esta capital. En este sentido se regula la declinatoria internacional por primera vez en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer “que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional...” –art. 39– y que “la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (...)” –art. 64–. Por todo lo expuesto procede desestimar el motivo”⁵¹.

19. Asimismo, otro dato significativo es que, al contrario de lo que sucede con la *prorrogatio fori*, el numeral tercero del art. 22 *bis* no establece ninguna limitación en la operatividad del foro de la sumisión tácita, dando a entender que no resulta exigible una mínima proximidad del litigio con el ordenamiento jurídico español para que resulten competentes nuestros Tribunales a través de este instituto. Sin embargo, esta consideración ha de hacerse con matices, en la medida en la que, como toda regla de competencia judicial, el foro de la sumisión tácita no es ajena al límite general que puede derivarse del fraude procesal, previsto en los arts. 11.2º LOPJ y en el art. 247 LEC. Teniendo en cuenta este dato, el juez debe advertir cuando las partes recurren intencionadamente a la sumisión tácita desna-

⁵¹ FJ 2º SAP de Islas Baleares 3ª, nº 771/2000, de 27 de noviembre (JUR\2001\52945).

turalizando su función, como es evitar que surja una cuestión de competencia. En particular, se estará en presencia del fraude de ley, cada vez que la consecuencia de la conducta procesal de las partes, que origina la sumisión tácita, no es otra que la de prorrogar la competencia de nuestros Tribunales, evitando con ello la limitación que les hubiera impedido conocer a través de la sumisión expresa. Sostener lo contrario llevaría a desproveer de contenido a la limitación de la *prorrogatio fori* recogida en el numeral primero del art. 22 *bis*. Por ejemplo, tratándose de litigios relativos a materias contempladas en el art. 22 *quáter*, la sumisión tácita sería entonces la vía de escape a través de la cual las partes lograrían de manera encubierta la CJI de nuestros Tribunales cuando no exista ningún otro vínculo con nuestro ordenamiento⁵². En estos casos, el fraude procesal deberá ser apreciado de oficio, *ex art.* 247.2º LEC, siempre que se trate de algún litigio al que alcance la limitación prevista para el caso de *prorrogatio fori*, esto es, cuando carezca de alguna conexión significativa con el ordenamiento español.

C) Comprobación de la competencia judicial internacional

20. Queda por poner de relieve dos cuestiones atinentes al juego de la nueva norma reguladora con la regla de comprobación de la CJI prevista en el art. 36.2.3º LEC. La primera tiene que ver para el caso en que el demandado emplazado en debida forma no se persone, toda vez que la nueva definición en el art. 22 *bis* LOPJ cierra la posibilidad de transponer al plano internacional el supuesto contemplado en el párrafo segundo del art. 56 LEC⁵³, considerando tácitamente sometido el demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria. Tal inviabilidad ha de ser bien recibida en la medida en la que, siguiendo en este punto a los profesores J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo⁵⁴, evita el *forum actoris* exorbitante al que daría lugar dicha transposición, vulnerando el derecho fundamental de defensa del demandado ante la carga irrazonable de tener que personarse.

21. La segunda cuestión atañe al caso en que el demandado comparece para impugnar la CJI mediante declinatoria, teniendo que apoyar su razonamiento sobre los dos pilares que parecen establecer los arts. 36.1º, 39 y 63 LEC⁵⁵. El deman-

⁵² Vid. a este respecto en el ámbito matrimonial R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 40–47.

⁵³ Introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, BOE 4.11.2009.

⁵⁴ *Id.*, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2013, p. 105.

⁵⁵ Vid. J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008, pp. 312–314.

dado deberá argumentar, con base en las disposiciones de fuente nacional, institucional y convencional, que el asunto cae fuera de los límites de la jurisdicción española (art. 36.1º LEC) y que el conocimiento de la demanda corresponde a un tribunal extranjero (art. 63.1º LEC). Esta última condición resulta técnicamente incomprensible en el marco del sistema autónomo. Si el demandado decide no colaborar, el Juez podrá basar su abstención únicamente en su incompetencia (párrafo tercero del art. 22 *octies*). En cambio si el demandado colabora viene obligado a acreditar ante el Juez (al menos en apariencia) que existe otro tribunal extranjero con competencia internacional para conocer de la demanda. El art. 63 LEC dice literalmente que “(p)odrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros” y, a mayor abundamiento, el art. 65 LEC añade que el Juez habrá de sobreseer el proceso si “entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado”. El legislador, en lugar de establecer los cauces racionales para la aplicación de su Derecho autónomo, está obsesionado por el sistema institucional europeo e introduce en este plano una condición que sería lógica en ese ámbito y que resulta totalmente inconveniente en éste. En cualquier caso hay que tener muy presente que la prórroga de la jurisdicción solo depende de la voluntad de las partes; que el sistema español puede aceptar o rechazar la atribución de CJI que le confieren los particulares pero que no puede imponerla y que el hecho de que no exista un tribunal extranjero competente no confiere por sí solo jurisdicción a los tribunales españoles, ni obliga al demandado a someterse a la jurisdicción española por esta vía.

2. *La prorrogatio fori*

A) Concepto

22. Una de las novedades de la reforma es la de incluir en el plano internacional la definición de la sumisión expresa. De la combinación del numeral primero y segundo del art. 22.1º *bis*, el legislador entiende por sumisión expresa los acuerdos, pactados por separado o en un contrato independiente del principal, por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual o no contractual. Más allá de que las partes puedan pactar también la prórroga a nuestros Tribunales respecto de otras materias que no tienen precisamente naturaleza contractual o no contractual (*v.gr.*, las materias que afectan a la persona y la familia), la inclusión de la definición en el plano internacional ha de ser bien acogida, en la medida en que evita los problemas de la aplicación analógica de las reglas establecidas al

respecto en el ámbito de la competencia interna; como sucede con la prohibición de la designación genérica de los Tribunales españoles prevista del art. 55 LEC (art. 57 LE/1881), incompatible con la especificidad del tráfico internacional⁵⁶. Esta novedad, sin embargo, contrasta con la confusión que genera el tercer apartado del art. 22.2º *bis* LOPJ al tratar de los acuerdos de sumisión expresa contenidos en los escritos de demanda y contestación a la demanda:

“Se considerará igualmente que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación dentro del proceso iniciado en España, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra”.

Como bien apunta el CGPJ⁵⁷, este último apartado no se distingue de la sumisión tácita en la medida en la que deduce la existencia de un acuerdo de sumisión expresa del comportamiento de la parte demandada, quien, al no negar la existencia del acuerdo afirmado por la parte demandante, estaría aceptándolo.

B) Alcance material

23. Como se ha visto antes, la anterior regulación presentaba importantes lagunas en relación con la sumisión expresa, entre las que se encontraban las condiciones de admisión y los límites para la atribución de competencia a los Tribunales españoles. Desde la perspectiva de la *prorrogatio fori*, la admisión de la sumisión se efectúa en la reforma a través de una regulación oscura y de dudosa técnica jurídica. Sorprende ya el comienzo del numeral primero del art. 22 *bis* –“En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa (...) a ellos”–, en tanto que invierte la posición tradicional del juego de la sumisión expresa en nuestro sistema procesal. Si en el RBI *bis* se permite la sumisión en todo lo que no sea materia de competencia exclusiva y se atempera en relación con los supuestos tutelados, aquí todo lo que no esté permitido parece estar prohibido. En principio podría resultar lógico este giro, puesto que las materias contempladas en la normativa autónoma abarcan un elenco mayor que las incluidas en el texto institucional y, en algunas de ellas, podrían prohibirse o limitarse el juego de la autonomía de las partes en la selección de foro. No obstante, hubiese sido preferible admitir la libertad como regla general, con independencia del domicilio de las partes, y catalogar después las excepciones, como pretende el inciso siguiente del numeral primero:

⁵⁶ Vid. A. Rodríguez Benot, *op. cit.*, pp. 85–86.

⁵⁷ Vid. “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, p. 96 (cit. en nota nº 11).

“No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los arts. 22 *quáter*, 22 *quinquies*, 22 *sexies* y 22 *septies*, (...) en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”.

Por otra parte, el art. 22 *bis* LOPJ supedita la admisión de la sumisión expresa de las partes a nuestros Tribunales a condición de que sea únicamente: “En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita”. Si nos preguntamos sobre el alcance de esta condición, la duda que surge es a qué normas se está refiriendo el legislador, bien a normas previstas en la LOPJ y fuera de ella, bien a la exigencia de una norma especial de rango legal que especifique dichas materias. Por supuesto, se ha de rechazar esta segunda opción, al no casar bien con la función de la LOPJ⁵⁸, que es precisamente determinar cuándo cabe la sumisión a nuestros Tribunales. Lo que nos lleva a acoger la primera opción, tal como corrobora la misma naturaleza procesal de la cláusula de sumisión⁵⁹. En efecto, las cláusulas de atribución de competencia tienen, al alimón, una naturaleza contractual por su origen, en la medida en que son producto de la voluntad de las partes, por lo que su existencia y validez plantea cuestiones propiamente de carácter material; y una naturaleza procesal por su objeto, en la medida en que las partes pretenden prorrogar y/o derogar con ellas la CJI de los Tribunales de un Estado, por lo que la posibilidad de que estos efectos se produzcan es un problema de carácter procesal. Por lo tanto, si las normas procesales determinan la admisibilidad o no de la *prorrogatio fori* es una cuestión que lo determina la ley procesal española (*lex fori regit processum*). En cuyo caso, con esta condición (admisión por una norma que expresamente lo permita) el legislador está haciendo referencia a las limitaciones previstas en la propia LOPJ —que se analizarán a continuación—, y a las limitaciones que se encuentren fuera de la LOPJ, tal como acontece en materia concursal a través de la remisión genérica que realiza el art. 22 *septies* a su legislación reguladora.

24. La regulación de los límites a los que está sometida la eficacia prorrogatoria del acuerdo de elección a los Tribunales españoles se halla también en el primer apartado del art. 22 *bis* cuando acto seguido dispone:

⁵⁸ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *La Ley*, nº 8614, 28 septiembre 2015, pp. 1–9, esp. pp. 3–4.

⁵⁹ Sobre el régimen aplicable de la cláusula de elección de foro en atención a su naturaleza procesal y contractual, vid. A. Quiñones Escámez, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1987, pp. 83–120, esp. pp. 660–667. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters, 2007, pp. 277–280.

“No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los arts. 22 *quáter*, 22 *quinquies*, 22 *sexies* y 22 *septies*”.

La técnica jurídica que emplea el legislador en la regulación de este aspecto deja también mucho de desear. Ya el propio tenor del precepto es por sí mismo un contrasentido, pues la sumisión (en su dimensión de *prorrogatio fori*) nunca puede ser “contraria” a lo establecido en los foros especiales de competencia porque no deroga los criterios establecidos en estos preceptos, sino que va más allá de los que en ellos se establece. Solo podría resultar “contraria” a esos foros cuando las materias que se atribuyen al conocimiento de nuestros jueces fuesen derivadas por las partes hacia una jurisdicción extranjera, mediante el uso de la autonomía de la voluntad; es decir, el legislador estaría atendiendo a la sumisión desde la perspectiva de la *derogatio fori*. Si partimos de esa base, la explicación más plausible sería que, por ejemplo, en materia de contratos, cabe la *prorrogatio fori* cuando las partes sometan sus controversias a los tribunales españoles, pero que no cabe la *derogatio fori* de nuestra jurisdicción “cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España”. De aceptar esta conclusión habría que deducir que los foros especiales no se formulan como criterios de competencia concurrente, sino como foros disponibles. Sin embargo, este razonamiento no casa con el sentido literal de las palabras de un inciso que dice textualmente –“No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles (...)”–, ni con la propia lógica del sistema. La dicción del precepto se refiere claramente a la *prorrogatio fori* y, por ende, decaen los razonamientos efectuados a este respecto.

Otra explicación posible sobre el alcance material de la limitación prevista en el apartado primero del art. 22 *bis* LOPJ, sería, entonces, la de entender que cabe la sumisión en todas las materias, excepto en aquellas en las que los arts. 22 *quáter*, *quinquies*, *sexies* y *septies*, la prohíban. Esta interpretación llevaría a excluir la sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en el art. 22 *quáter* (persona y familia), salvo en materia de sucesiones en virtud de la restricción de foro prevista. Esta misma interpretación llevaría igualmente a excluir las materias de naturaleza patrimonial previstas en el art. 22 *quinquies*, a excepción de los contratos con consumidores, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el propio art. 22 *bis*:

“La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del art. 22 *quinquies* sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador de seguro”.

Pero tampoco convence esta línea hermenéutica porque ninguno de estos preceptos contiene ninguna prohibición absoluta relativa a la sumisión. Es más, el art. 22 *quáter*, referente a los problemas de persona, familia y sucesiones, encabeza su enunciado con la frase: “en defecto de los criterios precedentes”, y el art. 22 *quinqües*, referido a la materia patrimonial, afirma de forma explícita que entra en juego “en defecto de sumisión expresa o tácita”.

A fin de cuentas, resultando innecesaria la referencia a los arts. 22 *sexies* y 22 *septies*, puesto que el primero se refiere a las medidas cautelares y el segundo se limita a realizar una remisión a la legislación especial en materia concursal, la única interpretación coherente con la lógica del sistema sería la de entender de la existencia de algunas materias contenidas en los arts. 22 *quáter* y *quinqües* en las que la *prorrogatio fori* ha quedado restringida. En concreto, en lo que se refiere al art. 22 *quáter*, la restricción afectaría a todas las materias relativas al derecho de la persona, la familia y la sucesión, a condición siempre de que el litigio se suscite en un procedimiento contencioso. En efecto, la referencia sin más al art. 22 *quáter* para identificar la restricción es equívoca, puesto que entre los foros referentes al derecho de la persona y la familia se incluyen materias atinentes a la jurisdicción voluntaria, como, por ejemplo, en el caso de la “declaración de ausencia o fallecimiento”, o “en caso de demanda de mutuo acuerdo”, frente a las que no resulta operativa la sumisión expresa. En la esfera de la jurisdicción voluntaria no existen partes, por lo tanto no puede producirse un acuerdo para prorrogar la competencia de los Tribunales españoles. Ni tampoco puede identificarse el domicilio de un demandado que no lo es, por lo que a estas materias no les afecta el encabezamiento del art. 22 *quáter*: “En defecto de los criterios anteriores”. Por lo tanto, la restricción a la *prorrogatio fori* afectaría a las materias del derecho de la persona y la familia referidas a la jurisdicción contenciosa. Por otra parte, en lo que concierne al art. 22 *quinqües* la restricción alcanzaría solamente a los contratos con consumidores y de seguros siempre que no se cumplan las condiciones recogidas en el segundo apartado del art. 22 *bis*, quedando el resto de materias no sujetas a límite alguno: litigios relativos a obligaciones contractuales, obligaciones extracontractuales, explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, y derechos reales sobre bienes muebles. Por todo ello la dicción correcta del primero inciso del apartado primero del art. 22 *bis* debiera haber sido:

“En aquellas materias en las que no se excluya la sumisión o se condicione su ejercicio, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ello”.

Para establecer después:

“No surtirán efectos los acuerdos atributivos de competencia que no se ajusten a las condiciones establecidas en los arts. 22 *quáter* y 22 *quinqües*”.

C) Condiciones de admisibilidad

a) Materia patrimonial

25. Como se acaba de ver, en el núcleo de materias contenidas en el art. 22 *quinqües*, la admisión de la prórroga de competencia a nuestros Tribunales no está sujeta a más condiciones que las previstas para los contratos con consumidores y de seguro. Tratándose de litigios relativos a obligaciones contractuales, obligaciones extracontractuales, la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, y derechos reales sobre bienes muebles, la nueva regulación no pone cortapisa alguna a la sumisión a nuestros Tribunales. Se trata de una novedad importante, cuya acogida ha de ser favorable, pues no solo consigue la integración legal de la laguna otrora existente, al respecto de las relaciones entre el foro de la sumisión y los foros especiales patrimoniales. Además evita en este ámbito la tentación por parte de nuestros jueces a permanecer anclados en planteamientos soberanistas, a través de una interpretación rigurosamente restrictiva de la sumisión que, como se ha visto antes, no casa bien con la naturaleza disponible de los derechos que se ventilan en este tipo de litigios. Por ello si ya se apreciaba una tendencia de nuestros Tribunales a templar esta actitud, prescindiendo en materia contractual de la exigencia de la conexión de la relación litigiosa con el ordenamiento español, la reforma echa así el freno definitivo al control de la proximidad suficiente cuando se trate de materias patrimoniales del art. 22 *quinqües* LOPJ. El resultado final será la asunción de competencia por parte de nuestros tribunales por el pacto de sumisión, a salvo de la utilización puntual de la figura del fraude procesal, recogido en el art. 11.2º LOPJ, en los supuestos en los que sea preciso. Por ejemplo, estando destinada la posible sentencia española a ejecutarse en nuestro país, se pretende detener el litigio en España para litigar en el extranjero a sabiendas de que la sentencia extranjera nunca llegará, por los motivos que sean, a ser reconocida aquí⁶⁰.

La única excepción en materia patrimonial a la admisión sin ningún límite de la sumisión es la prevista para los contratos con consumidores y de seguros, cuyo fundamento no se encuentra, como se va a ver, en el principio de proximidad suficiente, sino en el principio de protección de la parte débil. Tal como prevé el segundo apartado del art. 22 *bis* LOPJ:

⁶⁰ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª ed., Granada, Comares, 2012, p. 297.

“La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del art. 22 *quinquies* sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador de seguro”. A estas mismas condiciones se refiere también el último apartado del art. 25 *quinquies* cuando trata de los foros especiales de competencia: “Respecto a los supuestos previstos en las letras d) y e) también serán competentes los Tribunales españoles cuando el consumidor, asegurado o tomador del seguro sea demandante y las partes hayan acordado la sumisión a los Tribunales españoles después de surgir la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro”.

Dicha repetición a la par que innecesaria comete un error en lo que respecta a la primera condición prevista, pues en caso de acuerdo de elección de los Tribunales españoles después de surgir la controversia, el art. 22 *quinquies* exige además que el demandante sea la parte débil. La razón de que se trate de un error de transcripción, del que nadie ha reparado desde el Anteproyecto, encuentra su justificación poniendo en relación estas condiciones con las previstas en el RB I *bis*. En efecto, las condiciones previstas en la norma de producción interna reproducen literalmente, en clave unilateral, el contenido de los arts. 15 y 19 RB I *bis*⁶¹. Si se analiza desde el punto de vista del consumidor, la primera condición establece la prohibición de la elección de foro *ante litem natam*, cuyo fundamento es la protección de la parte débil, pues se entiende que surgidas las desavenencias entre las partes, la elección la jurisdicción española es fruto de un acto de libre autodeterminación de las partes. Con lo cual, aquí está el error de transcripción, en estos casos resulta indiferente que el consumidor sea el demandante o el demandado, pues al ser el acuerdo el resultado de la libre voluntad de las partes, no le alcanza el *favor protectionis*. La tercera condición permite también la elección de foro *ante litem natam* en beneficio del consumidor demandante, que renuncia a su foro de protección, porque le resulte más conveniente la jurisdicción española. Por el contrario, la segunda condición, lejos de lo que se pueda creer, no protege al consumidor, sino a la seguridad del tráfico en caso de un eventual cambio de domicilio de quien se considera la parte débil tras la celebración del contrato interno español. Por ejemplo, en contratos con consumidores, este supuesto trata de evitar los riesgos que asume el profesional español en caso de internacionalización sobrevenida de la relación contractual como consecuencia del cambio de domicilio del consumidor fuera de España. En puridad, a diferencia de la condiciones primera y tercera, esta segunda no es tanto una condición de admisión de la sumisión como una norma de desarrollo para el cumplimiento de la exigencia prevista en los arts. 15.3º y 19.3º RB I *bis*, a través de la

⁶¹ Sobre el alcance de estas condiciones *vid.* J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, pp. 74–76.

cual el legislador español acepta la aplicación de este tipo de cláusulas circunscritas solamente en el ámbito intracomunitario. Por ello, de los supuestos analizados, solo el primero y el tercero tienen una incidencia directa en el tema que nos ocupa, condicionando su admisión con base en el principio de protección de la parte débil, si bien sin ninguna operatividad práctica en virtud de la aplicabilidad directa de los arts. 18 y 26 RB I, cada vez que se den las condiciones para que se apliquen uno y otro supuesto.

b) Derecho de la persona, la familia y la sucesión

26. Pero si se ha de medir el grado de deficiencia técnica de la reforma en este ámbito, no es tanto por el escollo en la identificación del núcleo de materias a las que alcanza la limitación de la *prorrogatio fori*, ni por los fallos en la transcripción de las condiciones en los contratos con parte débil, sino por el silencio del legislador respecto de las condiciones de admisibilidad de la prórroga de competencia en el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión. En efecto, si la reforma aclara alguna duda es acerca de no admitir la sumisión sin ningún límite en estas materias. Pero nada dice en qué supuestos “no surtirán efectos los acuerdos que atribuyan competencia a los Tribunales españoles (...) si son contrarios a lo establecido en los arts. 22 *quáter*”. El art. 22 *bis* se limita a establecer que no surtirán efectos los acuerdos atributivos de competencia que no se ajusten a las condiciones establecidas en el arts. 22 *quáter* y 22 *quinqües*. Pero, al contrario de las materias de naturaleza patrimonial, nada se dice en el art. 22 *bis* sobre las condiciones a que se ha sujetar la sumisión a nuestros Tribunales tratándose de controversias comprendidas en el art. 22 *quáter*.

A nuestro juicio, el distinto fundamento entre los foros de competencia del art. 22 *quáter* y los previstos para los contratos con consumidores y de seguros, explica el alcance de la limitación de la *prorrogatio fori* en los términos que se refiere el art. 22 *bis*. El elenco de conexiones utilizadas para los litigios relativos a la persona, la familia y la sucesión, regidos todos ellos por el principio inquisitivo, manifiestan una vinculación razonable con la Jurisdicción española, mientras que las conexiones utilizadas en la contratación con consumidores y seguros se inspiran en la protección de la parte débil. Sin embargo, el silencio en torno a qué casos sitúa este extremo en una suerte de bucle del que no parece querer salir nuestro legislador. Tanto que obliga a tener que evocar aquí las directrices apuntadas antes al respecto de la valoración del principio de mínima proximidad entre el supuesto litigioso y el ordenamiento español para la prevención de posibles fraudes en estas materias. En este orden de cosas, la integración de esta laguna perpetua exige, en primer lugar, descartar las conexiones previstas en el art. 22 *quáter*, pues si bastan, por sí mismas, para sustentar la competencia de nuestros Jueces y Tribunales, el acuerdo *ad idem* de las partes nada les quita ni

nada les añade. En segundo lugar, so pena de poner en riesgo la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, habrá que descartar la apreciación del límite de la conexión entre el supuesto litigioso y nuestro ordenamiento en razones de orden público vinculadas a la soberanía. Esto es, a rehusar la asignación en este ámbito del carácter rigurosamente excepcional a la sumisión con el propósito de no cercenar la relevancia que puede tener aquí cualquier otra conexión distinta de las contempladas en los foros de competencia territorial. De este modo, cabría la sumisión a nuestros Tribunales en las demandas contenciosas en el ámbito de la persona, la familia y la sucesión, a condición siempre de que concurra con alguna otra conexión personal o territorial, no necesariamente coincidentes con las previstas en los foros en el plano interno. Por ejemplo, en materias no reguladas por normas de DIPr europeo, como la filiación, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y en materia relacionada con la capacidad de las personas mayores de edad, resultarían operativas, sin establecer un *numerus clausus* de conexiones, la inscripción del matrimonio o de la filiación en el Registro civil español, la nacionalidad española del demandante o del demandando, la nacionalidad española del hijo, etc. Análogamente, esta interpretación es la que mejor se compadece con el propósito del *forum necessitatis* que recoge el segundo párrafo del art. 22.3º *octies*:

“Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”.

D) Relación con los foros exclusivos

27. Quedaría, igualmente, por descifrar la cuestión de la relación entre la *pro-rrogatio fori* y las competencias exclusivas en los dos ámbitos siguientes: en relación con las competencias exclusivas previstas en el art. 22 LOPJ y en relación con las competencias exclusivas de terceros Estados. En relación con lo primero, la dicción literal del primer párrafo del art. 22 *bis* condiciona la sumisión voluntaria a los tribunales españoles únicamente al respeto de las condiciones establecidas en el art. 22 *quáter* (persona, familia y sucesiones) y *quinquies* (contratos de consumo y de seguros), pero nada dice de las materias de las que son exclusivamente competentes los Tribunales españoles en virtud del art. 22. El legislador solo contempla la inderogabilidad de estos foros desde la perspectiva de la *derogatio fori*:

“No surtirán efectos los acuerdos que (...) excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el art. 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”.

Pero como se ha señalado antes con ocasión de la sumisión tácita, la estructura jerarquizada se muestra inapropiada con la naturaleza unilateral y el carácter general de las reglas reguladoras de fuente nacional. Por ello, el art. 22 *bis* no puede reproducir literalmente el art. 25.4º RB I *bis*, estableciendo como límite de la sumisión expresa la existencia de otra jurisdicción exclusivamente competente. Por las razones anteriormente vistas al hilo de la sumisión tácita, este límite quedaría desnaturalizado en el DIPr autónomo en virtud del carácter unilateral de sus normas reguladoras. Además, como también se ha apuntado, la relación entre los foros exclusivos y la sumisión expresa está garantizada a través de las reglas de verificación de la CJI y territorial, y la adaptación de los foros de CJI del art. 22 LOPJ con los foros de competencia territorial.

28. Más alarmante es la laguna en la que incurre de nuevo el legislador al no prever el alcance de la eficacia de una cláusula de sumisión que someta a los Tribunales una controversia de la que son exclusivamente competentes los Tribunales de otro Estado. Este problema lo viene poniendo de relieve también desde décadas la doctrina⁶², pero ni en la LOPJ, ni en ningún otro texto de nuestro Derecho de fuente autónoma se afirma la incompetencia de nuestros Tribunales frente a supuestos incluidos en la competencia exclusiva de una tercera jurisdicción, a no ser que medie un tratado internacional que así lo disponga (art. 36. 2.2º LEC). En consecuencia, a excepción de lo que establecen las normas de fuente internacional e institucional, ha de considerarse que todos los foros extranjeros son concurrentes con los de la jurisdicción española⁶³. Al menos, el sistema no da pie para sustentar otra postura. Por el contrario, la LEC suministra tres razones de peso para entender que si un Juez se declarase incompetente por esta causa lo haría sin una apoyatura legal sólida, como así corrobora el tenor del nuevo art. 22.2º *octies*:

“Los Tribunales españoles se declararán incompetentes si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de las leyes españolas, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales”.

En efecto, la lectura del art. 36 LEC nos permite extraer tres ideas claves para argumentar esta conclusión: primero, que el legislador español se planteó el problema por cuanto se ha referido específicamente a él; segundo, que habiéndolo considerado optó por limitar la incompetencia a los supuestos establecidos en los convenios internacionales (DIPr europeo y convencional); y tercero, que una

⁶² Con una postura cercana a la que se mantiene aquí, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 100. Por el contrario, defendiendo la inhibición *ex officio* de los Tribunales españoles, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 257–258.

⁶³ *Vid.* J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental...*, *op. cit.*, p. 300.

vez excluida la idea de una laguna sería muy difícil construir una línea argumental que justificase la abstención frente a estos supuestos. Quizás por esta razón, igual que ha dispuesto en la reforma de un mecanismo flexible, como el foro de necesidad (segundo párrafo del art. 22 *octies*, nº 3), hubiera sido una buena ocasión para haber introducido en nuestro sistema autónomo un *forum non conveniens*. Lo que habría permitido a nuestros Tribunales, aun teniendo CJI, a no entrar a conocer por estimar la existencia de otra jurisdicción extranjera mejor situada para ello, evitando así el riesgo de que la sentencia dictada por los Tribunales españoles nunca fuera reconocida en ese tercer Estado. Tipificado así, quedaría satisfecho sin más el principio de predeterminación legal de la CJI.

E) Condiciones de validez sustantiva y formal

29. Una vez resuelto el problema procesal, hay que tener en cuenta que la sumisión expresa, como todo acuerdo de voluntades, se halla sometida a las condiciones de validez del resto de contratos, tanto sustanciales como formales. Se ha de indicar que el legislador aprovecha también la reforma para integrar en este punto la laguna de la normativa anterior en relación con las condiciones de validez sustantiva y formal de la cláusula de elección de foro. A este respecto, el art. 22 *bis* LOPJ establece una obviedad: “La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión”. Como bien ha señalado F.J. Garcimartín Alférez⁶⁴, sería impensable otra cosa cuando se trata de normas internas, pues en relación al efecto positivo o prorrogatorio de la cláusula a favor de los tribunales españoles, la validez solo puede ser enjuiciada por los tribunales españoles, lo mismo que si se discute la eficacia derogatoria. El peligro de la inclusión de este apartado, como señala este autor, es que al no haber hecho lo propio en relación al efecto derogatorio de la cláusula, se presta a que se pueda hacer una interpretación *a contrario*. Por lo demás, en relación con las condiciones de validez sustanciales, hay que tener en cuenta que este tipo de contratos está excluido del régimen del Reglamento nº 593/2008, de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶⁵, por lo que resultará de aplicación el art. 10.5º Cc⁶⁶, sin descartar la aplicabilidad directa de normas materiales imperativas de nuestro ordenamiento, como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁶⁷, y los arts. 82 a 91

⁶⁴ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *La competencia judicial internacional...*, op. cit., p. 4.

⁶⁵ Vid. art. 1.2º RR I y considerando vigésimo.

⁶⁶ Debería haberse aprovechado el paquete de cambios legislativos en nuestro sistema de DIPr para dotar a este precepto de un sentido regulador más operativo y adaptado a las materias para las que, aunque solo sea residualmente, sigue siendo operativo.

⁶⁷ BOE 14.4.1998.

de TRLGDCU del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁶⁸.

30. Nuestro legislador integra también el silencio de la regulación anterior en lo que se refiere a los requisitos sobre la forma del acuerdo de la sumisión. El segundo párrafo del art. 22.2º *bis* sigue fielmente en este punto las coordenadas del art. 25.1º RB I *bis*, por lo que el resultado alcanzado en este punto por el precepto europeo es crucial⁶⁹:

“El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero”.

3. *La derogatio fori*

31. Una de las novedades más importante de la reforma es la ordenación, por vez primera, del régimen jurídico de la derogación de competencia por las partes a la jurisdicción española. En particular, el legislador español admite la *derogatio fori* no en el marco del art. 22 *bis*, donde regula la sumisión expresa, sino incomprensiblemente en el numeral cuarto del art. 22 *ter* relativo al foro del domicilio del demandado:

“No obstante, la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero”.

Con independencia de ello, el legislador acepta con buen criterio la admisión de este efecto procesal de la sumisión expresa, que no es sino la otra cara de la *prorrogatio fori*, cerrando así un viejo debate en la doctrina española en torno a su admisión⁷⁰ o negación⁷¹, resuelto hace tiempo por nuestros Tribunales:

“Sostiene esta última sentencia, invocada con razón por la parte promotora de la declinatoria que, puesto que el art. 22.2º LOPJ admite libremente la cláusula de sumisión expresa cuando el sometimiento es a Juzgados y Tribunales españoles, sería absurdo y perturbador para el tráfico jurídico externo que no la admitiese en cuanto a órganos judiciales extranjeros. Por lo tanto, nada obsta a la efi-

⁶⁸ BOE 30.11.2007.

⁶⁹ *Vid.*, a este respecto, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 284–290.

⁷⁰ *Vid.* J.D. González Campos, *op. cit.*, pp. 295–296.

⁷¹ *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 105–108.

cacia de la repetida cláusula de expresa sumisión, ya que no puede prescindirse de una realidad tan evidente como la de que la creciente globalización del comercio internacional, en suma, la internacionalización del tráfico mercantil es incompatible con posturas radicalmente opuestas a la posibilidad de que, por así constar en el contrato correspondiente, deban los nacionales españoles litigar ante los Tribunales extranjeros⁷².

32. Amén de la admisión de la *derogatio fori*, tampoco merece una valoración positiva la ordenación de su alcance y límites, al ser también oscura en este punto y no exenta de ciertas contradicciones. Es lo que sucede cuando se pone en contacto el numeral cuarto del art. 22 *ter* con su numeral primero, e igualmente con lo previsto en el numeral primero del art. 22 *bis*. En efecto, el art. 22 *ter*, según el cual

“En materias distintas a las contempladas en los arts. 22, 22 *sexies* y 22 *septies* y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el art. 22 *bis*, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los arts. 22 *quáter* y 22 *quinquies*”,

excluye de su aplicación las materias contempladas en el art. 22 (competencias exclusivas), art. 22 *sexies* (medidas provisionales) y art. 22 *septies* (procedimientos de insolvencia). Se refiere únicamente a litigios relativos a materias que afectan al derecho de la persona, la familia y sucesiones, y al derecho patrimonial (obligaciones contractuales, obligaciones extracontractuales, explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, contratos de consumo, contratos de seguros y derechos reales sobre bienes muebles). Y señala que, en defecto de sumisión expresa o tácita, los Tribunales españoles podrán conocer de este tipo de litigios internacionales cuando el demandado tenga su domicilio en España, o, complementariamente, porque se cumplan cualquiera de las conexiones previstas en los arts. 22 *quáter* y *quinquies*. En consecuencia, si se vuelve al numeral cuarto del art. 22 *ter*, permite entender que el alcance de la sumisión de las partes a un tribunal extranjero queda circunscrito a los litigios en materia de derecho de la persona, familia, sucesión y de carácter patrimonial, estando excluidos los litigios que afecten a materias de las que son exclusivamente competentes los Tribunales españoles. Dicha exclusión no solo lo corrobora el precepto analizado. También el numeral primero del art. 22 *bis*, al prever como único límite a la sumisión de las partes a un tribunal extranjero precisamente las materias atribuidas a los tribunales españoles con carácter exclusivo:

“No surtirán efectos los acuerdos que (...) excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el art. 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”.

⁷² FJ 4º SAP Castellón 1ª, nº 233/1997, de 26 de mayo (AC\1997\1343).

Dicho lo cual, el legislador vuelve a caer en un contrasentido. Si las razones que justifican que los operadores pueden elegir los tribunales españoles valen también para justificar la elección de los tribunales extranjeros. Otro tanto de lo mismo puede decirse respecto de las restricciones. Las razones que justifican la restricción de la sumisión a los tribunales españoles han de valer igualmente para justificar la restricción de la derogación de su competencia. Por ello, porque el efecto negativo o derogatorio de la sumisión no es sino el reverso del efecto positivo o prorrogatorio, resulta una contradicción que, en el primer numeral del art. 22 *bis*, el legislador limite el alcance de la prórroga de competencia a los Tribunales españoles en los litigios en materia de Derecho de la persona, familia, sucesión, contratos de consumo y de seguro, y no haga lo mismo cuando se trata del efecto negativo. Lo que debería haber hecho el legislador es haber establecido expresamente el catálogo de materias indisponibles a los Tribunales españoles.

En cualquier caso, entendiendo limitada la *derogatio fori* a los mismos supuestos que la *prorrogatio fori*, devienen útiles aquí no solamente las consideraciones efectuadas antes en relación con las condiciones de admisión del efecto positivo, sino también las vertidas a propósito de la apreciación por nuestros Tribunales de la existencia de fraude procesal o abuso de derecho en el ámbito del derecho de la persona y la familia. En particular, la apreciación del mínimo de proximidad entre el supuesto litigioso y el foro extranjero escogido se justifica en este punto en la necesidad de garantizar los derechos y garantías procesales, evitando litigios ante órganos jurisdiccionales que por su desconexión sitúan en posición de indefensión a la parte demandada, e igualmente para impedir las actuaciones fraudulentas de las partes, buscando interesadamente foros de conveniencia. Como se indicó antes, esta cautela no debe extenderse con carácter general a los litigios de naturaleza patrimonial, en los que las partes pueden disponer libremente de sus derechos. Y éste debería ser también el sentir de la reforma a tenor de las restricciones al efecto positivo de la sumisión. A excepción de los contratos con consumidores y de seguros, las materias contempladas en el art. 22 *quinquies* quedan liberadas de este límite, impidiendo ver sin más fraude procesal en la mera sumisión a favor de tribunales extranjeros, e igualmente abuso de derecho en la invocación de la *derogatio fori* por el demandado domiciliado en nuestro país. La apreciación de fraude procesal (art. 11.2º LOPJ) procederá en estas materias solo de manera puntual, salvo que se trate de contratos con consumidores y de seguros, en los que la eficacia de la derogación de la competencia de nuestros Tribunales queda supeditada siempre al cumplimiento de las condiciones previstas para el efecto directo –v.gr., en la contratación con consumidores, supeditando la validez del acuerdo de derogación de competencia a que fuese posterior a la controversia–.

En el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión, litigios inspirados en el principio de oficialidad, las mismas cautelas que se han de seguir en la dimensión positiva valen también en la dimensión de la *derogatio fori*. De este modo, la validez de los acuerdos derogatorios de nuestros Tribunales quedará supeditada en este ámbito a la apreciación del mínimo de proximidad entre el supuesto litigioso y el foro extranjero escogido, todo ello con el objeto de evitar la indefensión de la parte demandada, e igualmente las actuaciones fraudulentas de las partes. Para llenar esta laguna en que incurre el legislador resulta bastante útil, como se ha visto antes, la línea seguida por nuestros jueces y Tribunales acudiendo, a nivel de competencia directa, a las mismas coordenadas que en la valoración de la competencia indirecta de los tribunales extranjeros dentro del ámbito del exequátur. No obstante, en pos de una homogeneización con los criterios consustanciales a la dimensión positiva, para valorar el mínimo de proximidad en la *derogatio fori* han de tener aquí también un peso específico las conexiones no contempladas a nivel de competencia interna. Por ejemplo, de situarnos de nuevo en las materias no reguladas por normas de DIPr europeo, como la filiación, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y en materia relacionada con la capacidad de las personas mayores de edad, junto a la sumisión a un Tribunal extranjero, resultarían operativas la inscripción del matrimonio o la filiación en el Registro civil de país extranjero, la nacionalidad de ese país del demandante o del demandando, del hijo, etc.

33. Para terminar el tratamiento de la *derogatio fori*, se ha de señalar que no todo es negativo en la reforma, en la medida en que con buen criterio, pensando en los casos en que el demandado invoca (*ex art. 36.3º LEC*) la cláusula de elección de un tribunal extranjero (no europeo o parte en un convenio internacional), el legislador prevé, a través del apartado 4 del art. 22 *ter*, que los “Tribunales (españoles) suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia”. Se trata de una cautela con la que el legislador desea asegurar la tutela judicial en un ámbito como el autónomo, donde no existen garantías de que la jurisdicción extranjera vaya a asumir esa competencia⁷³.

IV. La incidencia de la normativa de origen europeo

34. La falta de coordinación de la normativa de fuente autónoma con la institucional se deja sentir en la reforma no solo por esa mala técnica normativa del

⁷³ Advirtiendo esta misma cuestión antes de la reforma, *vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 303–304.

legislador de proyectar, sin adecuar, las soluciones del DIPr europeo a las reglas reguladoras del sistema común, sino también por la omisión del alcance que posee en este ámbito la normativa de origen institucional, habiendo relegado las reglas reguladoras de nuestro sistema autónomo a un papel bastante residual. Paradójicamente, este dato que debería contabilizarse entre las sombras de la reforma, va a posibilitar que gran parte de los defectos en la ordenación de la sumisión expresa y tácita, tras la reforma, no sean en realidad sino un falso problema, por cuanto no resultarán de aplicación las normas nuevas. A tenor de la normativa institucional, el art. 22 *bis* LOPJ solo resultará aplicable a las “relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges”, “en materia de filiación” y “en materia relacionada con la capacidad de las personas” (mayores de edad).

En efecto, el alcance de la normativa institucional impedirá la aplicación del art. 22 *bis* LOPJ, o lo restringirá a una aplicación de carácter residual. Este es un dato que no le era desconocido al legislador español a la luz del anterior art. 21 LOPJ, cuyo contenido se ha modificado también para mal, si se tiene en cuenta que las normas de origen europeo y convencional son también, como las normas internas, “leyes españolas”:

“Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”.

35. Así, por ejemplo, no habrá margen para la aplicación del art. 22 *bis* en las materias de derecho patrimonial, a la que se refiere el art. 22 *quinquies*, como consecuencia de la aplicación del RB I *bis*, y en un futuro bastante cercano del Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre acuerdos de elección de foro. Al prescindir el instrumento europeo de la conexión domiciliar en el ámbito que nos ocupa, resultarán siempre aplicable a estas materias sus arts. 25 (sumisión expresa) y 26 (sumisión tácita). El solapamiento de la sumisión expresa de nuestro sistema autónomo alcanzará igualmente las materias patrimoniales frente a las cuales el legislador restringe la atribución de competencia a nuestros Tribunales. Si nos detenemos en la contratación con consumidores, que contempla el foro especial del ap. d) del art. 22 *quinquies*, el legislador español ha querido proteger al consumidor en dos situaciones. La primera cuando el consumidor es el demandante, los Tribunales españoles serán competentes con independencia de que la residencia habitual en España la tenga el consumidor o el profesional (demandado). Claramente el legislador español está introduciendo aquí un foro exorbitante al extender el foro de protección a supuestos que no les alcanza, como los contratos celebrados por consumidores activos. Dudamos mucho que, a tenor de este foro, la sentencia que dicte un juez español condenando a un profesional no europeo pueda reconocerse en el Estado de este último. Con independencia de

esta consideración producto de la descoordinación con la normativa institucional, el análisis de la eficacia positiva o negativa de la cláusula de elección de foro en las conexiones previstas en esta primera situación, quedará siempre sometida a los arts. 19 y 25 RB I *bis* tratándose siempre de un consumidor pasivo; o al art. 25 en el caso del consumidor activo. La segunda situación que se refiere el apartado d) del art. 22 *quinqüies*, protege al consumidor cuando es demandado, señalando que serán competentes los tribunales españoles siempre que tenga su residencia habitual en España. El análisis de la cláusula de sumisión en su efecto positivo y negativo en esta situación igualmente se hará de conformidad con lo previsto en los arts. 19 y 25 RB I *bis*, tratándose de un consumidor pasivo; o del art. 25, en el caso de un consumidor activo.

Lo mismo sucede, fuera de los supuestos de carácter patrimonial, en materia de obligaciones alimenticias con el foro de competencia previsto en la letra f) del art. 22 *quáter*, frente al Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. La particularidad de esta regulación europea estriba en el dato de que la aplicación de los foros no se hace depender de que el demandado tenga o no su residencia habitual en un Estado miembro, descartándose así la remisión a las reglas nacionales de CJI⁷⁴. Por lo tanto, en materia de alimentos siempre resultarán aplicables los arts. 4 (sumisión expresa) y 5 (sumisión tácita) del Reglamento 4/2009, en lugar del art. 22 *bis* de la LOPJ.

En materia de protección de menores y de responsabilidad parental, la letra d) del art. 22 *quáter* tampoco resultará de aplicación en virtud del Reglamento 2201/2003, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*), y el Convenio de La Haya, de 5 octubre 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. En materia de crisis matrimoniales, los criterios escogidos en la letra c) del art. 22 *quáter* son una copia casi literal del art. 3 del Reglamento 2201/2003. Las únicas diferencias estriban en que el texto de la LOPJ no se recoge el foro de la nacionalidad común y que la norma institucional exige al demandante un año de residencia habitual antes de presentar la demanda y el texto autónomo se limita a requerir que “lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda”. Pero al margen de este error, fácilmente corregible, lo que ocurre es que todos los supuestos subsumibles en la letra c) del art.

⁷⁴ Vid. M.A. Rodríguez Vázquez, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEI*, nº 19, 2010, pp. 1–30, esp. pp. 8.

22 *quáter* lo son también en el art. 3 y 6 del Reglamento Bruselas II *bis*; y que, por lo tanto, se aplicarán siempre como normas de este Reglamento y no como disposiciones de la LOPJ. El estrecho margen en el que podría operar en esta materia la sumisión de nuestro sistema autónomo sería gracias a la puerta abierta por el art. 7 RB II *bis* a litigios extracomunitarios desconectados de nuestro sistema, a condición siempre de que no fuesen competentes los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con arreglo al art. 3⁷⁵. Pero precisamente por este dato, por no manifestar una vinculación razonable con nuestro sistema, no surtirían efectos en estos casos los acuerdos de atribución de competencia a los Tribunales españoles (art. 22 *bis* LOPJ).

Por último, tampoco resultará aplicable la letra g) del art. 22 *bis* en materia de sucesión, en la medida en la que el Reglamento n.º 650/2012, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, presenta *erga omnes*, al regular la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros en materia sucesoria con independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual del causante y de las partes implicadas⁷⁶.

V. A modo de conclusión

36. En resumidas cuentas, se ha de concluir señalando que la Ley Orgánica 7/2015 no ha desarrollado con acierto la ordenación de la sumisión en lo que se refiere a la coordinación con las soluciones previstas en las normas europeas, ni tampoco en lo que concierne a la técnica legislativa. En efecto, pese a ofrecer un tratamiento específico de la existencia y el régimen jurídico de la sumisión tácita y expresa, por el momento sigue sin estar claro cuáles son sus límites en los litigios relativos a la persona, la familia y la sucesión. Todo ello con el agravante de que, a tenor de la normativa institucional, el art. 22 *bis* LOPJ solo resultará aplicable a las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, en materia de filiación y en materia relacionada con la capacidad de las personas mayores de edad. En cualquier caso, como toda regla de competencia judicial, los dos foros no son ajenos al límite general que puede derivarse del fraude procesal,

⁷⁵ STJUE 29 noviembre 2007, as. C-68/07: *Sundelind*, ap. 28. *Vid.* a este respecto, A. Quiñones Escámez, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II *bis*?. El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, 2008, pp. 457-482.

⁷⁶ *Vid.* J. Carrascosa González, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, n.º 1, pp. 5-44, esp. p. 9.

máxime en ámbitos regidos por el principio inquisitivo en los que resulta conveniente proceder a la valoración de un mínimo de proximidad con el ordenamiento español. Empero, frente a la tendencia de la jurisprudencia a sustentar este límite en razones de orden público, se contraponen siempre una valoración razonable descartando la transposición sin más de la indisponibilidad de los foros a nivel de tráfico interno en el ámbito internacional. Estas mismas cautelas valen también, como hemos visto, para la integración de las lagunas a los límites en la dimensión de la *derogatio fori*. Por todo ello coincidimos con el profesor P. de Miguel Asensio en que se ha desperdiciado el esfuerzo modernizador de esta institución procesal con una regulación oscura, compleja y casi inservible⁷⁷. Asimismo, es de lamentar la indiferencia de todos los grupos parlamentarios no solo en la reforma de esta institución procesal, sino en la del conjunto del sector autónomo de la CJI. La prueba es que durante la tramitación parlamentaria las dos únicas enmiendas presentadas fueron al art. 22 *quáter* b) con el objeto de incorporar la sustitución del concepto de personas adultas por el de personas mayores de edad⁷⁸.

Bibliografía

- Amores Conradi, M.: “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989, nº 1, pp. 113–156.
- Arenas García, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª ed., Granada, Comares, 2012.
- Carrascosa González, J.: “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, nº 1, pp. 5–449.
- Cortés Domínguez, V.: “La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (Arts. 21 y 22 LOPJ)”, *Justicia*, nº IV, 1985, pp. 775–796.
- Espinar Vicente, J.M. y Paredes Pérez, J.I.: “El marco constitucional del Derecho internacional privado”, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber amicorum *Alegría Borrás* (coords. J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré), Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 329–350.

⁷⁷ <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/07/la-cuestionable-revision-de-las-normas.html>.

⁷⁸ Enmienda nº 71 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) y Enmienda nº 217 Del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), *BOCG, Senado*, nº 542, 16 junio 2015, pp. 110–111 y 196–197.

- Espinar Vicente, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema de Derecho internacional privado español*, Madrid, Civitas, 1996.
- Espinar Vicente, J.M.: *Tratado elemental de Derecho internacional privado español. Introducción. Competencia judicial internacional. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Forma de los actos. Jurisdicción voluntaria*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2002.
- Espinar Vicente, J.M.: *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013.
- Fernández Rozas, J.C.: “Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 1–95.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *La Ley*, nº 8614, 28 septiembre 2015, pp. 1–9.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho”, *REDI*, nº 2, 1998, pp. 93–119.
- González Beilfuss, C.: “La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 de la nueva LEC”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 339–363.
- González Campos, J.D. y Recondo Porrúa R.: *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1981.
- Paredes Pérez, J.I.: “La competencia judicial internacional de los jueces y Tribunales españoles en la contratación con consumidores: situación actual y perspectivas de reforma”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 5, 2011, pp. 61–93.
- Pérez Vera, E. y otros: *Derecho internacional privado*, vol. I, 4ª ed., Madrid, Uned, 1992.
- Quiñones Escámez, A.: “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis?. El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30, 2008, pp. 457–482.
- Quiñones Escámez, A.: “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1987, pp. 83–120.
- Rodríguez Benot, A.: *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994.
- Rodríguez Vázquez, M.A.: “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEL*, nº 19, 2010, pp. 1–30.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2007.

Recibido: 17.2.2016
Aceptado: 15.6.2016

EL *EFFET UTILE* DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBICIÓN DE *RÉVISION AU FOND* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Manuel PENADÉS FONTS *

SUMARIO: I. Introducción: La creciente relevancia del Derecho de la UE en el arbitraje internacional. II. La autonomía procesal de los Estados miembros en materia arbitral. III. El *effet utile* del Derecho europeo en la fase post-laudo: 1. La alteración en la atribución de la carga de la prueba. 2. El paso del minimalismo al maximalismo en la excepción de orden público. 3. El principio de *effet utile* como límite general a la prohibición de la *révision au fond*: A) El error de Derecho en el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por Estados miembros; B) La compatibilidad entre el Derecho europeo y el régimen estricto de las acciones post-laudo: a) El principio de efectividad como componente del orden público europeo; b) La primacía del Derecho europeo sobre el régimen arbitral. IV. La revolución silenciosa del Derecho europeo en materia arbitral.

RESUMEN: En términos generales el arbitraje comercial internacional ha permanecido fuera de la agenda legislativa de la Unión Europea. Sin embargo, la influencia del Derecho europeo sobre el arbitraje ha adquirido un nivel fundamental, y alcanza aspectos tanto sustantivos como procedimentales. Como este artículo demuestra, más allá del fondo del asunto, también afecta a la distribución de la carga de la prueba en las acciones post-laudo, a la intensidad de revisión que pueden llevar a cabo las autoridades judiciales de los Estados miembros y a la posibilidad que cualquier infracción de la normativa europea pueda privar al laudo de validez y eficacia. Esta importante intromisión tiene su base en el deber de los Estados miembros de garantizar la efectividad real del Derecho de la Unión. Un principio clave en sistema jurídico europeo que, una vez internalizado en el régimen de las acciones post-laudo, priva a los laudos de la finalidad que los caracteriza y amenaza con desnaturalizar los valores esenciales del arbitraje internacional. Un arbitraje *à l'euro péenne*.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA – ORDEN PÚBLICO – *EFFET UTILE*.

* Lecturer. King's College, London.

ABSTRACT: *The Effet Utile of European Union Law and the Prohibition of Révision au Fond in International Arbitration*

In general terms, international commercial arbitration has remained outside of the European Union's legislative agenda. However, the influence of European law on arbitration has reached fundamental levels and includes both substantial and procedural aspects. As this paper demonstrates, in addition to the merits of the dispute, this includes the allocation of the burden of proof for post-award judicial actions, the intensity of review conducted by the judicial authorities of Member States and the possibility that the breach of any EU rule can lead to the invalidity and ineffectiveness of the award. This relevant intromission finds its base on the duty of the Member States to guarantee the real effectiveness of EU law. While this is a key principle in the European legal system, its internalization in the regime for post-award judicial actions deprives awards of their characteristic finality and threatens to denaturalize the essential values of international arbitration. It is arbitration à l'europpéenne.

KEY WORDS: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – EU LAW – PUBLIC POLICY – EFFET UTILE.

I. Introducción: La creciente relevancia del Derecho de la UE en el arbitraje internacional

El arbitraje comercial internacional es un área en la que el legislador de la Unión se ha mantenido voluntariamente inactivo. Más allá de iniciativas en el sector del Derecho de consumo, varios instrumentos de la Unión declaran expresamente la exclusión del arbitraje de su esfera de aplicación¹. Esta situación podría hacer pensar que el Derecho europeo y el arbitraje comercial internacional operan en universos paralelos con escaso nivel de interacción. Esta primera impresión, sin embargo, queda lejos de la realidad. En efecto, aunque el arbitraje desde un punto de vista procedimental haya permanecido fuera de la actividad reguladora de la Unión, la relación entre estas dos disciplinas viene motivada por la creciente necesidad de recurrir al Derecho europeo para la resolución material de disputas, esto es, para solventar el fondo del asunto. La lista de materias es cada vez más larga: contratos de seguro, transporte, propiedad intelectual e industrial, competencia, agentes comerciales, banca y finanzas, circulación de

¹ Vid., por todos, el considerando 12 del Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351/1 de 20.12.2012) el considerando 73 del Reglamento (UE) n° 2015/848, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141/19 de 5.6.2015). El arbitraje de inversiones, por el contrario, ha ganado protagonismo en la actividad legislativa de la Unión en los últimos años. Vid., v.gr., Reglamento (UE) n° 912/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 julio 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (DO L 257/121 de 24.8.2014).

capitales, bienes y servicios, inversión e instrumentos de garantía, energía, medioambiente, etc.

No cabe duda que muchas de las normas reguladoras de estas disciplinas no caen dentro del concepto estricto de Derecho privado, sino que alcanzan áreas de Derecho mixto o regulatorio. De hecho, en muchas ocasiones su objetivo no es solo la ordenación de las relaciones *inter privatos* sino la contribución directa a la construcción de un Mercado Interior más sólido y cohesionado. Es decir, un objetivo que podría calificarse de interés general o, cuanto menos, colectivo. La naturaleza meta-privada de algunas de estas normas no las convierte necesariamente en inaptas para su aplicación o toma en consideración por autoridades arbitrales, sino que el propio Tribunal de Justicia ha declarado en alguna ocasión que son materias arbitrables². En el mismo sentido se ha pronunciado el Abogado General Jääskinen en el reciente caso *CDC / Akzo Nobel* y otros, al reconocer que el empleo de arbitraje para resolver una disputa cuyo fondo está regulado por Derecho de la Unión no constituye per se un obstáculo para la efectividad del mismo³.

Sin embargo, que el arbitraje sea un mecanismo apto para la aplicación de normas europeas no se traduce necesariamente en que tales normas vayan a ser correctamente aplicadas. Es aquí donde la interacción entre el arbitraje internacional y el Derecho de la Unión puede resultar problemática.

De acuerdo con el régimen arbitral ordinario, el laudo que decide el fondo de la disputa constituye una decisión definitiva y firme que despliega efectos de cosa juzgada y que no puede ser sometida a una revisión de fondo⁴. Así, los causales que se incluyen en la normativa relativa a la anulación de laudos y a su reconocimiento y ejecución únicamente permiten que el órgano judicial censure la parte sustantiva del laudo cuando ésta sea contraria al orden público⁵. Más allá de estos casos, el fondo de la decisión arbitral permanece inescrutable y los errores en la aplicación del Derecho no son enmendables en sede judicial. Este es un riesgo que deciden correr las partes cuando se someten a arbitraje, y que también

² As. C-126/97: *Eco Swiss China Time v. Benetton International NV*, [1999] Rec. I-3019, pár. 38. También lo han entendido así resoluciones españolas como los AAAP Madrid 14ª 22 junio 2011 y 25ª 3 enero 2011, o la SSAP Madrid 14ª 15 junio 2011, y la SSAP Barcelona 15ª 9 febrero 2010, 30 junio 2008 y 16 marzo 2005.

³ Opinión del AG Jääskinen, de 11 diciembre 2014, en el Asunto C-352/13: *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA / Akzo Nobel NV y otros*, [2015] Rec. I-0000.

⁴ Por ejemplo, así lo declara de forma indubitada el art. 43 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26.12.2003) [LA].

⁵ V.gr., el art. 41.1º.f) LA (en línea con el art. 34.2º.b.ii) Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional) y el art. V.2º.b) Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

aceptan los Estados cuando adoptan legislaciones arbitrales con limitados mecanismos de control en la fase post-laudo.

Frente a este régimen, la Unión ha desarrollado en las últimas décadas un sistema normativo que tiene como uno de sus principios fundamentales la efectividad o *effet utile* del Derecho europeo. Así, son muchas las sentencias del Tribunal de Justicia que declaran de forma indubitada el deber de todas las autoridades de los Estados miembros de “garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares”⁶. Es decir, un sistema que conduce a la primacía de aplicación de las normas de la Unión⁷ y que ha de operar en todos los Estados por mor del principio de cooperación leal (art. 4.3º TUE).

A la luz de estos breves apuntes, el presente artículo estudia los efectos que el régimen europeo de *effet utile* produce sobre el funcionamiento ordinario del régimen arbitral internacional y, en especial, sobre la prohibición de *révision au fond*. La conclusión, que ya se anticipa, es que, a pesar de que el legislador de la Unión haya permanecido aparentemente ajeno a la esfera arbitral, la masa normativa de Derecho europeo sustantivo y los principios que garantizan su efectividad afectan directamente al funcionamiento del sistema arbitral, hasta el punto de poner en duda varios de sus principios fundamentales y amenazar su éxito en la actividad comercial transfronteriza.

II. La autonomía procesal de los Estados miembros en materia arbitral

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que hasta la fecha ha tratado la relación del arbitraje y el Derecho de la Unión se ha mostrado tradicionalmente respetuosa con la autonomía procesal de los Estados en materia arbitral. Estas sentencias reconocen que la regulación de las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución corresponde a cada legislador nacional. Por tanto, si las normas de la Unión han de tener alguna relevancia en el contexto de estas acciones, ha de serlo exclusivamente a través del cauce procesal proporcionado por cada Estado miembro. Así, la sentencia *Eco Swiss* reconoció que el control de los laudos arbitrales internacionales que plantean cuestiones de Derecho de la Unión puede ser “de mayor o menor entidad según el caso”, en función de

⁶ Por todos, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90: *Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros / República Italiana* [1991] Rec. I-05357, pár. 32; C-213/89: *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros* [1990] Rec. I-2433, pár. 19; y 106/77: *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Simmenthal SpA* [1978] Rec. I-223, pár. 16.

⁷ La jurisprudencia en este punto es abundante. Vid. Sección III.3.B.a para más datos sobre la misma.

las normas adoptadas por los Estados miembros en el marco de su autonomía procesal⁸. Es decir, que la capacidad de invocar normas de origen europeo en la fase post-laudo queda supeditada al régimen procedimental arbitral que libremente adopta cada Estado. Igualmente, el Tribunal de Justicia ha aceptado en varios asuntos que las acciones judiciales de control de laudos pueden estar sometidas a un plazo de caducidad y que, siempre que éste sea razonable, la expiración de ese plazo blindará la validez del laudo (consolida su *res judicata*), incluso cuando las razones que pudieran justificar su anulación fueran de orden público⁹.

Sobre esta base, autores clásicos del Derecho europeo afirman que, sin perjuicio de que se proclame la primacía de las normas de la Unión, se ha de aceptar que el régimen procesal y las prácticas procedimentales de los Estados miembros puedan modular en cierta medida la operatividad de los instrumentos europeos¹⁰, con el resultado de que no siempre pueda garantizarse que la misma norma europea vaya a producir idénticos resultados en todo el territorio de la Unión. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, esta posible distorsión de efectos viene únicamente matizada por los principios de equivalencia y de efectividad¹¹. Según el primero, no se permite que la regulación contenida en el ordenamiento de cada Estado para la tutela de derechos individuales varíe sus requisitos según la base jurídica del Derecho, de modo que sea menos favorable cuando éstos se contienen en normas europeas. Por su parte, el principio de efectividad prohíbe que el régimen interno haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. El contenido exacto que este segundo principio despliega en la disciplina arbitral carece de un tratamiento preciso tanto en la esfera doctrinal como en la jurisprudencial. A ello se destina la siguiente sección.

⁸ Cit., párr. 32, con referencia también al as. 102/81: *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH / Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y otros*, [1982] I-1095, párr. 14.

⁹ El más reciente es el Asunto C-40/08: *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, / *Cristina Rodríguez Nogueira*, [2009] Rec. I-09579, párrs. 36 ss, invocando la relevancia del principio de cosa juzgada “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia” (párr. 36) [plazo de caducidad de 2 meses]. Vid. también los Asuntos *Eco Swiss*, cit. [plazo de caducidad de 3 meses] y C-312/93: *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS / Belgian State*, [1995] Rec. I-4599 [plazo de caducidad de 60 días].

¹⁰ B. de Witte, “Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order”, en P. Craig y G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 1999, pp. 177-213, p. 206, con abundantes citas.

¹¹ Por todos, *Asturcom*, cit., párr. 39; C-168/05: *Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL* [2006] Rec. I-10421, párr. 24; acumulados C-392/04 y C-422/04: *i-21 Germany GmbH y Arcor AG & Co. KG / Bundesrepublik Deutschland* [2006] Rec. I-08559, párr. 57; y C-78/98: *Shirley Preston y otros / Wolverhampton Healthcare NHS Trust y otros* [2000] Rec. I-3201, párr. 31.

III. El *effet utile* del Derecho europeo en la fase post-laudo

A pesar de la aparente permisividad adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión sí produce efectos importantes sobre el funcionamiento del régimen arbitral propio de la fase post-laudo. Esta influencia tiene naturaleza operativa o procesal y, por lo tanto, va más allá del empleo de algunas normas de Derecho europeo para dar contenido a la excepción de orden público¹². Principalmente, los efectos son tres. En primer lugar, las normas de la Unión pueden alterar las reglas de distribución de la carga de la prueba que operan en las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución de laudos. En segundo lugar, afectan al enfoque que las autoridades de los Estados miembros han de adoptar cuando establecen los límites de su intervención judicial en el contexto de la excepción de orden público. Finalmente, debilitan la eficacia real de la prohibición de revisión de fondo del laudo inspiradora de la legislación arbitral. Los siguientes apartados estudian sendos efectos.

1. La alteración en la atribución de la carga de la prueba

El régimen aplicable a las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales distingue entre dos tipos de causales: los que han de ser alegados por la parte que ha sido vencida en el arbitraje y pretende oponerse al laudo, y los que pueden ser invocados por el órgano judicial sin necesidad de que lo haga ninguna de las partes¹³. Dentro de los primeros se encuentra el relativo a la invalidez o inexistencia del convenio arbitral, mientras que el causal de orden público se encuadra en el segundo grupo. Además, algunos Estados prevén que la falta de alegación de los causales pertenecientes a la primera categoría durante la tramitación del arbitraje, siempre y cuando hubiera sido posible, extingue la posibilidad de invocarlos en la fase post-laudo¹⁴.

De acuerdo con la autonomía procesal de los Estados anteriormente mencionada, podría entenderse que estas cuestiones de prueba (distribución de la carga de la misma y pérdida de la posibilidad de alegar algunos causales) es una prerrogativa de los legisladores nacionales, pues no existe en la normativa europea

¹² V.gr., *Eco Swiss, cit.*, en relación con el Derecho de la competencia o *Asturcom, cit.*, con el Derecho de protección del consumidor contra cláusulas abusivas.

¹³ Esta división está presente en los arts. 34 y 36 LMU, en el art. v. CNY o en el art. 41 LA.

¹⁴ El ejemplo más claro de este régimen lo constituye la sec. 73(1) *English Arbitration Act*, aunque jurisprudencia en muchos otros Estados de la Unión se pronuncia en el mismo sentido. Por ejemplo, la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 18 noviembre 2004, *Thalès*, RG n° 2002/19606, p. 9.

ninguna referencia expresa al respecto. Esta intuición, sin embargo, resulta precipitada.

En el asunto *Mostaza Claro*¹⁵, el Tribunal de Justicia fue interrogado acerca de la posibilidad de que un órgano judicial que conocía de una acción de anulación apreciara la nulidad del convenio arbitral y anulara el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contenía una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alegó en el recurso de anulación pero no durante el procedimiento arbitral. Tras analizar el funcionamiento general del régimen europeo de cláusulas abusivas,¹⁶ que también se aplica a los convenios arbitrales, el Tribunal concluyó que la posibilidad de declarar la invalidez de la cláusula arbitral por mor de su carácter abusivo continuaba disponible en el seno de una acción de anulación. Es decir, que resultaba irrelevante que no hubiera sido invocada durante el procedimiento arbitral y que el régimen arbitral prescribiera el deber general de alegar esa causa en el seno del arbitraje con carácter previo. Con esta respuesta se pretendía compensar la desigualdad que caracteriza a los contratos de consumo y aminorar “el riesgo no desdeñable de que éste [el consumidor] ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos” (pár. 28). Y todo ello a pesar de que tanto una de las partes como el Gobierno alemán alegaran que si se permitiera al órgano jurisdiccional apreciar la nulidad de un convenio arbitral en los casos en los que el consumidor no ha propuesto dicha excepción en el procedimiento de arbitraje, quedaría gravemente menoscabada la eficacia de los laudos arbitrales (pár. 33).

Más aun, el Tribunal estableció que tal causa de invalidez del convenio arbitral debía ser evaluada de oficio por el propio órgano judicial (“intervención positiva, ajena a las partes del contrato”, pár. 26). Lo relevante de este punto es que la sentencia no recurrió al causal de orden público para justificar esta descarga del deber probatorio para las partes, sino que se refirió directamente a la necesidad de alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva (pár. 30) y al carácter imperativo de las normas de consumo relativas a las cláusulas abusivas (pár. 36). Es cierto que en el posterior asunto *Asturcom* el Tribunal de Justicia declaró que esta legislación constituye parte del orden público de origen europeo¹⁷. Sin embargo, el análisis más sucinto en *Mostaza Claro* demuestra que el

¹⁵ *Cit.*

¹⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95/29 de 21.4.1993).

¹⁷ B.U. Graf y A.E. Appleton, “ECJ Case /40/08 *Asturcom* – EU Unfair Terms Law Confirmed as a matter of Public Policy”, *ASA Bulletin*, 28, n° 2, 2010, pp. 413–418, p. 413, también declaran que el Tribunal de Justicia en *Mostaza Claro*, *cit.*, no aclaró si la normativa de consumo en cuestión podía calificarse de orden público.

Derecho de la Unión no se detiene en la distribución probatoria diseñada por los Estados, sino que con el fin de garantizar la efectividad de sus normas otorga a las autoridades de los Estados facultades procesales que van más allá de, o incluso contravienen, su régimen procedimental interno.

La solución provista en *Mostaza Claro* actúa como una importante matización a la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en la que se afirmaba que

“... el Derecho comunitario no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales aducir de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, cuando el examen de este motivo les obligaría a renunciar a la pasividad que les incumbe, saliéndose de los límites del litigio tal como ha sido circunscrito por las partes y basándose en hechos y circunstancias distintos de aquellos en los que fundó su demanda la parte interesada en la aplicación de dichas disposiciones”¹⁸.

Más allá de la validez genérica de esta afirmación, la conclusión en *Mostaza Claro* demuestra que cuando las normas europeas tengan carácter imperativo, el juez nacional ha de garantizar su efectividad. En el contexto de las acciones judiciales interpuestas en la fase post-laudo, no es necesario que tales normas sean calificadas también como de orden público, y tampoco resulta relevante que los causales en materia arbitral no prevean la violación de normas imperativas como una razón para anular el laudo y denegar su eficacia. Es incluso irrelevante que tal normativa no haya sido alegada por la parte a la que le corresponde de la prueba. Solo dotando al juez nacional del deber de garantizar el Derecho europeo imperativo puede garantizarse la efectividad real del mismo.

2. El paso del minimalismo al maximalismo en la excepción de orden público

Según el enfoque tradicionalmente aceptado por los Estados en la configuración del causal de orden público, la invalidez o ineficacia de un laudo arbitral solo puede justificarse cuando tal laudo sea manifiestamente contrario al orden público internacional¹⁹. Mediante estas matizaciones se pretende elevar al máximo el umbral de permisividad de los Estados con respecto a las violaciones que puede contener una decisión arbitral (“manifiestamente”) y, a su vez, reducir el conjunto de normas o principios cuya vulneración justifica la intervención censora de las autoridades judiciales (“internacional”). Aunque este enfoque

¹⁸ Asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93: *Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [1995] I-4705, pár. 22. El caso no tenía relación con arbitraje.

¹⁹ Así lo proclaman en España las resoluciones mencionadas en la nota 2 y en Francia la sentencia de la *Cour d'appel* de París en *Thalès*, cit., p. 9 y de la *Cour de cassation*, Sala Primera de lo Civil, de 4 junio 2008, *Cytec*, nº 0615.320, *Bull. civ. I*, nº 162, p. 4.

“minimalista” no tiene reflejo positivo en muchas legislaciones arbitrales²⁰, sí que goza de apoyo jurisprudencial en la mayoría de los ordenamientos y es la interpretación dominante en la doctrina especializada²¹.

Asimismo es una construcción conocida para las instituciones de la Unión. Así, la conocida sentencia *Eco Swiss* tomó como punto de partida para su análisis que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales” (pár. 35). En el mismo sentido se pronunció el Abogado General Wathelet en el asunto *Gazprom / Lituania*. Por una parte, el Abogado General reconoció con aprobación que los Estados miembros, en uso de su derecho de dar contenido específico al causal de orden público,²² han adoptado tradicionalmente una concepción muy estricta del mismo y que el Derecho europeo debe evitar interferir sobre él de forma innecesaria. Por otra parte, enfatizó que cuando la Unión ha tenido que referirse a la cláusula de orden público en el contexto de normas europeas...

“Según una jurisprudencia bien asentada, [dicha cláusula] debe ‘interpretarse restrictivamente’ y [...] ‘únicamente debe aplicarse en casos excepcionales’. Por consiguiente, ‘sólo cabe aplicar’ tal concepto ‘en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental’. El menoscabo ‘debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento’”²³.

Puesto en práctica, el enfoque minimalista implica que no toda violación del orden público justifica la anulación o ineficacia del laudo, sino que tal vulneración ha de ser flagrante, sin que para percibirla haya que realizar un análisis detallado. No es posible, por tanto, que la autoridad nacional lleve a cabo un

²⁰ Así, el art. 41.1º.f) LA, la sec 68(2)(g) *English Arbitration Act* o los arts. 34.2º.b.ii) y 36.1º.b.ii) LMU solo se refieren a “orden público” (“*public policy*”). Como excepción, los arts. 1514 y 1520.5º *Code de Procédure Civile* francés se ciñen a “*manifestement contraire à l’ordre public international*”.

²¹ Por todos, L.G. Radicati di Brozolo, “Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of the Arbitrators”, *Arb. Int’l*, vol. 27, nº 1, 2011, pp. 1–25; G. Blanke, “The ‘Minimalist’ and ‘Maximalist’ Approach to Reviewing Competition Law Awards: a Neverending Saga”, *Stockholm Int’l Arb. Rev.*, 2, 2007, pp. 51–78; A. Mourre y L.G. Radicati di Brozolo, “Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back”, *J. Int’l Arb.*, vol. 23, nº 2, 2006, pp. 171–188.

²² Como así reconoce, por ejemplo la Guía de la CNUDMI relativa a la Convención de Nueva York, en relación con el art. V.2º.b) (punto 4), y sin perjuicio de que Sentencias del TJUE como *Eco Swiss*, cit., o *Asturcom*, cit., hayan identificado puntos concretos de Derecho europeo que tienen naturaleza de orden público.

²³ Opinión del AG Wathelet, de 4 diciembre 2014, en el as. C–536/13: *Gazprom OAO / República de Lituania*, [2015] Rec. I–0000, pár. 172 (notas omitidas).

estudio prolijo del fondo de la decisión arbitral para averiguar si existe una vulneración de las normas de orden público. De acuerdo con el régimen arbitral, ello implicaría trasgredir la prohibición de revisión de fondo del laudo y equivaldría a una segunda decisión sobre la misma disputa. *De facto*, esta interpretación conduce las más de las veces al blindaje del laudo, a pesar de que el régimen arbitral sí prevea un causal dedicado al orden público.

Pues bien, aunque el discurso general mencionado en la anterior sección proclame la autonomía procesal de los Estados, la realidad es que el principio de efectividad del Derecho europeo altera de forma sustancial el funcionamiento de la excepción de orden público en sede arbitral. El reciente asunto *Genentech / Hoechst GmbH*²⁴ constituye buena prueba de ello. Este caso derivó de una acción de anulación tramitada ante la *cour d'appel* de París en la que se debatía la compatibilidad de la decisión arbitral con el Derecho de la competencia de la Unión. En general, la jurisprudencia francesa en esta materia ha sido marcadamente minimalista, con casos como *Thalès*²⁵ o *Cytec*²⁶, que exigen casos de violación manifiesta y rechazan tanto la posibilidad de que la autoridad judicial reevalúe la aplicación del Derecho de la competencia realizada por la autoridad arbitral como la opción de que este análisis se lleve a acabo *ex novo* si no ha sido invocado en el procedimiento arbitral. Pues bien, a pesar de la dimensión ya clásica de esta jurisprudencia y de la fuerte tradición arbitral francesa, la *cour d'appel* decidió en *Genentech* plantear ante el Tribunal de Justicia si en el contexto de una acción de anulación ha de entenderse como contrario al Derecho de la competencia (art. 101 TFUE) que un laudo arbitral dote de eficacia a un contrato de licencia de patentes que impone la obligación de pagar un canon por la utilización de unos derechos relativos a esas patentes a pesar de que las mismas hayan sido anuladas por una autoridad competente. A la espera de la respuesta por el Tribunal de Justicia, la Opinión del Abogado General Wathelet emitida el 17 marzo 2016 ofrece base de análisis suficiente para el presente artículo.

Tal y como reconoce el Abogado General, el laudo definitivo ya hacía constar que *Genentech* había advertido al tribunal arbitral que “los esfuerzos de *Hoechst* para interpretar [el acuerdo de licencia] de manera que le permitiera cobrar unos cánones periódicos variables sin tener en cuenta el hecho de si los productos que se suponían bajo licencia [estaban] o no cubiertos por las patentes bajo licencia violaban la normativa antimonopolista de la Unión Europea”²⁷. También se expone en la Opinión que el reputado árbitro Pierre Karrer no obvió completamen-

²⁴ As. C-567/14: *Genentech / Hoechst GmbH*, pendiente de resolución.

²⁵ *Cit.*, p. 9.

²⁶ *Cit.*, p. 4.

²⁷ Pár. 219 del laudo definitivo, según cita del AG Wathelet en el pár. 24 de su Opinión.

te esta afirmación, sino que la excluyó por falta de prueba. En concreto, el laudo declaró que “Genentech no [había] especificad[o] cómo [resultaría] vulnerado [el Derecho de la competencia de la Unión] [...] si ésta perd[ía] el presente arbitraje. La ley alemana sobre las licencias autoriza los contratos de licencia para la utilización de unos conocimientos técnicos no patentados y puede contemplar cánones para tal fin. No se puede cambiar este hecho alegando –sin más argumentos– que esta licencia viola [el Derecho de la competencia de la Unión]”²⁸.

Sobre esta base, las cuestiones relativas para el presente estudio son dobles. Partiendo de que el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho de la competencia, y el art. 101 TFUE en particular, forma parte del orden público de los Estados miembros, ¿puede una autoridad nacional en el contexto de una acción de anulación sumergirse en el análisis de legalidad de una relación obligacional cuando el árbitro exclusivamente competente para la resolución de la disputa ya tuvo oportunidad de hacerlo y concluyó que la parte que planteaba esa cuestión falló en proporcionar argumentos sustantivos suficientes? Y, en segundo lugar, asumiendo que la autoridad nacional sí esté facultada para llevar a cabo ese estudio, ¿cuál es el grado de prueba que ha de exigirse a la presunta vulneración del art. 101 TFUE para que pueda justificar la anulación del laudo?

La respuesta propuesta por el Abogado General para ambas cuestiones viene esencialmente marcada por el principio de efectividad del Derecho europeo. En cuanto a la primera, no puede entenderse que la respuesta dada por el árbitro impida un análisis posterior en sede judicial. Si la infracción alegada hace referencia a una parcela del ordenamiento jurídico que forma parte del orden público, el hecho de que exista un análisis previo por la autoridad arbitral, por muy profundo que sea, no puede operar como límite para la facultad controladora del juez nacional. Por otra parte, tampoco puede entenderse que la falta de debate de la cuestión de orden público en el seno del arbitraje deba impedir que ese argumento sea invocado en la fase post-laudo. Es por esta razón que el Abogado General rechaza la distinción entre supuestos en los que las normas de orden público ya han sido analizadas por el tribunal y escenarios en los que el laudo guarda silencio respecto de las mismas (párrs. 48–49). De lo contrario, se caería en el error de condicionar la efectividad de las normas fundamentales de Derecho europeo a la actividad procesal de las partes durante el arbitraje y al argumento empleado por unos profesionales (los árbitros) cuya principal función no es la tutela de los derechos reconocidos por la normativa de la Unión. Esta conclusión es predicable no solo cuando la cuestión calificada de orden público

²⁸ Pár. 222 del laudo definitivo, según cita del AG Wathelet en el pár. 25 de su Opinión.

afecte a la resolución del fondo del asunto, sino que también es válida cuando surja en el contexto de la determinación por el tribunal de su propia competencia. Por tanto, la Opinión lleva al resultado de que no puede impedirse el análisis en la fase post-laudo de normas europeas de orden público mediante la invocación de la prohibición de *révision au fond* o la interpretación estricta de la faceta negativa del principio *kompetenz-kompetenz*, pues permitir la operatividad de estas reglas supondría un obstáculo de origen nacional para la efectividad plena del Derecho de la Unión.

Este mismo argumento lleva al Abogado General a concluir que, una vez se invoca la posible violación del orden público de origen europeo, la intervención de la autoridad nacional no puede quedar restringida a casos de vulneración manifiesta o flagrante (párrs. 58 y 65–67). Por el contrario, la relevancia de las normas en cuestión requiere que el juez pueda llevar a cabo un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas y jurídicas que sustenten esa conclusión. En línea con la Opinión, esta postura viene justificada por dos razones adicionales (pár. 70). Por una parte, se debe a que los tribunales arbitrales no pueden plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, de modo que corresponde a los órganos estatales garantizar en la fase post-laudo el respeto con las normas europeas de orden público. Por la otra, también viene motivado por la naturaleza de la función arbitral, que viene principalmente centrada en la resolución de la disputa inter partes y excluye como misión en sí misma la tutela de los intereses protegidos a través del Derecho de la Unión.

La facultad de llevar a cabo un análisis detallado resulta especialmente relevante en el contexto de las infracciones del orden público que por definición carecen de la obviedad generalmente requerida por las legislaciones arbitrales nacionales. Este es el caso de los acuerdos entre empresas que tengan por efecto (en vez de por objeto) la restricción de la competencia en el Mercado interior²⁹. Tal y como explica el Abogado General, estos casos exigen “un examen más que mínimo del fondo del laudo arbitral” (pár. 65), pero no por ello han quedar excluidos del escrutinio judicial, sobre todo cuando el art. 101 TFUE no establece ningún tipo de graduación de las infracciones en función de su evidencia y de su nocividad.

²⁹ En concreto, el AG afirma en el pár. 64 de su Opinión que “Si el control de un laudo arbitral internacional con respecto a las normas de orden público europeo (que sólo comprenden una categoría de disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión ya de por sí restringida) debiera limitarse a las violaciones manifiestas o flagrantes del artículo 101 TFUE, dicho control sería ilusorio, habida cuenta del hecho de que los acuerdos o prácticas que pueden restringir o falsear el juego de la competencia están ‘a menudo encubiertos’, lo que daría lugar en muchos casos a la imposibilidad (o a la excesiva dificultad) para que los justiciables pudieran ejercer los derechos que les confiere el Derecho de la competencia de la Unión” (citas omitidas).

En definitiva, lo que este asunto demuestra es que incluso un Abogado General que emitió pocos meses antes una Opinión marcadamente pro-arbitral en el asunto *Gazprom* reconoce la necesidad de garantizar el principio de efectividad de normas europeas calificadas de orden público, hasta el punto de que este imperativo prevalece sobre las restricciones que los ordenamientos nacionales prevén en relación con esa excepción. Ni la prohibición de *révision au fond* ni la limitación a los supuestos de violación flagrante pueden impedir un análisis pleno por parte de la autoridad judicial. Es decir, un enfoque maximalista frente al minimalismo tradicionalmente aceptado, que garantiza que el arbitraje no se convierta en una herramienta de evasión de principios fundamentales del ordenamiento de la Unión.

3. El principio de *effet utile* como límite general a la prohibición de la *révision au fond*

El asunto *Genentech* demuestra que la tradicional prohibición nacional de *révision au fond* en el contexto arbitral no es absoluta, sino que ha de ceder en casos de posible violación de normas europeas de orden público. Cabe preguntarse ahora si dicha prohibición ha de ceder en otros escenarios en los que el Derecho de la Unión haya sido aplicado por los árbitros para resolver la controversia. En concreto, lo que aquí se plantea es si la alegación relativa a una posible aplicación o interpretación errónea de la normativa europea por un tribunal arbitral puede justificar que un órgano judicial reevalúe el fondo de la decisión arbitral, no porque tales normas sean per se conformadoras del orden público sino porque no hacerlo equivaldría a legitimar un laudo que no aplica o aplica incorrectamente el Derecho de la Unión y derivaría en un incumplimiento por parte de la autoridad estatal de su deber de cooperación leal con la Unión. Es decir, una pregunta que pretende averiguar cuál es el nivel de intromisión que el principio de efectividad del Derecho de la Unión puede llegar a tener en el régimen arbitral y el carácter definitivo de los laudos.

Esta es una cuestión que no ha gozado de mucha atención en el pasado, probablemente por la aceptación generalizada de la prohibición de la *révision au fond* e, incluso, por la idea de que en el arbitraje internacional los errores ordinarios en la aplicación del Derecho no son razón para la anulación del laudo ni para su ineficacia³⁰. De hecho, podría entenderse que el reconocimiento del prin-

³⁰ Para una perspectiva global, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, vol. LXI, n° 1, 2009, pp. 39–74, p. 68. Como notable excepción, en Estados Unidos se prevé el “*manifest disregard of the law*” como una causa excepcional de anulación del laudo, y en Reino Unido el “*error on a point of English law*” (sec. 69 *Arbitration Act*) también permite la anulación.

cipio de autonomía procesal por el Tribunal de Justicia debería dotar a los Estados de cierto margen de maniobra en el ámbito arbitral, con sujeción únicamente a los límites establecidos por los ya mencionados principios de equivalencia y de efectividad. En este sentido se ha pronunciado uno de los pocos autores que ha tratado el tema aquí estudiado, llegando a declarar que “*not all breaches of EU law will necessarily result in an invalidation of the resultant award*”³¹.

A pesar de esta opinión, no parece que la pretendida autonomía de los Estados miembros en materia arbitral sea razón suficiente para justificar sin más que el Derecho interno de los Estados impida la eficacia real de las prescripciones normativas aprobadas por el legislador de la Unión. Por el contrario, resulta necesario llevar a cabo un análisis mucho más detallado de la cuestión. En primer lugar, procede estudiar cuál es el tratamiento que el régimen europeo de reconocimiento y ejecución de sentencias da a los errores en la aplicación del Derecho europeo, y evaluar si ese mismo tratamiento puede extenderse a la esfera arbitral. En segundo lugar, hay que plantearse si el principio de efectividad, unido a los de primacía y cooperación leal, es compatible con un régimen arbitral que por definición prohíbe la revisión de la aplicación del Derecho realizada por los árbitros y que impide frontalmente, salvo en supuestos de orden público, la anulación o ineficacia de un laudo que no respeta los mandatos normativos de la Unión.

A) El error de Derecho en el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por Estados miembros

Al igual que los laudos, las sentencias también pueden contener errores en la interpretación o aplicación del Derecho europeo. Cuando estas decisiones han sido dictadas por una autoridad jurisdiccional de un Estado miembro, su régimen de eficacia transfronteriza en el territorio de la Unión viene regulado por el Reglamento Bruselas I *bis*. Este instrumento, como también lo hacían sus predecesores³², establece una prohibición de revisión de fondo similar a la predicada en la esfera arbitral. En concreto, el art. 52 RB I *bis* establece que “La resolución dictada en un Estado miembro en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro requerido”. Igualmente, el art. 45.1º.a) RB I *bis* prevé la excepción de orden público como causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera.

³¹ G. Blanke, “The Application of EU Law to Arbitration in the UK: A Study on Practice and Procedure”, *European Business L. Rev.*, 2014, pp. 1–66, pp. 6 y 24.

³² Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001 (Bruselas I).

Lo que el tenor del Reglamento no deja claro es si el error en la aplicación del Derecho europeo puede constituir una razón para activar la excepción de orden público. Es decir, un interrogante idéntico al aquí planteado con respecto a la esfera arbitral. Sin embargo, y a diferencia de la situación en materia arbitral, sí existe una línea de jurisprudencia de la Unión que da respuesta a esta cuestión. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en casos como *Renault*³³, *Apostolides*³⁴ o *Diageo Brands*³⁵ que errores en la aplicación de normas de la Unión que no constituyan parte del orden público no pueden justificar ni la revisión del fondo de la resolución judicial ni la denegación de su reconocimiento. Con ello se viene a reconocer que el principio de efectividad del Derecho europeo no puede invocarse para pasar por encima del régimen de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales aprobado por la propia Unión Europea. También implica que la excepción de orden público en el contexto del Reglamento Bruselas I no incluye el principio de efectividad, salvo en relación con las normas europeas que, por sí mismas, tengan carácter de orden público³⁶.

Sobre esta base, podría argumentarse que si la Unión Europea defiende esta posición en relación con la efectividad de su propio Derecho en el ámbito de las resoluciones judiciales, cuando la misma cuestión se plantee ante las autoridades de un Estado miembro en el contexto de una acción post-laudo, no podrá invocarse la excepción de orden público para denegar la validez o eficacia de la decisión arbitral. Esta posición, sin embargo, ignora que las razones que motivan la doctrina del Tribunal de Justicia no son trasladables a la esfera arbitral. En concreto, los mencionados Asuntos basan su conclusión en un doble motivo.

Por una parte, las sentencias citadas exponen que la excepción de orden público es un obstáculo para la consecución de la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el territorio de la Unión, que es uno de los objetivos fundamentales de la política de la Unión en materia del espacio de libertad, seguridad y justicia. Como tal, la cláusula de orden público ha de interpretarse de forma estricta, quedando reservada a supuestos verdaderamente excepcionales en los que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por constituir una violación manifiesta de una

³³ As. C-38/98: *Régie nationale des usines Renault SA / Maxicar SpA and Orazio Formento*, [2000] Rec. I-2973, pár. 29.

³⁴ As. C-420/07: *Meletis Apostolides / David Charles Orams y Linda Elizabeth Orams*, [2009] I-3571, pár. 58.

³⁵ As. C-681/13: *Diageo Brands BV / Simiramida-04 EOOD*, [2015] Rec. I-0000, pár. 43.

³⁶ De hecho, *Renault, cit.*, pár. 32, declara “que este posible error se refiera a normas de Derecho comunitario no modifica los requisitos para invocar la cláusula de orden público”.

norma jurídica considerada esencial en el Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento³⁷.

Sin lugar a dudas, la libre circulación de laudos a nivel internacional no es un objetivo que persiga el legislador de la Unión. Si acaso, los instrumentos europeos han declarado expresamente en varias ocasiones que la materia arbitral comercial internacional está fuera de la esfera normativa de la Unión. Deriva de ello que no puede garantizarse que el interés que mueve al Tribunal de Justicia a adoptar una concepción tan estricta del orden público fuera resultar igualmente determinante si el Tribunal recibiera acerca de la posibilidad de subsumir los errores de Derecho europeo en la excepción de orden público arbitral.

Por la otra parte, los Asuntos citados también justifican su postura sobre la base de que el principio de confianza recíproca hace que se considere suficiente que las partes involucradas en la resolución judicial extranjera hayan contado en origen con un sistema judicial y un régimen de recursos que permitan obtener una tutela efectiva de los derechos previstos en la normativa europea³⁸. Tal y como afirman todas estas sentencias, ese régimen se complementa también con el mecanismo de remisión prejudicial al Tribunal de Justicia previsto en el art. 267 TFUE, que “proporciona a los justiciables una garantía suficiente” sobre la correcta aplicación del Derecho de la Unión³⁹.

En línea con la conclusión alcanzada en el primer motivo, este argumento tampoco es trasladable a la lógica arbitral. En primer lugar, porque la relación que mantienen las autoridades de los Estados miembros y los tribunales arbitrales no está regida por el principio de confianza recíproca, tal y como han reconocido el Tribunal de Justicia y el Abogado General Wathelet en el asunto *Gazprom*⁴⁰. En segundo lugar, porque el régimen arbitral se caracteriza generalmente por la existencia de una única instancia, sin que se permita la posibilidad de que la decisión arbitral sea revisada ni por una autoridad jurisdiccional estatal ni por un segundo tribunal arbitral antes de adquirir firmeza. Por último, porque el Tribunal de Justicia ha prohibido expresamente en varias ocasiones que los tribunales arbitrales le remitan cuestiones prejudiciales con la intención de clarificar el contenido e interpretación del Derecho europeo⁴¹. Por tanto, las acciones judiciales en la fase post-laudo, y en especial la acción de anulación, constituyen el

³⁷ Por todos, asuntos *Diageo Brands*, cit., pár. 41; *Apostolides*, cit., pár. 55; *Renault*, cit., pár. 26; o *C-7/98: Dieter Krombach / André Bamberski*, [2000] Rec. I-01935, párs. 21 y 37.

³⁸ *Renault*, cit., pár. 33; *Apostolides*, cit., pár. 60; *Diageo Brands*, cit., pár. 49.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Cit.*, párs. 37 y 154, respectivamente.

⁴¹ As. C-125/04: *Denuit and Cordenier / Transorient*, [2005] Rec. I-923, pár. 13; *Eco Swiss*, cit., pár. 34; *Nordsee*, cit., párs. 10-12.

único mecanismo mediante el que una autoridad judicial puede conocer del perjuicio causado por la no aplicación o la incorrecta aplicación de la normativa de la Unión.

En este sentido, resulta altamente esclarecedor que el propio Abogado General Wathelet haya reconocido en su Opinión correspondiente al asunto *Genentech* que:

“... el sistema de control de la compatibilidad de los laudos arbitrales internacionales con el Derecho sustantivo de la Unión mediante la reserva de orden público, en el marco, bien de un recurso contra el reconocimiento y la ejecución, bien de un recurso de anulación, hace recaer la carga del control en la fase posterior, esto es, en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, antes que en la fase anterior, esto es, en los órganos arbitrales”⁴².

Hasta tal punto es crucial esta atribución de funciones que el Abogado General acaba concluyendo que

“Este sistema funciona, por tanto, al contrario del sistema de confianza mutua establecido en particular en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que encomienda la carga del respeto del Derecho de la Unión, aplicable al fondo del asunto, incluidas las normas de orden público europeo, al órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto (es decir, a una fase anterior) y no en una fase posterior, al órgano jurisdiccional encargado del reconocimiento y la ejecución”⁴³.

Deriva de los apuntes anteriores que la concepción de orden público, propia del régimen europeo de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, no es trasladable a la esfera arbitral. Es decir, si la no aplicación o la aplicación errónea del Derecho de la Unión ha de ser un factor inocuo para la validez y eficacia de los laudos comerciales internacionales, no ha de serlo sobre la base de la solución que ha alcanzado el Tribunal de Justicia para problemas equivalentes en sede de resoluciones judiciales, sino que será necesario acudir a otras razones ancladas exclusivamente en la lógica arbitral. Pero ello no implica dejar completamente de lado el Derecho de la Unión. Precisamente por la imposibilidad de trasladar a las acciones post-laudo la concepción de orden público, propia del régimen Bruselas I, deviene necesario evaluar si la excepción de orden público aplicable a esas acciones ha de incluir reglas o principios propios del Derecho europeo que pueden verse vulnerados cuando un laudo contrario a ese Derecho recibe aprobación judicial. En concreto, si la frustración del principio de efectividad de la normativa de la Unión, así como los principios de coopera-

⁴² Pár. 60 (notas omitidas).

⁴³ Pár. 62 (notas omitidas).

ción leal y de primacía que lo sostienen, han de incluirse en la noción de orden público arbitral de los Estados miembros.

B) La compatibilidad entre el Derecho europeo y el régimen estricto de las acciones post-laudo

Sería ingenuo pensar que todo el Derecho de la Unión tiene carácter de orden público en el contexto del arbitraje por el mero hecho de haber sido aprobado por las instituciones europeas. Así lo han reconocido también agentes de la Unión como el Abogado General Wathelet en la Opinión del asunto *Gazprom*⁴⁴. Sin embargo, no puede ignorarse que el funcionamiento correcto del régimen normativo de la Unión se asienta sobre un marco de principios fundamentales que buscan garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por las normas europeas. Lo que aquí se plantea es si la imposibilidad total de invocar esos derechos ante los órganos judiciales nacionales, cuando la decisión arbitral los ha denegado erróneamente, es un sistema que tiene cabida en el marco de efectividad diseñado por la Unión. Como se ha apuntado en el apartado anterior, las acciones judiciales en la fase post-laudo constituyen en la práctica arbitral la primera oportunidad para las partes de hacer valer sus derechos ante las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros. Por tanto, no se trata aquí de evaluar si las condiciones para hacer valer esos derechos son razonables o no, tal y como ya ha debatido la jurisprudencia de la Unión en relación con el plazo de interposición de esas acciones⁴⁵, sino que la cuestión planteada aborda el encaje dentro de los principios de efectividad, primacía y cooperación leal de un sistema nacional que deniega por completo la posibilidad de invocar un derecho salvo que tenga la consideración de orden público. Es decir, un sistema de causales cerrados y estrictos que ni siquiera permite garantizar la aplicación adecuada de la normativa europea de carácter imperativo, con excepción de la calificable como de orden público.

Es por esta última razón que no resulta acertado justificar la imposibilidad de revisión de fondo sobre la base de haber sido las partes quienes han optado voluntariamente por el arbitraje, pues si bien este argumento puede funcionar en el contexto de normas disponibles, no es predicable cuando la normativa cuya efectividad se priva es de carácter imperativo. En esos casos, la libertad de las partes de optar por la vía arbitral ha de quedar sujeta al mandato legislativo de someter ciertos aspectos de la relación a un régimen obligatorio. La opción en favor del arbitraje continúa disponible para las partes, pues las materias son arbitrales,

⁴⁴ *Cit.*, pár. 182.

⁴⁵ *Vid.* Sección II *supra*.

pero tal sumisión al arbitraje no puede equivaler a una renuncia de derechos que son de por sí irrenunciables.

A pesar de esta idea, la realidad es que el sistema de causales estrictos no garantiza la aplicación de esa normativa. De hecho, ese riesgo ha llevado a los jueces de más de un Estado miembro a denegar la eficacia de convenios arbitrales en relación con disputas que, se preveía, requerían la aplicación de regímenes imperativos europeos. Dicho de otro modo, la falta de certeza para el juez de que el futuro tribunal arbitral y, en última instancia, los órganos judiciales competentes para la fase post-laudo fueran (o siquiera pudieran) tutelar los intereses protegidos por el Derecho europeo de naturaleza imperativa ha sido entendida como una causa para declarar a un convenio arbitral “nulo, ineficaz o inaplicable” a los efectos del art. II.3º Convención de Nueva York. Así lo decidió la *High Court* inglesa en el caso *Accentuate Ltd v. Asigra Inc*⁴⁶, en el que el contrato de agencia entre una parte canadiense (principal) y una parte inglesa (agente) incluía un convenio arbitral con sede en Ontario y ley aplicable canadiense. Citando el carácter imperativo de la normativa europea reguladora de los contratos de agencia, tal y como había declarado el Tribunal de Justicia en *Ingmar*⁴⁷, y basándose en el deber de los Estados miembros de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión⁴⁸, la *High Court* denegó la ejecución del convenio arbitral y aceptó la competencia para conocer del fondo de la disputa⁴⁹. Como deriva de estos argumentos, el motivo que llevó al tribunal inglés a dicho pronunciamiento no fue la falta de arbitrabilidad de la disputa, que no se disputó en ningún momento, sino la falta de garantías ofrecida por el régimen arbitral con respeto a la aplicación de la normativa europea.

En opinión del autor, este tipo de decisiones daña el funcionamiento del arbitraje, pues opta por eliminar el riesgo a través de la exclusión del mecanismo extrajudicial en su totalidad. Tal y como ha reconocido el Abogado General Wathelet, el arbitraje no es per se nocivo para el Derecho europeo⁵⁰, pues nada impide que los árbitros apliquen la normativa imperativa de la Unión, tanto por acuerdo de las partes como por entender que es un deber inherente a su actividad

⁴⁶ *Accentuate Ltd. v. Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB), pár. 79.

⁴⁷ As. C-381/98: *Ingmar GB Ltd. / Eaton Leonard Technologies Ltd*, [2000] Rec. I-9305, pár. 25.

⁴⁸ Con cita expresa de varios fragmentos del asunto *Simmenthal*, *cit.*, párs. 17-22.

⁴⁹ Razonamientos parecidos pueden encontrarse en Bélgica, sentencia de la *Cour de cassation* de 16 noviembre 2006 (*Van Hopplynus Instruments S.A. / Coherent Inc.*), disponible en *Rev. belge dr. com.*, 2007, p. 889; y en Alemania, sentencia de *Oberlandesgericht München* de 17 mayo 2006, disponible en *Praxis Des Internationalen Privat- Und Verfahrensrechts* 2007, p. 322. Ambas analizadas con detalle en J. Kleinheisterkamp, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements”, *World Arbitration & Mediation Review*, 3, nº 2, 2009, pp. 91-120.

⁵⁰ *Vid.* nota 3 *supra*.

arbitral⁵¹. El verdadero problema deriva de la falta de herramientas correctoras suficientes para el supuesto en que la decisión arbitral no se acomode a los mandatos de la Unión. Visto así, en vez de impedir el arbitraje *a priori*, parece más apropiado buscar fórmulas alternativas que permitan acomodar la efectividad de las normas europeas en la fase post-laudo⁵².

Es aquí donde deviene necesario abordar la viabilidad de tal acomodo en el régimen arbitral de los Estados miembros. Este estudio puede abordarse desde dos perspectivas distintas. La opción menos intrusiva consiste en intentar emplear los propios causales del sistema arbitral para dar cabida al régimen de efectividad del Derecho de la Unión. En concreto, evaluar si esos principios fundamentales son conformadores del orden público, hasta el punto de que su cumplimiento exige a las autoridades de los Estados miembros revisar la aplicación de la normativa de la Unión para no infringir sus deberes de cooperación leal hacia la Unión. Esta es una opción que respeta en la medida de lo posible el régimen arbitral pero que al mismo tiempo amplía el grado de revisión ejercible por los jueces estatales a través de la excepción de orden público. La segunda alternativa, más radical, consiste en plantear la confluencia entre las normas europeas y el régimen arbitral de los Estados como una cuestión de jerarquía normativa, de modo que la atención se centre en determinar la primacía de aplicación de unas sobre otras sin necesidad de forzar la interpretación de los causales arbitrales para subsumir los principios del Derecho de la Unión. Estas opciones se analizan en los siguientes subapartados.

a) El principio de efectividad como componente
del orden público europeo

El principio de efectividad es una de las claves de bóveda del Derecho de la Unión. Son innumerables las sentencias del Tribunal de Justicia que han invocado “la plena eficacia de las normas comunitarias y la protección efectiva de los derechos que éstas reconocen”⁵³ como el fundamento para sustentar doctrinas

⁵¹ El contenido y alcance de este deber es una cuestión harto controvertida que excede del objeto del presente artículo.

⁵² En otro lugar, este autor ha defendido como alternativa la posibilidad de que sean los propios árbitros, y no los órganos judiciales *a priori*, los que puedan declararse incompetentes para decidir la disputa si la presencia de normas imperativas o intereses meta-privados les lleva a considerar que no son el foro apropiado para su resolución. Vid. M. Penadés Fons, “La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*”, en J. Alcaide Fernández y E.W. Petit de Gabriel, *España y la Unión Europea en el orden internacional. Libro de las XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, en prensa.

⁵³ Asuntos citados en nota 6 *supra*.

como el efecto directo e indirecto del Derecho europeo o la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por su incumplimiento. Todas ellas son construcciones desarrolladas por la jurisprudencia de la Unión sobre la base de la necesidad garantizar la efectividad del Derecho europeo. De hecho, se ha dicho que esos principios son inherentes, esenciales y definitorios del ordenamiento jurídico de la Unión⁵⁴.

Desde la perspectiva europea, tan relevante es la plenitud ininterrumpida de las normas de la Unión, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha dudado en afirmar que la primacía del Derecho europeo es predicable frente a todas “las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional”⁵⁵. Es decir, una concepción tan absoluta que desemboca en que “*all EU law prevails over all national law*”⁵⁶ y que, por tanto, no deja indemne al arbitraje. Así, es cierto que la materia arbitral ha permanecido fuera de la esfera regulatoria directa del legislador de la Unión. Sin embargo, la creciente masa normativa de naturaleza sustantiva que deviene relevante para la resolución del fondo de disputas sometidas a arbitraje acarrea consigo la necesidad de adaptar los cauces previstos por los Estados miembros para las acciones post-laudo con el fin de garantizar la eficacia de aquellos derechos con base jurídica europea que sean sometidos a juicio en el procedimiento arbitral. Es decir, no es un caso que plantea la primacía *stricto sensu* del Derecho europeo sobre los ordenamientos internos, pues no existe una duplicidad de regulación sobre una misma materia⁵⁷, sino que es un supuesto derivado de la obstaculización que la normativa nacional produce con respecto a la plenitud del mandato europeo. Este es un escenario que también ha quedado cubierto en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de la Unión.

En concreto, en *Simmenthal* el Tribunal de Justicia entendió que el principio de efectividad no podía quedar restringido a la idea, ya de por sí ambiciosa, de que:

⁵⁴ En la jurisprudencia, *vid.* por todos, *Factortame*, *cit.*, pár. 31 o el as. C-399/11: *Stefano Melloni / Ministerio Fiscal*, [2013] Rec. I-0000, pár. 59 (citando a los dictámenes 1/91, de 14 diciembre 1991, Rec. I-6079, pár. 21, y 1/09, de 8 marzo 2011, Rec. I-1137, pár. 65). En la doctrina, B. de Witte, “Direct effect...”, *loc. cit.*, pp. 178 y 198; M. Bobek, “The Effects of EU Law in the National Legal Systems”, en C. Barnard y S. Peers, *European Union Law*, Oxford, OUP, 2014, pp. 140–173, p. 160; y C. Curti Gialdino, “Some Reflections on the *Acquis Communautaire*”, *Common Market L. Rev.*, 32, 1995, pp. 1089–1121, p. 1098.

⁵⁵ As. *Melloni*, *cit.*, pár. 59; C-409/06: *Winner Wetten GmbH / Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, [2010] Rec. I-8015, pár. 61; y 11/70: *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] Rec. I-1125, pár. 3.

⁵⁶ M. Bobek, “The effects...”, *loc. cit.*, p. 159 (cursiva en origen). En el mismo sentido se pronuncian B. de Witte, “Direct effect...”, *loc. cit.*, p. 190 y S. Weatherill, *Law and Integration in the European Union*, Oxford, OUP, 1995, p. 106.

⁵⁷ Escenario que se estudia en el siguiente subapartado.

“... los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria”⁵⁸,

sino que también

“... serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias”⁵⁹.

Sobre la base de esta amplia cuesta argumentar que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no afecte a la práctica jurisprudencial dirigida a otorgar una interpretación estricta a la excepción arbitral del orden público. Por el contrario, parece que, incluso si el régimen arbitral no es per se contrario al Derecho de la Unión, su funcionamiento no puede ignorar la necesidad de hacer efectivas las normas europeas.

La obligación de interpretar el ordenamiento interno a la luz del Derecho de la Unión es una de las manifestaciones más claras de la doctrina del efecto indirecto de este Derecho. De acuerdo con una de las facetas de esta doctrina, las autoridades de los Estados miembros están obligadas a interpretar la globalidad de sus ordenamientos internos a la luz de los objetivos perseguidos por el conjunto de la normativa de la Unión, de modo que cuando una disposición de origen interno cuente con varias posibles lecturas se tendrá que optar siempre por aquella que mejor promueva los fines normativos de la Unión⁶⁰. Así lo han reconocido Asuntos como *Marleasing*⁶¹, *Pfeiffer*⁶², *Adeneler*⁶³, *Angelidaki*⁶⁴, *Kücükdeveci*⁶⁵ o *Maribel Domínguez*⁶⁶, en los que se ha llegado a declarar que

⁵⁸ *Simmenthal SpA*, cit., pár. 21.

⁵⁹ *Id*, pár. 22.

⁶⁰ Con detalle, D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law. Text and Materials*, 3ª ed., Cambridge, CUP, 2014, p. 317, y C. Docksey y B. Fitzpatrick, “The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law”, *Industrial L.J.*, 20, 1991, pp. 113–120, p. 119.

⁶¹ As. C-106/89: *Marleasing SA / La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, [1990] Rec. I-04135, pár. 8.

⁶² Asuntos acumulados C-397/01 a 403/01: *Pfeiffer y otros / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV and others*, [2004] Rec. I-8835, pár. 114.

⁶³ As. C-212/04: *Konstantinos Adeneler y otros / Ellinikos Organismos Galaktos*, [2006] Rec. I-6057, pár. 111.

“... el principio de interpretación conforme exige asimismo que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta”⁶⁷.

Como ya se ha avanzado, la traslación al arbitraje del esfuerzo requerido por esta jurisprudencia parece dirigir irrevocablemente a una interpretación amplia del causal de orden público que dé cabida al principio de efectividad del Derecho de la Unión. No cabe duda que este resultado es claramente contrario a la corriente pro-arbitral imperante. Sin embargo, es una posición que podría incluso defenderse sobre la base del deber de cooperación leal de todos los Estados miembros con la Unión Europea⁶⁸. Un deber que ya fue invocado implícitamente por el Tribunal de Justicia en *Simmenthal*:

“... el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad”.

Se desemboca con ello en una situación en la que los objetivos normativos de la Unión acaban prevaleciendo sobre los de los Estados miembros en materia arbitral. Y lo hacen no porque los intereses sustantivos de las partes involucradas en la disputa tengan carácter de orden público, pues el punto de partida de este análisis es que la normativa aquí considerada no goza de esa naturaleza, sino porque los Estados están obligados a ofrecer algún mecanismo que permita a las partes hacer efectivos sus derechos, sobre todo cuando están regulados por normas imperativas.

Así lo confirman autores líderes en Derecho europeo cuando defienden que “*parties must be given a genuine opportunity to raise pleas based on EU law*”

⁶⁴ Asuntos acumulados C-378/07 a 380/07: *Kiriaki Angelidaki y otros / Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis*, [2009] Rec. I-3071, párs. 197 y 198.

⁶⁵ As. C-555/07: *Seda Küçükdeveci / Swedex GmbH & Co.*, [2010] Rec. I-365, pár. 48.

⁶⁶ As. C-282/10: *Maribel Domínguez / Centre informatique du Centre Ouest Atlantique y Préfet de la région Centre*, [2012] Rec. I-0000, párs. 24 y 27.

⁶⁷ *Id.*, pár. 27.

⁶⁸ Tal principio está previsto en el art. 4.3º TUE: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

before national courts”⁶⁹. También lo ratifica el art. 47 CDFUE, que proclama que “[t]oda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”. Podría resultar paradójico que la base sobre el que se asienta todo el anterior análisis es el principio de efectividad. Esto es, un principio que únicamente cumple una función instrumental en el marco normativo de la Unión (la de garantizar la consecución de objetivos sustantivos europeos)⁷⁰, pero que traído al contexto de las acciones post-laudo acaba convirtiéndose en sí mismo en un principio digno de tutela a través del causal de orden público y que permite de facto que la normativa europea en su conjunto goce de un nivel de tutela mucho más favorable que el recibido por la normativa equivalente de origen interno. Sin lugar a dudas, este resultado acentúa el difícil encaje que esta interpretación pueda encontrar en las doctrinas arbitrales vigentes e incluso también parece contravenir la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en el contexto de la cláusula de orden público aplicable en el Reglamento Bruselas I *bis*, en la que se ha afirmado con rotundidad que el carácter de orden público de una norma no puede depender del rango europeo o nacional del legislador de la que emana⁷¹. A pesar de todo ello, parece que la interpretación aquí expuesta se presenta como la única forma factible de garantizar que el recurso al arbitraje no produce el riesgo de convertirse en una renuncia tácita a los derechos y obligaciones que derivan del Derecho de la Unión. Una renuncia que el Tribunal de Justicia ya excluyó de forma expresa en relación con el arbitraje en el asunto *Nordsee*⁷².

b) La primacía del Derecho europeo sobre el régimen arbitral

El anterior apartado está redactado sobre la base de que las dificultades que surgen de la interacción entre el Derecho europeo y el régimen arbitral en la fase post-laudo pueden resolverse a través de un ejercicio de interpretación de la cláusula de orden público. Sin embargo, también parecería legítimo argumentar que éste no es un problema que deba abordarse mediante herramientas interpretativas, pues el resultado al que conducen es la total desnaturalización de la excepción de orden público y del instituto arbitral en su conjunto, hasta el punto de vulnerar frontalmente la prohibición de revisión de fondo de las decisiones arbitrales.

⁶⁹ D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law...*, *op. cit.*, p. 303, citando los Asuntos C-222/05 a C-225/05: *J. van der Weerd y otros / Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, [2007] Rec. I-4233, pár. 41.

⁷⁰ D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law...*, *op. cit.*, p. 343.

⁷¹ *Renault*, *cit.*, pár. 32.

⁷² *Cit.*, pár 4. En el mismo sentido se pronuncia G. Blanke, “The Application...”, *loc. cit.*, p. 6.

En efecto, la jurisprudencia que proclama el deber de interpretación conforme a lo expuesto en el anterior subapartado subraya que tal obligación no puede servir de base para una interpretación *contra legem*⁷³. Desde esta perspectiva, la confluencia de disciplinas aquí estudiada podría también tratarse como una cuestión de primacía entre fuentes con normas incompatibles. En ese caso, el mecanismo apropiado para su resolución serían las reglas europeas de jerarquía normativa.

De acuerdo con esta lógica, la superioridad jerárquica del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos internos en todas aquellas materias que directa o indirectamente obstaculizan el *effet utile* de aquél ha de desembocar en el desplazamiento de las normas internas a favor de las europeas⁷⁴. Un desplazamiento que no supone la invalidación o la derogación tácita de la disposición interna, sino su mera des- aplicación en el caso concreto en pro de los fines de la Unión⁷⁵.

Llevado al conflicto que aquí se estudia, este régimen implica que las causales propias del régimen arbitral para la fase post-laudo deberían de ceder ante el principio de efectividad del Derecho europeo cuando una de las partes alegue fundamentalmente que los árbitros no han aplicado o han aplicado correctamente las normas de la Unión. En esos casos, no será necesario subsumir el argumento en ninguno de los motivos previstos en la legislación arbitral, sino que el juez podrá llevar a cabo el análisis de la decisión arbitral invocando exclusivamente la necesidad de garantizar la eficacia real de aquel Derecho, así como los principios de primacía y de cooperación leal que lo subyacen. Tras ese análisis, la autoridad nacional adoptará la decisión oportuna según el régimen procesal aplicable a esas acciones, esto es, anular o no el laudo⁷⁶ u ordenar o no su reconocimiento y ejecución.

Más allá de estos apuntes generales, la puesta en práctica de esta solución en el contexto de las acciones post-laudo genera la complejidad adicional de que no todas ellas se encuentran reguladas por normas del mismo origen. En efecto, el régimen de las acciones de anulación para laudos tanto domésticos como internacionales está siempre contenido en normas de origen interno, pues no existe ningún instrumento internacional que las regule. Y ello a pesar de que la UNCI-TRAL haya propuesto una fórmula uniforme a través de la LMU y de que la posibilidad de que el laudo sea anulado se mencione en los Convenios de Nueva

⁷³ Asuntos *Angelidaki*, cit., pár. 199; *Maribel Domínguez*, cit., pár. 25; y C-268/06: *Impact / Minister for Agriculture and Food* y otros, [2008] Rec. I-2483, pár. 100.

⁷⁴ Así lo disponen los asuntos C-184/89: *Helga Nimz / Freie und Hansestadt Hamburg*, [1991] Rec. I-297, pár. 50 y *Simmenthal*, cit., pár. 16. En el mismo sentido, B. de Witte, "Direct effect...", loc. cit., p. 190.

⁷⁵ M. Bobek, "The effects...", loc. cit., p. 160.

⁷⁶ En Estados como el Reino Unido se permite también corregirlo e, incluso, remitirlo a tribunal arbitral para su reconsideración. Vid. secs. 67.3.b) y 69.7.b)/c) *English Arbitration Act*.

York (art. V.1º.e)⁷⁷ y de Ginebra (art. IX)⁷⁸. En estos casos, la primacía del Derecho de la Unión sobre las disposiciones internas debería operar de acuerdo con el desplazamiento descrito en los párrafos anteriores.

Por su parte, los causales estrictos relevantes para las solicitudes de reconocimiento y ejecución tienen su base en la Convención de Nueva York. Ello requiere solventar la incompatibilidad de regímenes de acuerdo con las normas que rigen la relación entre el Derecho de la Unión y los convenios internacionales. Con carácter general, la primacía de las normas europeas también es predicable con respecto a los compromisos internacionales que los Estados miembros hayan adquirido entre ellos o con terceros Estados, como es el caso de la Convención de Nueva York. Así lo ha declarado de forma indubitada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁹.

No obstante, esa primacía está sujeta a una importante excepción. Cuando el supuesto en cuestión no derive de una “relación entre Estados miembros”, sino que implique exclusivamente a Estados terceros, y el convenio internacional generador del conflicto con el Derecho la Unión se hubiera celebrado con antelación a la adhesión del Estado miembro a la Unión, los compromisos internacionales de ese Estado prevalecerán sobre los mandatos europeos, incluso cuando su cumplimiento suponga un obstáculo para la efectividad de las norma europeas. Es decir, una excepción que requiere distinguir entre escenarios intra-UE y extra-UE. Además de la jurisprudencia mencionada en la anterior nota, esta limitación viene contenida en el art. 351 TFUE⁸⁰ y deriva del régimen general de Derecho interna-

⁷⁷ Con respecto a la posibilidad de que el hecho de que el laudo haya sido anulado pueda constituir un motivo para denegar su reconocimiento y ejecución en otro Estado.

⁷⁸ Con el objetivo de identificar en qué tipo de casos la anulación del laudo en origen puede invocarse como razón para denegar su reconocimiento y ejecución.

⁷⁹ SSTJ, asuntos C-533/08: *TNT Express Nederland BV / AXA Versicherung AG*, [2010] Rec. I-4107, pár. 52; C-301/08: *Bogiatzi / Deutscher Luftpool et al*, [2009] Rec. I-10185, pár. 19; C-242/91 P: *RTE y ITP / Comisión*, [1995] Rec. I-743, pár. 84; y C-286/86: *Ministère Public / Deserbais*, [1988] Rec. I-4907, pár. 18.

⁸⁰ Párrafos primero y segundo: “Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 enero 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común”. Aunque este precepto se refiera únicamente a “las disposiciones de los Tratados”, la primacía de los compromisos internacionales en esos supuestos es también invocable frente a cualquier otra norma de Derecho derivado de la Unión. *Vid.* as. C-158/91: *Ministère public y Direction du travail et de l'emploi / Jean-Claude Levy*, [1993] Rec. I-4287, pár. 12.

cional público contenido en el art. 30 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁸¹.

A pesar de la relevancia de este punto, no parece que la mencionada dicotomía intra-UE *versus* extra-UE sea aplicable al conflicto de fuentes aquí estudiado, pues no se trata de una situación de naturaleza relacional entre Estados, sino de un supuesto en el que un Estado ha asumido un compromiso de alcance universal en materia de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Tal alcance deriva del propio tenor del art. I CNY, que no impone ningún requisito respecto del origen del laudo y que solo concibe la relevancia de ese criterio en los casos excepcionales en los que un Estado contratante haya manifestado expresamente la voluntad de exigir el requisito de reciprocidad⁸². Es por esta razón que, a diferencia de lo que ocurre con la resoluciones judiciales, no resulta apropiado entender que la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en territorio extranjero establece una relación entre el Estado de origen y el Estado requerido.

En definitiva, deriva del análisis previo que, incluso si la confluencia entre los mandatos del Derecho europeo y los causales estrictos de las acciones post-laudo se califica como una colisión de soluciones incompatibles, la aplicación de las normas de jerarquía normativa previstas por la Unión hace prevalecer el Derecho europeo sobre el régimen arbitral. Resulta irrelevante que ese régimen esté contenido en normas de origen interno o en convenios internacionales. Es un supuesto de primacía absoluta que demuestra como la actividad normativa de la Unión puede limitar incidentalmente la expresión más absoluta de la soberanía de un Estado, su capacidad legislativa sobre materias en las que aparentemente no ha decidido competencias a las instituciones europeas⁸³.

V. La revolución silenciosa del Derecho europeo en materia arbitral

Cuando la doctrina de efecto indirecto fue creada por el Tribunal de Justicia en asuntos como *Costa*⁸⁴ y *Van Gend en Loos*⁸⁵ algunos autores llegaron a suge-

⁸¹ Art. 30.4º CVDI: “4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3. b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.”

⁸² Art. I.3: “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente”.

⁸³ D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law...*, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁴ As. 6/64: *Flaminio Costa / ENEL*, [1964] Rec. I-0099.

rir que los efectos podían calificarse de revolucionarios para la lógica jurídica ordinaria, incluso como un *coup d'état* en el Derecho⁸⁶. Las reflexiones que aquí preceden pretenden demostrar que la interacción entre el Derecho europeo y el arbitral es mucho más intensa de lo que a priori pudiera sospecharse. La influencia de uno sobre el otro es tanto sustantiva como procedimental. Afecta a la resolución del fondo del asunto, a la distribución de la carga de la prueba en las acciones post-laudo, a la intensidad de revisión que pueden llevar a cabo las autoridades judiciales de los Estados miembros y al grado de infracción de la normativa europea que se requiere para privar al laudo de validez y eficacia. Es cierto que no existe todavía un pronunciamiento claro del Tribunal de Justicia que recoja estos extremos de forma abierta e indubitada, pero tampoco puede ignorarse que es solo cuestión de tiempo. La expansión de la actividad legislativa de la Unión y la progresiva consolidación del arbitraje comercial internacional en aquellos Estados en que no gozara con antelación de uso frecuente abocan a un encuentro inevitable.

De hecho, este choque de trenes ya ha ocurrido en materia de arbitraje de inversiones, donde las autoridades europeas han declarado que la ejecución por las autoridades de un Estado miembro de un laudo CIADI que no respeta el Derecho de la Unión constituye un motivo de sanción y responsabilidad patrimonial para el Estado⁸⁷. Resulta irrelevante que un tratado internacional como el Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (arts. 53 y 54) imponga dicha ejecución e impida a esas autoridades nacionales analizar el fondo del laudo u oponerse a su cumplimiento.

No puede excluirse que un pronunciamiento parecido pueda plantearse en la esfera del arbitraje comercial, donde el principio de efectividad queda igualmente afectado y donde normas europeas de carácter regulatorio o meta-privado son cada vez de más frecuente aplicación⁸⁸. De cumplirse estos pronósticos, es posible que el Derecho de la Unión acabe por desnaturalizar la figura del arbitraje internacional. Un arbitraje à l'européenne que priva a los laudos de su carácter definitivo y reduce drásticamente el atractivo del sistema.

Es muy posible que ésta no fuera en ningún momento la intención del legislador europeo, que ha actuado en función de políticas y objetivos genuinamente

⁸⁵ As. 26/62: *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos / Netherlands Inland Revenue*, [1963] Rec. I-0001.

⁸⁶ M. Bobek, "The Effects...", *loc. cit.*, p. 160.

⁸⁷ Vid. as. T-646/14: *Micula y otros / Comisión*. Recurso interpuesto el 2 septiembre 2014 contra la Decisión C (2014) 3192 final de la Comisión, de 26 mayo 2014, en el asunto sobre ayudas de Estado SA.38517 (2014/NN), *Micula / Rumanía (laudo arbitral del CIADI)*.

⁸⁸ La posibilidad de esta responsabilidad patrimonial ya la ha apuntado G. Blanke, "The Application...", *loc. cit.*, p. 25.

ajenos al arbitraje. Pero cuando un proyecto con estructuras normativas tan complejas como el de la Unión se pone en funcionamiento y se expande no puede evitarse que surjan disfunciones o sinergias negativas en su interacción con ordenamientos de otro nivel⁸⁹. En este sentido se puede afirmar que cuando la Unión aprueba cualquier iniciativa legislativa las repercusiones normativas indirectas para los Estados son siempre mucho más amplias e impredecibles de lo que el papel pueda indicar. Es un caso “*obstacle pre-emption*” o de arrastre competencial centrípeto⁹⁰, que invariablemente convierte a la realidad normativa de cualquier materia en un híbrido jurídico, independientemente de que la competencia la preserven aparentemente los Estados miembros⁹¹. Una suerte de inter-legalidad que acaba produciendo un elevado grado de incertidumbre⁹² y que en el caso del arbitraje afecta a la labor decisora de los árbitros, a la planificación y estrategia procesal de las partes, y al escrutinio correspondiente a los órganos judiciales.

Desde la perspectiva estatal, esta revolución silenciosa, a la vez que demole-dora, del Derecho de la Unión puede poner en evidencia que el actual régimen jurídico de la Unión es el mejor reflejo jurídico de la figura de Frankenstein. Un sistema creado por los Estados, pero que ha adquirido vida y autonomía propias, que cuenta con mecanismos de auto-protección frente al posible freno de sus fundadores y que puede acabar arrollando la identidad y soberanía normativa de los mismos. Una situación cuya contención dependerá, al menos hasta que exista un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en materia arbitral, de la actitud europeísta o arbitral que adopte cada una de las autoridades de los Estados miembros que conozca de una acción post-laudo⁹³. Mientras tanto, al arbitraje no le queda otra opción que seguir operando a la sombra de la incertidumbre.

Bibliografía

Amstutz, M.: “In-Between Worlds: *Marleasing* and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning”, *European L. J.*, vol. 11, nº 6, 2005, pp. 766–784.

⁸⁹ España también es testigo de estas patologías en la interacción normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

⁹⁰ Con detalle, A. Arena, “The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen”, *Jean Monnet Working Paper*, 3, 2010, pp. 1–93, pp. 43–55.

⁹¹ Con respecto a la idea de “*hybrid law*” en el contexto europeo, *vid.* D. Chalmers, G. Davies y G. Monti, *European Union Law...*, *op. cit.*, p. 320.

⁹² M. Amstutz, “In-Between Worlds: *Marleasing* and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning”, *European L. J.*, vol. 11, nº 6, 2005, pp. 766–784, p. 781.

⁹³ La importancia de la actitud de los Estados ya la resaltaba B. de Witte, “Direct effect...”, *loc. cit.*, p. 193.

- Arena, A.: "The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen", *Jean Monnet Working Paper*, 3, 2010, pp. 1–9.
- Blanke, G.: "The 'Minimalist' and 'Maximalist' Approach to Reviewing Competition Law Awards: a Neverending Saga", *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2, 2007, pp. 51–78.
- Blanke, G.: "The Application of EU Law to Arbitration in the UK: A Study on Practice and Procedure", *European Business L. Rev.*, 2014, pp. 1–66.
- Bobek, M.: "The Effects of EU Law in the National Legal Systems", en C. Barnard y S. Peers, *European Union Law*, Oxford, OUP, 2014, pp. 140–173.
- Chalmers, D., Davies, G. y Monti, G.: *European Union Law. Text and Materials*, 3ª ed., Cambridge, CUP, 2014.
- Curti Gialdino, C.: "Some Reflections on the *Acquis Communautaire*", *Common Market L. Rev.*, 32, 1995, pp. 1089–1121.
- Docksey, C. y Fitzpatrick, B.: "The Duty of National Courts to Interpret Provisions of National Law in Accordance with Community Law", *Industrial L. J.*, 20, 1991, pp. 113–120.
- Graf, B.U. y Appleton, A.E.: "ECJ Case /40/08 *Asturcom* – EU Unfair Terms Law confirmed as a matter of public policy", *ASA Bulletin*, 28, nº 2, 2010, pp. 413–418.
- Kleinheisterkamp, J.: "The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements", *World Arbitration & Mediation Review*, 3, nº 2, 2009, pp. 91–120.
- Mourre, A. y Radicati di Brozolo, L.G.: "Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back", *J. Int'l Arb.*, vol. 23, nº 2, 2006, pp. 171–188.
- Penadés Fons, M.: "La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*", en J. Alcaide Fernández y E.W. Petit de Gabriel, *España y la Unión Europea en el orden internacional. Libro de las XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, 2016 (en prensa).
- Radicati di Brozolo, L.G.: "Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of the Arbitrators", *Arb. Int'l*, vol. 27, nº 1, 2011, pp. 1–25.
- Sánchez Lorenzo, S.: "Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *REDI*, vol. LXI, nº 1, 2009, pp. 39–74.
- Weatherill, S.: *Law and Integration in the European Union*, Oxford, OUP, 1995.
- Witte, B. de: "Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order", en P. Craig y G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 1999, pp. 177–213.

VARIA

Recepción: 17.3.2016
Aceptación: 31.5.2016

LA TUTELA CAUTELAR EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Laura GARCÍA GUTIÉRREZ *

SUMARIO: I. Introducción: las medidas cautelares y la tutela judicial internacional efectiva. II. El carácter subsidiario de la regulación de fuente interna sobre las medidas cautelares internacionales: ¿Qué margen han dejado los Convenios internacionales y los Reglamentos de la UE al legislador interno? III. El esquema foro principal más reconocimiento y ejecución – foro especial como eje del sistema. IV. Tutela cautelar y competencia judicial internacional: el nuevo art. 22 *sexies* LOPJ. V. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por un tribunal extranjero: el nuevo art. 41.4º Ley de Cooperación Jurídica Internacional. VI. La adopción de medidas cautelares mientras dura un procedimiento de ejecución en el marco de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: el nuevo art. 54.2º de la Ley. VII. Conclusiones.

RESUMEN: Las medidas cautelares se utilizan en los litigios internacionales con el fin de que la duración de los procesos no merme la efectividad de la sentencia, en un contexto en el que los riesgos para la tutela judicial efectiva son superiores a los de los procesos internos. El legislador español ha introducido nuevas reglas en esta materia en sus reformas de 2015. Se trata de evaluar si se ha avanzado en la protección de dicha tutela. El nuevo art. 22 *sexies* LOPJ es muy similar al antiguo art. 22.5º. Incluye una nueva referencia a la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando los tribunales españoles sean competentes respecto del asunto principal. Ello merece una valoración positiva. La LCJI introduce dos preceptos nuevos. En el art. 41.4º, se admite el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal extranjero. Esto supone una novedad respecto de la regulación anterior. Pero se descarta dicha posibilidad cuando las medidas se dicten *inaudita parte* o no esté en riesgo la tutela judicial efectiva. Estas dos menciones sorprenden, porque no coinciden con lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I *bis*. Finalmente, el art. 54.2º, regula la solicitud de medidas cautelares mientras dure el ejecutivo.

PALABRAS CLAVE: MEDIDAS CAUTELARES INTERNACIONALES – DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL – TUTELA JUDICIAL EFECTIVA – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Madrid.

ABSTRACT: Interim Protection in Recent Reforms of Spanish Private International Law

Provisional measures are used in International Litigation so that the duration of proceedings does not undermine the effectiveness of the judgement, in a context in which the risks for due process are higher than those of internal proceedings. The Spanish legislator has introduced new rules in this area in its reforms of 2015. This paper is about the assesment of these new rules in order to preserve due process. The new art. 22 sexies LOPJ is very similar to ancient art. 22.5°. It includes a new reference to the possibility of adopting provisional measures when the Spanish courts have jurisdiction in respect of the main proceedings. This deserves a positive assessment. The LCJI introduces two new precepts. In art. 41.4°, recognition and enforcement of interim measures issued by a foreign court is admitted. This is a novelty compared to the previous regulation. But that possibility is discarded when the measures are issued inaudita parte or there is no risk for due process. These two mentions are surprising, because they don't match with the provisions of Regulation Brussels I bis. Finally, art. 54.2° regulates the application for interim measures during the exequatur.

KEYWORDS: INTERNATIONAL PROVISIONAL MEASURES – INTERNATIONAL LITIGATION – DUE PROCESS, INTERNATIONAL JURISDICTION – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGEMENTS.

I. Introducción: las medidas cautelares y la tutela judicial internacional efectiva

La regulación de la tutela cautelar internacional forma parte del Derecho procesal civil internacional (en adelante, DPCI) de cada Estado. En este sentido, su objetivo es contribuir a la adecuada satisfacción de los derechos subjetivos a pesar de los obstáculos derivados de la división del mundo en Estados, cada uno con su propio Derecho y sistema jurisdiccional. Como es sabido, las normas del DPCI, en general, tienen como finalidad última satisfacer la tutela judicial internacional efectiva. Este objetivo deriva, en el caso español, directamente de la Constitución¹. De tal manera que, aunque se trata de normas de rango legal, tienen un fundamento constitucional². Y ello puede predicarse, por lo tanto, de las normas que en cada Estado regulan la tutela cautelar internacional. En efecto, el fundamento constitucional del DPCI no sólo tiene consecuencias para la labor del juez cuando se va a adoptar una decisión sobre el fondo en un litigio internacional, sino también para la manera en que debe prestarse la tutela cautelar de los derechos subjetivos.

Se trata, además, de un ámbito en el que existe gran disparidad en la regulación de los Derechos procesales nacionales de los Estados miembros³, pero ello

¹ Art. 24 CE.

² Vid., v.gr., F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 54–56.

³ Vid. en este sentido: F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, Granada, Comares, 1998, p. 32. En el caso español, aparte de la regulación que se puede encontrar en algunas

no debería impedir que, en el ámbito internacional, se facilite tanto el reconocimiento y ejecución de estas medidas, como su adopción directa por parte del juez cuando, no siendo competente sobre el fondo, las medidas estén llamadas a afectar a personas o bienes localizados en ese territorio. Es por ello que, en el presente trabajo, vamos a centrarnos en analizar en qué medida las nuevas normas introducidas por el legislador español, en el año 2015, respecto de las medidas cautelares y provisionales, son eficaces en relación con el objetivo señalado: la tutela judicial internacional efectiva.

En los procedimientos internos, también la tutela judicial efectiva aparece claramente como el fundamento último de la tutela cautelar⁴. En definitiva, las medidas cautelares responden a la idea de que la duración de los litigios puede frustrar la satisfacción adecuada de los derechos subjetivos, viéndose, de este modo, afectada la eficacia del proceso y de la futura sentencia⁵. Eso sí, en cuanto al momento temporal en el que pueden solicitarse, el legislador español ha sido flexible, pues es posible hacerlo tanto antes de la demanda⁶, como junto a ella e incluso tras la misma, cuando la petición se basa en la aparición de hechos o circunstancias posteriores. Si este es el diagnóstico en los procesos meramente internos, estos riesgos se ven claramente incrementados en el ámbito de los liti-

normas especiales, puede verse lo dispuesto en el Título VI de la LEC 1/2000, arts. 721–747. Concretamente, el art. 727 enumera algunas de las medidas cautelares que pueden solicitarse, pero no se trata de un *numerus clausus*. El artículo deja expresamente la puerta abierta a “otras que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayese en juicio” (nº 11 del citado artículo). Es decir, cabe cualquier otra que se estime adecuada para conseguir el objetivo perseguido. Esta apertura a otros tipos de medidas que puedan solicitarse favorece, en mi opinión, que puedan reconocerse y ejecutarse en España medidas que, como tales, no coincidan exactamente con las enumeradas en este precepto. Una visión de Derecho comparado de estas medidas puede verse en F. Gascón Inchausti, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 17 ss; *id.*, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 105 ss.

⁴ En palabras de J.M. Asencio Mellado, “La tutela judicial efectiva implica adoptar previamente cuantas medidas sean necesarias para asegurar, desde un primer momento, la eficacia misma de la sentencia que, en su caso y previsiblemente se pronuncie” (*cf. Derecho procesal civil*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 419). *Vid.*, también, V. Pérez Daudí, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 17. A este respecto, *vid.* STC 14/1992, de 10 febrero 1992 en la que se afirma que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

⁵ Por eso, las medidas se mantienen solamente mientras dura el proceso y deben extinguirse con la sentencia firme. *Vid.* sobre la función de las medidas cautelares en relación con la efectividad de la sentencia: F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 283; *id.*, *La adopción de medidas...*, *op. cit.*, p. 13.

⁶ Siempre que en un plazo de veinte días se presente la demanda principal (art. 730.2º LEC). Creo que una cautela similar se podría adoptar cuando la medida *ante demandam* se presenta en relación con un litigio para el cual fuese competente un tribunal extranjero.

gios internacionales⁷. Los procesos con vínculos internacionales tienden a durar más que los internos. En los primeros, sabemos que es preciso hacer notificaciones al extranjero, obtener pruebas más allá del foro y, en numerosas ocasiones, es preciso acreditar o investigar también el contenido y vigencia de un Derecho extranjero. A ello se une la constatación de que el demandado puede trasladar estratégicamente su patrimonio, para situarlo en los denominados “paraísos de ejecución”⁸. Esto es, puede suceder que el demandado decida trasladar su patrimonio, con el fin de que no se vean afectados sus bienes por una decisión judicial desfavorable para sus intereses.

Estos mayores riesgos de los litigios internacionales, justifican que la tutela cautelar deba estar regulada de una manera adecuada. De tal modo que la regulación de los Estados a este respecto pueda funcionar como un freno, facilitando el acceso a la justicia, pero sin invadir injustificadamente la esfera del demandado⁹. Pues en estos supuestos existe otro derecho fundamental en tensión: el del demandado a un proceso con todas las garantías¹⁰. Es decir, no debería afectarse a su patrimonio si no concurren las dos condiciones que fundamentan la adopción de medidas cautelares, tanto a nivel interno como internacional: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹¹. Esto es, sólo deben adoptarse medidas cautelares si el actor justifica un apariencia de derecho a su favor y en contra del demandado del que se solicita la medida y siempre que se acredite que, de no adoptarse, durante la pendencia del proceso pueden producirse situaciones que impidan o dificulten la eficacia de la futura sentencia. Sin embargo, es evidente que el legislador nacional se ve limitado en este punto, dado que su regulación será siempre subsidiaria de la regulación prevista en los Convenios internacionales y la normativa de la UE. Dejando a un lado las normas de los Convenios internacionales de los que España es parte¹², tanto el legislador de la UE como el

⁷ Vid. esta idea en L. Collins, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Recueil des Cours*, t. 234, 1992, p. 234.

⁸ Vid. en este mismo sentido, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 262.

⁹ Las medidas cautelares suponen una injerencia en los derechos y bienes del demandado sin haber sido aún condenado y, por ello, están supeditadas al cumplimiento de ciertos presupuestos (vid. en Derecho procesal español, J. M. Asencio Mellado, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 419 y 420). Por ello, además, el art. 728.3º LEC establece que, como regla, el demandante debe prestar caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la adopción injustificada de una de estas medidas.

¹⁰ Vid. sobre la tensión entre el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante y el derecho a un proceso con todas las garantías del demandado: F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 5.

¹¹ Art. 728 LEC.

¹² Vid. al respecto, J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006, p. 38. Este autor se refiere, por ejemplo, a los Convenios con Brasil, México, El Salvador y Túnez.

legislador nacional han sido sensibles a esta problemática y han introducido en la normativa vigente una regulación sobre las medidas cautelares. Así, hay normas sobre medidas cautelares en el RB I *bis*, el Convenio de Lugano de 2007, el RB II *bis*, el Reglamento de alimentos o el Reglamento de sucesiones. Incluso se ha adoptado un Reglamento específico sobre embargo de cuentas bancarias: el Reglamento que regula la orden europea de retención de cuentas.

En este trabajo, me voy a centrar en analizar la labor del legislador nacional a este respecto, sin olvidar que tal regulación está claramente inspirada en estos Reglamentos de la UE que contienen el Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) europeo. Nos interesa, por lo tanto, a los efectos del presente trabajo, la regulación de fuente meramente interna, puesto que nos centraremos en las recientes reformas de 2015 tanto de la LOPJ, como de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante, LCJI).

II. El carácter subsidiario de la regulación de fuente interna sobre las medidas cautelares internacionales: ¿Qué margen han dejado los Convenios internacionales y los Reglamentos de la UE al legislador interno?

No obstante, debemos ser conscientes de un dato fundamental: la regulación de estas dos normas, la LOPJ y la LCJI, es de aplicación subsidiaria¹³, es decir se debe aplicar “en último término”. Ello está presente en el art. 21.1º LOPJ, en el que se afirma que los tribunales españoles serán competentes con arreglo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de UE y, en tercer y último lugar, en las leyes españolas. Y también, de una manera más explícita, en el art. 2 LCJI, en cuya letra c se afirma la aplicación subsidiaria de dicha Ley en relación con las normas de la UE, los Tratados internacionales y las normas especiales de Derecho interno¹⁴.

Es importante, por consiguiente, dejar claro que, las nuevas normas de la LOPJ y la LCJI sobre medidas cautelares se aplicarán dentro del margen que los Convenios internacionales y las normas de la UE dejen a ambas.

En cuanto a la LOPJ, en el ámbito de la competencia judicial internacional, el margen que queda a la aplicación del art. 22 *sexies* es bastante estrecho. En este artículo, se afirma que los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas cautelares si lo son para conocer del asunto principal, o bien cuando se

¹³ Vid. en este mismo sentido, J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas...*, op. cit., p. 39.

¹⁴ Existe al respecto una regulación dispersa en normas especiales que regulan aspectos como la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, los derechos de propiedad intelectual, patentes, marcas, publicidad o competencia desleal.

trate de adoptar medidas respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y que deban cumplirse en España. Por lo que se refiere a la primera parte (competencia para dictar medidas cautelares sobre la base de que los tribunales españoles son competentes para conocer del fondo del asunto), ello supone que los tribunales españoles son competentes en virtud de un foro distinto al del propio art. 22 *sexies*. Esto implica que, o bien estaríamos fuera del ámbito de aplicación material de los Reglamentos de la UE (= litigios en materia de efectos del matrimonio o para el establecimiento de la filiación), o bien dentro del margen que dichos Reglamentos dejan al Derecho autónomo de los Estados miembros. Así, en el caso paradigmático del RB I *bis*, con carácter general, cuando el domicilio del demandado no se encuentre en la Unión Europea¹⁵.

Respecto de la otra posibilidad que prevé el Reglamento: la adopción de medidas cautelares a pesar de no tener atribuida competencia los tribunales españoles para conocer del fondo del asunto, cuando las medidas afecten a personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España, la posibilidad de aplicar el art. 22 *sexies* es aún más limitada. Tomemos como ejemplo el Reglamento básico del DIPr de la UE: el RB I *bis*. Se trata de ver cuál es el ámbito de aplicación espacial del art. 35 RB I *bis*, que es el que prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares a pesar de carecer de competencia sobre el fondo del asunto. El margen que este artículo deja al art. 22 *sexies* de la LOPJ depende de la postura que adoptemos sobre cuándo se aplica el citado art. 35 y sobre si este artículo debe considerarse una norma de competencia directa o una norma de remisión a las normas de CJI nacionales¹⁶. La segunda opción sí ampliaría notablemente el número de supuestos en los que el citado artículo de la LOPJ es aplicable.

La doctrina más destacada ha subrayado que la aplicación del art. 35 RB I *bis* dependería únicamente de que nos encontrásemos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento¹⁷. Esta idea se apoya principalmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Concretamente, en la sentencia *Van Uden*¹⁸, pero no encuentra fundamento en el

¹⁵ Vid. art. 6 RB I *bis*.

¹⁶ Vid. referencias a los autores que defienden una u otra postura y a la posición del TJUE al respecto en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 266 y en M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 347.

¹⁷ Vid. en este sentido, F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 197. De acuerdo con lo afirmado por este autor, la aplicación del art. 35 RB I *bis* dependería únicamente de que la pretensión principal estuviera incluida en el ámbito de aplicación material definido en el art. 1 del mismo. Vid., asimismo, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 340.

¹⁸ STJUE 17 noviembre 1998, as. C-391/95.

Derecho positivo. En esta sentencia, el TJUE se mostró favorable a aplicar el antecedente del art. 35 RB I *bis*, el art. 24 CB, en relación con las medidas cautelares que pudieran adoptarse en un procedimiento arbitral.

No obstante, en mi opinión, esta afirmación es dudosa, puesto que no encuentra apoyo en ninguna norma de dicho Reglamento. El propio art. 35 nada señala a este respecto. Y es sabido que la regla general en cuanto al ámbito de aplicación espacial del Reglamento es la regla de la conexión europea establecida en el art. 6 del mismo. Es decir que, salvo en el caso de los foros exclusivos, la sumisión expresa y los contratos de trabajo y consumo, cuando el demandante es el trabajador o el consumidor, el Reglamento se aplica respecto de los demandados domiciliados en la UE. Creo que de ello podría deducirse también que la aplicación del art. 35, en el cual se regula la CJI para adoptar medidas cautelares por un tribunal distinto al que esté conociendo de la acción principal, depende de dicha conexión europea. Es decir que en el litigio principal el demandado debería tener su domicilio en un Estado miembro, salvo en los tres casos que acabamos de señalar que constituyen una excepción a dicha regla general. De tal manera que el art. 22 *sexies* LOPJ se aplicaría respecto de demandados domiciliados en terceros Estados. De no ser así, dentro del ámbito de aplicación material del RB I *bis* no quedaría espacio para el art. 22 *sexies* LOPJ.

La excepción a dicha regla serían aquellos litigios para los que el órgano jurisdiccional se hubiera declarado competente en virtud de un foro exclusivo, de la autonomía de la voluntad o de los arts. 18.1º y 21.2º RB I *bis* para los contratos de consumo y trabajo.

En definitiva, creo que la aplicación del art. 35 RB I *bis* o de la LOPJ depende de que para el litigio principal la competencia del tribunal se hubiera afirmado sobre la base del RB I *bis* o de la propia LOPJ. Eso sería, a mi juicio, lo determinante.

No obstante, aunque entendiésemos que la posición acertada es la que defiende que el art. 35 RB I *bis* se aplica siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento, surgiría la siguiente duda: ¿Implica este dato que el art. 35 RB I *bis* se aplica igualmente cuando el litigio sobre el fondo está teniendo lugar en un Estado miembro que cuando está conociendo de la cuestión principal un tribunal de un tercer Estado? Si de acuerdo con la sentencia *Van Uden* que acabamos de mencionar el art. 35 se aplicaría incluso para adoptar medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral, de ello podría deducirse que también cabe su aplicación cuando sobre el fondo está conociendo el tribunal de un tercer Estado. Pero da la impresión de que esto sería ir demasiado lejos, aplicando el art. 35 RB I *bis* en un ámbito que debería dejarse al Derecho

autónomo de los Estados miembros. Es decir, en nuestro caso al art. 22 *sexies* de la LOPJ. La cuestión, no obstante, como puede observarse, es debatible.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que existen opiniones divergentes sobre el carácter de norma de CJI directa del art. 35 RB I *bis*. Una parte de la doctrina entiende esta norma, no como una regla que atribuye directamente CJI, sino como una norma de remisión a los Derechos nacionales¹⁹. De ser correcto este último punto de vista, la norma a la que tendríamos que recurrir para afirmar la CJI en los casos en que se haga uso del citado art. 35 sería el mismo art. 22 *sexies* LOPJ.

Un argumento a favor de la aplicación de la regla de la conexión europea a la adopción de medidas cautelares sobre la base del RB I *bis* es la propia existencia del Convenio de Lugano de 2007. Si partiésemos de la base de que las medidas cautelares del art. 35 RB I *bis* se aplican cuando la pretensión principal se sitúa dentro de su ámbito de aplicación material, sin ningún requisito más añadido, entonces en ningún caso el art. 31 del Convenio de Lugano tendría aplicación por parte de los tribunales de los Estados miembros a la hora de adoptar medidas cautelares ante los tribunales de un Estado que no es competente para conocer sobre el fondo. Ese artículo se encontraría, entonces, materialmente derogado.

En mi opinión, para poder afirmarse dicha conclusión se precisaría una previsión expresa en el RB I *bis*. De lo contrario, la regla a tener en cuenta debería ser la regla general en cuanto al ámbito de aplicación del Reglamento. De ello se deduciría que si el domicilio del demandado en el litigio principal se encontrase en Suiza, Noruega o Islandia, la adopción de medidas cautelares por un tribunal distinto del competente sobre el fondo del asunto, dependería de lo dispuesto en el precitado art. 31 del Convenio de Lugano.

Por lo que se refiere a la relación de la LOPJ y el RB II *bis* en cuanto a la competencia para la adopción de medidas cautelares, en mi opinión la aplicación del art. 20 del Reglamento depende de que para el litigio principal el órgano jurisdiccional se haya considerado competente en virtud de las normas de dicho Reglamento o no.

En el caso de las acciones de separación, nulidad o divorcio el margen que queda a la CJI sobre la base de la LOPJ es muy pequeño. No sólo debe tratarse de litigios en los que ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro sea competente, el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, ni sea nacional de otro Estado miembro, sino que además, al haber reproducido el le-

¹⁹ Vid. al respecto, pero al hilo del análisis del antiguo art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 92–95, entre otras.

gislador interno español los foros de competencia del propio Reglamento, tan sólo quedaría espacio para afirmar la competencia por sumisión tácita sobre la base del art. 22 *bis* LOPJ. Siempre, además, que no seamos estrictos en la aplicación del desafortunado inicio de este artículo, que parece limitar, en principio, tanto la sumisión expresa como la sumisión tácita a aquellos supuestos en los que “*una norma expresamente lo permita*”.

Para las acciones de responsabilidad parental, el margen de la LOPJ es mayor. En principio, se aplicará cuando la residencia habitual del menor esté en un Estado tercero y no concurren las circunstancias de los otros foros que prevé el Reglamento. Así, los foros basados en la prórroga de la competencia del art. 12.2º y 3º y el foro de necesidad del art. 12.4º RB II *bis*.

En el caso del Reglamento 4/2009, en materia de alimentos, el art. 14 también prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales o cautelares. En este caso, dado que, como señala el Considerando 15, el hecho de que el demandado tenga su residencia en un tercer Estado ha dejado de ser causa de inaplicación de sus reglas de competencia, por comparación con el RB I *bis*, sí que puede afirmarse sin dudas que dicho art. 14 se aplicará siempre que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación material de este Reglamento. Luego el margen que queda para el art. 22 *sexies* LOPJ en este tipo de litigios es muy limitado, salvo claro está, que entendamos que el citado art. 14 es una norma de remisión que precisa del art. 22 *sexies* para concretar la CJI. En todo caso, en mi opinión, si del litigio principal estuviera conociendo un tercer Estado, también encontraría aplicación el art. 22 *sexies* LOPJ, para adoptar medidas cautelares o principales en relación con el mismo.

Por último, en el caso de las sucesiones tampoco quedaría margen para la LOPJ como en el caso del Reglamento de alimentos. Salvo, en mi opinión, para los casos en que este conociendo del asunto principal un tercer Estado. Ello derivaría del dato de que las normas del Reglamento 650/2012 han sustituido a las de los Derechos autónomos de los Estados miembros en materia de CJI para este tipo de supuestos²⁰. De tal manera que la CJI para adoptar medidas por parte de los tribunales españoles en materia de sucesiones, cuando estos no constituyan el foro principal, se haría con arreglo al art. 19 de dicho Reglamento.

Por lo que se refiere a la LCJI, ésta regula básicamente el reconocimiento y ejecución en España de medidas cautelares adoptadas por un foro principal extranjero también con carácter subsidiario. La regla general es que estas normas

²⁰ Vid. al respecto Y. Dutrey, “La nueva regulación comunitaria en materia de sucesiones internacionales”, en <http://www.winkelsabogados.com/la-nueva-regulacion-comunitaria-en-materia-de-sucesiones-internacionales> (visitado el 26.2.2016).

se aplicarán en el ámbito material de los Reglamentos de la UE, cuando la medida provenga de los tribunales de un tercer Estado²¹ y, en el caso de las materias no reguladas por ninguna norma de la Unión Europea²², cuando se trate de una resolución extranjera con independencia de que provenga de Estados miembros de la UE o de Estados terceros.

III. El esquema foro principal más reconocimiento y ejecución – foro especial como eje del sistema

Antes de proceder a centrarnos en las nuevas normas adoptadas por nuestro legislador interno a este respecto, debemos volver a referirnos a los Reglamentos de la UE en materia de DIPr. Esto se debe a que no solamente estos instrumentos son de aplicación preferente frente a las normas de origen interno, sino que además, claramente, han influido en la regulación española de fuente interna.

En este sentido, lo primero que se detecta al estudiar los arts. 22 *sexies* LOPJ y 41.4º LCJI, es que el esquema del que se parte para regular la tutela cautelar internacional coincide con el de las normas de la UE²³. La idea de la que se parte es que las medidas cautelares pueden adoptarse bien por los tribunales que conocen de la demanda principal (= foro principal), o bien por los tribunales del Estado en cuyo territorio la medida debe desplegar eficacia (= foro especial). En el primer caso, si las medidas que adopta el juez extranjero han de desplegar eficacia en el foro, se trataría de medidas previstas en la ley del foro, que van a aplicarse en ese mismo Estado y, por lo tanto, en nada difieren de las medidas cautelares que podrían dictarse en un proceso meramente interno. No precisan, por lo tanto, de reconocimiento y ejecución. Pero nos interesan particularmente las medidas adoptadas por el juez competente para la acción principal²⁴ llamadas a producir efectos extraterritoriales. De igual modo nos interesa analizar la situación en la que en lugar de solicitar la medida cautelar al juez competente para la

²¹ Sobre el margen que el RB I *bis* deja en estos supuestos al Derecho autónomo de los Estados miembros, *vid.* A. Giardina, “Provisional Measures in Europe: Some Comparative Observations”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/ Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 507 y 508.

²² Ni, obviamente, por ningún Convenio internacional.

²³ En este sentido, merece la pena destacar el Considerando 16 del Reglamento de procedimientos de insolvencia, en el que se deja claro que cabe tanto la adopción de medidas cautelares por el tribunal competente para abrir el procedimiento principal, como por cualquier otro Estado miembro donde existan bienes sobre la base del art. 38 RPI, que se verían afectados por la medida de conservación o protección.

²⁴ Que quizá es el que en mejor situación se encuentra para apreciar que existe el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

acción principal, se optaría por solicitarla al juez del Estado en el que ésta haya de desplegar su eficacia. Esta última decisión circunscribiría su eficacia al territorio del foro.

Esto significa que, en la práctica, podrían suceder dos cosas. En primer lugar, podría ocurrir que se solicitase en España el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que estableciese una determinada medida cautelar, llamada a producir sus efectos en España. En segundo lugar, podría suceder que se solicitara en España la adopción de una medida cautelar, no siendo España el Estado en el que se está desarrollando el procedimiento principal. Esta última posibilidad ya estaba prevista en el art. 722 LEC, siempre que se dieran los presupuestos legalmente previstos y que para conocer del asunto principal no tuvieran atribuida competencia exclusiva los tribunales españoles. Esta última cautela se justifica porque, en ese caso, la sentencia del procedimiento principal no podría ser objeto de reconocimiento y ejecución en España.

Creo que es conveniente insistir en la idea de que el legislador nacional en sus reformas ha tendido a seguir el modelo de los Reglamentos de la UE, incluso por lo que se refiere a la redacción misma de las normas. Lejos de efectuar una crítica fácil de este extremo, una crítica por falta de originalidad, creo que ello debe leerse de manera positiva, porque es un índice de que, desde el punto de vista hermenéutico, las normas de nuestro DIPr forman un sistema. Ello implica que la regulación autónoma puede integrarse acudiendo a los Reglamentos de la Unión Europea, lo cual aporta coherencia al sistema, sin perder de vista que se trata de normas aplicables esencialmente a las relaciones con terceros Estados.

Este es un dato importante. Es lo que justifica que, en los casos en los que los tribunales de un tercer Estado estuvieran conociendo del fondo del litigio y se solicitase el reconocimiento y ejecución en España de una medida cautelar o provisional dictada por dichos órganos jurisdiccionales, la ejecución de la medida debería depender de que la eventual sentencia extranjera fuese susceptible de reconocimiento y ejecución en España. Esto es, procedería un juicio de reconocibilidad previo de la decisión extranjera²⁵ del mismo tipo que el que se realiza en el caso de la litispendencia respecto de terceros Estados y en el de la incompatibilidad de la decisión de la que se pretende el reconocimiento y la ejecución y otra decisión proveniente de otro Estado miembro o de un tercer Estado.

²⁵ En este sentido se manifiestan F.J. Garcimartín Alférez en *Derecho internacional...*, op. cit., p. 202 o A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en *Derecho internacional...*, op. cit., p. 344.

IV. Tutela cautelar y competencia judicial internacional: el nuevo art. 22 *sexies* de la Ley Orgánica del Poder Judicial

En el caso de la LOPJ, el nuevo art. 22 *sexies* ha venido, básicamente, a mantener la regulación del foro especial para las medidas cautelares que se contenía en el antiguo art. 22.5º LOPJ. Esto es así porque, en los dos preceptos, se afirma la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas “*provisionales o de aseguramiento*” respecto de personas o bienes que se encuentren territorio español y deban cumplirse en España. Sin embargo, en 2015, se añade una mención final en el art. 22 *sexies* en cuanto a la posibilidad de que también los tribunales españoles adopten medidas cautelares cuando sean competentes para conocer del asunto principal. Por lo tanto, ya no es posible mantener que de este precepto se deriva la imposibilidad de que los tribunales españoles adopten medidas cautelares cuando sean competentes en relación con el procedimiento principal con eficacia extraterritorial²⁶.

Queda claro en este precepto, por lo tanto, el esquema foro principal más reconocimiento y ejecución – foro especial, del que parte el legislador para la implementación de este tipo de medidas. Y es patente también, a mi juicio, que la medida cautelar se concibe como instrumental²⁷ y dependiente del proceso principal, aunque este se esté desarrollando en el extranjero. Pero, en sí misma, tiene carácter autónomo, pues se adopta bajo unos presupuestos procesales y, en caso necesario, como ocurre cuando se hace uso del que hemos denominado “foro especial”, en un procedimiento autónomo del principal²⁸. Eso sí, sobre la base del art. 22 *sexies* el juez español sólo podrá adoptar las medidas cautelares y provisionales previstas en su propia ley²⁹.

En la medida en que, como hemos señalado anteriormente, mantengamos que los arts. 35 RB I *bis*, 31 CL, 20 RB II *bis*, 14 Reglamento 4/2009 y 19 Reglamento de sucesiones no son normas de CJI directa, sino normas de remisión a las reglas de competencia nacionales, el art. 22 *sexies* sería la base sobre la que se podrían solicitar medidas cautelares sobre bienes y personas situadas en territo-

²⁶ Vid. autores citados en relación con esta idea en la nota 9, p. 250 de F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*

²⁷ Sobre la instrumentalidad de las medidas cautelares en relación con el litigio principal, dado que no satisfacen de modo definitivo el interés del actor, ni ponen fin al conflicto, *vid.* F. Gascón Inchausti, *La adopción de medidas...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Vid., esta idea, para el ámbito del Derecho interno en V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, *Derecho procesal civil. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 405.

²⁹ De acuerdo con el precitado art. 727 LEC o una norma especial.

rio español, cuando sobre el fondo del litigio estuviera conociendo un tribunal extranjero. En este punto, conviene destacar, no obstante, que hay artículos en relación con los cuales resulta complicado defender la postura que acabamos de mencionar. En el caso del art. 20 RB II *bis*, la redacción parece bastante clara en cuanto que se está pensando en la adopción de medidas cautelares “*en relación con personas o bienes presentes...*” en el Estado donde se solicita la medida cuando los tribunales de otro Estado miembro sean competentes para conocer sobre el fondo. Creo que la redacción de este artículo abunda en la idea de que lo más sencillo sería entender que todas estas normas de los Reglamentos prevén un foro especial de competencia directa.

En los casos en que los tribunales españoles adopten las medidas cautelares en tanto que tribunales competentes para conocer sobre el fondo, como prevé el art. 22 *sexies in fine* LOPJ, la eficacia extraterritorial de estas medidas dependerá de la cooperación de los otros Estados.

No recoge la LOPJ una norma expresa sobre qué sucede en los casos en que nos encontremos ante un foro de competencia exclusiva en favor de los tribunales de otro Estado o cuando existe una cláusula de sumisión en favor de unos tribunales extranjeros. Desde mi punto de vista, ello no debería impedir la adopción de medidas cautelares en España. Si bien es cierto que será más habitual que adopte la medida cautelar el tribunal al que se atribuye competencia exclusiva, en el primer caso, dado que en ese tipo de supuestos normalmente la medida va a tener aplicación en el foro mismo³⁰, es imaginable la posibilidad de que la medida tenga también que desplegar su eficacia en un Estado distinto³¹.

Respecto de la sumisión expresa, entiendo que sólo se impediría que un tribunal distinto al designado pudiera adoptar una medida cautelar que fuera a desplegar efectos en su territorio si las partes pactaron precisamente excluir esta posibilidad. De no ser así, el art. 22 *sexies* LOPJ operaría normalmente en relación con el litigio sobre el fondo para el que la atribución de competencia se hubiera basado en la autonomía de la voluntad.

V. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por un tribunal extranjero: el nuevo art. 41.4º de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

El art. 41.4º LCJI ha venido a regular expresamente la posibilidad de que se reconozcan y ejecuten en España medidas cautelares y provisionales adoptadas

³⁰ Vid. en este mismo sentido, F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 70.

³¹ Vid. en este mismo sentido, J.C. Ortiz Pradillo, *Las medidas...*, op. cit., p. 47.

por el juez competente sobre el fondo con alcance extraterritorial. Es una novedad, en principio, positiva, porque permitiría dar efectos en España a resoluciones distintas de las sentencias firmes o definitivas, incrementándose de este modo el nivel de cooperación jurídica internacional recogido por nuestro ordenamiento.

Supone, además, un cambio de orientación respecto de lo que establecía el Anteproyecto de Ley en su art. 41.3º, en el que se excluía del sistema de reconocimiento y ejecución de la Ley las medidas cautelares y provisionales³². Asimismo, obviamente, supone un cambio de perspectiva respecto de la anterior regulación contenida en la LEC/1881 que se limitaba al reconocimiento y ejecución de sentencias firmes.

No obstante, la forma en que se ha reconocido esta posibilidad en el art. 41.4º LCJI nos conduce a la conclusión de que en realidad la posibilidad de utilizar esta vía para que se ejecute una medida cautelar dictada en el extranjero está muy limitada. Creo que el precepto se puede tildar incluso de sorprendente, si tenemos en cuenta los requisitos exigidos por el mismo, para que las medidas cautelares y provisionales sean susceptibles de reconocimiento y ejecución.

En primer lugar, el artículo excluye el reconocimiento y la ejecución de las medidas dictadas *inaudita parte*. En efecto, esta norma establece que las medidas cautelares y provisionales serán susceptibles de reconocimiento y ejecución “*siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria*”. Ello puede sorprender si tenemos en cuenta que, en nuestro Derecho interno, como en el de la mayoría de los Estados miembros, el art. 733 LEC admite en ciertos casos las medidas cautelares adoptadas sin audiencia previa del demandado. Así, este precepto parte de que, como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, pero caben también sin audiencia del mismo, por razones de urgencia y si se acredita que la audiencia previa “*puede comprometer el buen fin de la medida cautelar*”. Sin embargo, el legislador español, a la hora de regular el reconocimiento y ejecución de las medidas extranjeras parece optar, de manera absoluta, por el principio de contradicción, lo cual no deja de suponer una cierta inconsistencia del sistema³³. Parece además una cautela excesiva, impedir de plano su reconocimiento y ejecución, cuando al demandado le queda, a mi juicio, la posibilidad de

³² Decisión criticada por P. de Miguel Asensio en “Un par de apuntes sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica en materia civil de 4 julio 2014”, *blog* entrada de 11.7.2014.

³³ A este respecto, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín han mencionado la idea, en el marco del Reglamento 44/2001, de que sorprende esta prohibición cuando los Derechos procesales nacionales de la mayoría de los Estados miembros prevén este tipo de medidas *inaudita parte*, para favorecer el efecto sorpresa (*vid. Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 589).

utilizar el orden público como causa de denegación del reconocimiento si la medida no fuese idónea, necesaria y proporcionada³⁴, puesto que ello afectaría a su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Para entender esta exclusión hay que traer a colación la jurisprudencia del TJUE en materia de medidas cautelares al hilo del antiguo art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, pues esta mención del precepto que analizamos entronca con la tradicional doctrina del TJUE sobre esta cuestión. Efectivamente, ya en su sentencia *Denilauler*³⁵ el Tribunal de Justicia rechazó aplicar el sistema simplificado de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras del Convenio de Bruselas a la adopción de una medida cautelar adoptada *inaudita parte*, apoyándose en el argumento de que los procesos en los que se dictasen las resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución sobre la base del Convenio debían ser procedimientos contradictorios³⁶. No obstante, el embargo al que se refería este asunto, dictado por los tribunales franceses, y ejecutado en Alemania, sólo se había notificado al deudor tras dicha ejecución. Esta circunstancia es fundamental y está en la base de la nueva regulación sobre las medidas cautelares y provisionales recogida en el RB I *bis* que veremos a continuación.

En efecto, llama la atención la forma en que se ha recogido esta exclusión en la LCJI, cuando, como ha destacado P. de Miguel Asensio³⁷, el propio legislador de la UE ha suavizado los requisitos para que una resolución adoptando una medida cautelar o provisional sin audiencia de parte pueda ser susceptible de reconocimiento y ejecución de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo III del RB I *bis*. Así, el Considerando 33 y el art. 2.a *in fine* RB I *bis* admiten el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que prevean este tipo de medidas si se notifican al demandado con carácter previo a su ejecución³⁸. Con estas menciones, se ha reforzado la regulación de las medidas cautelares en el RB I *bis*.

Sin embargo, el legislador español no ha recogido esta flexibilización del criterio en la nueva Ley y ello resulta criticable. No se entiende un rechazo de plano a las medidas cautelares y provisionales adoptadas *inaudita parte*, cuando la mayoría de los Derechos nacionales de los Estados miembros, incluido el

³⁴ Estos tres elementos le parecen esenciales a F. Ramos Romeu para que prospere toda medida cautelar. Vid. al respecto, *Las medidas cautelares civiles*, op. cit., p. 134.

³⁵ STJUE 21 mayo 1980, as. 126/79.

³⁶ Vid. al respecto, A. Giardina, “Provisional Measures in Europe...”, loc. cit., p. 507.

³⁷ Vid. entrada del 27 agosto 2015 del blog de P. de Miguel Asensio, “Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”.

³⁸ Vid. a este respecto A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I bis”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 60.

español, las recogen y sin que, por ello, se afirme que los derechos de defensa del demandado habrían sido vulnerados. Otra solución haría perder su efecto sorpresa a las medidas cautelares. Y es por esta razón que la regulación que se hace de esta cuestión en el RB I *bis* nos parece más adecuada que la de la LCJI.

No obstante, creo que podría tener sentido hacer una interpretación de los dos instrumentos normativos en un mismo sentido, de tal manera que, si se ha notificado al demandado la ejecución de la medida cautelar, esta pudiera reconocerse y adoptarse en España sobre la base de la LCJI. Pero lo cierto es que, pudiendo haberlo hecho, el legislador no ha incluido ninguna referencia a esta idea en las nuevas normas de Derecho positivo.

En segundo lugar, el art. 41.4º LCJI requiere, para el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares, que su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva. Creo que cabe entender esta mención de dos formas. Una primera, que me parece más forzada, pero que facilitaría el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, sería entender que se trata de una mención superflua. Así, la redacción del precepto vendría a hacer hincapié en la idea de que las medidas cautelares y provisionales internacionales responden a la finalidad de dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial internacional efectiva y nada más. Pero parece que el tenor literal del precepto no casa bien con esta interpretación, sino que lo que nos está diciendo es que ese reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal extranjero competente sobre el fondo solo procede cuando haya un riesgo cierto de denegación de justicia.

Como ha destacado Garcimartín³⁹, existiendo la posibilidad de solicitar la medida sobre la base del art. 22 *sexies* LOPJ al que nos hemos referido más arriba, va a ser complicado probar que existe un tal riesgo de vulneración de la tutela judicial efectiva. De ahí que, si unimos a este dato el hecho de que el reconocimiento y ejecución de la medida en el marco de la LCJI requiere el *execuatur*⁴⁰ parece que se recurrirá de manera francamente marginal al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales sobre la base de la LCJI.

Aunque el art. 46 LCJI, al regular las causas de denegación del reconocimiento se refiera a las “*resoluciones extranjeras firmes*”, creo que esta regulación debería extenderse también a las resoluciones que establecen medidas cautelares y provisionales.

³⁹ F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁰ Esto no ocurre en el marco del RB I *bis*, en el que el procedimiento previo de declaración de ejecutividad ha sido suprimido.

VI. La adopción de medidas cautelares mientras dura un procedimiento de execuátur en el marco de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: el nuevo art. 54.2º de la Ley

Dado que los procedimientos de execuátur previstos en la LCJI también tienen una determinada duración temporal, el legislador español ha previsto expresamente, en el art. 54.2º de dicha Ley, la posibilidad de solicitar medidas cautelares para asegurar en estos casos la tutela judicial efectiva.

Desde mi punto de vista, se trata de una posibilidad que hubiera estado abierta igualmente sin necesidad de una previsión expresa del legislador, siempre que se hubieran dado los requisitos básicos que la LEC establece para la solicitud de medidas cautelares⁴¹: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. No obstante, es positivo que se haya previsto expresamente, porque de esta forma, en mi opinión, se protegen más adecuadamente las expectativas de los solicitantes del reconocimiento y de la ejecución de una resolución extranjera.

VII. Conclusiones

El punto de partida que se ha adoptado en este trabajo es que las normas sobre la tutela cautelar internacional deben responder al propósito de favorecer la tutela judicial efectiva en el marco de una realidad en la que este principio se encuentra claramente dificultado.

Con el fin de dar satisfacción a este derecho fundamental, el legislador interno español ha recogido un modelo de regulación de la tutela cautelar internacional copiado de los Reglamentos de la UE. De ahí que esta regulación parta del esquema: foro principal más reconocimiento y ejecución–foro especial. Así se reconoce expresamente en el nuevo art. 22 *sexies* LOPJ.

No obstante, este artículo tendría un ámbito de aplicación más bien marginal al operar como norma subsidiaria respecto de los Convenios internacionales de los que España es parte y de las normas de la UE que regulan cuestiones de DIPr. Básicamente, se aplicaría respecto de materias para las que de momento no existe Reglamento de la UE (como es el caso de los efectos del matrimonio o el establecimiento de la filiación) así como, desde mi punto de vista, cuando sobre el fondo estuviera conociendo un tribunal de un tercer Estado. Esta conclusión es claramente diferente si entendemos las normas de los Reglamentos

⁴¹ Vid. art. 728 LEC.

que prevén la posibilidad de adoptar medidas cautelares y provisionales a tribunales nacionales como normas de remisión, en lugar de como normas directas de competencia judicial internacional.

El esquema foro principal más reconocimiento y ejecución–foro especial, se completa con la previsión de la posibilidad de que las medidas cautelares y provisionales adoptadas por un tribunal de un Estado extranjero competente sobre el fondo tengan eficacia en España sobre la base de lo dispuesto en el art. 41.1º LCJI. Esta nueva norma sería bienvenida, si no fuera por la forma en que se ha regulado la cuestión en la LCJI.

En efecto, la citada norma restringe la posibilidad de reconocer y ejecutar medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*, aparentemente, más aún de lo que lo hace el RB I *bis*, que permite el reconocimiento y ejecución de este tipo de medidas cuando se notifique al deudor antes de su ejecución.

Por otra parte, el art. 41.4º LCJI exige, para su aplicación, que la denegación del reconocimiento y ejecución de la medida cautelar suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva. La prueba de este riesgo para los derechos del demandado es complicada, al existir la alternativa de solicitar la medida directamente a los tribunales españoles sobre la base del art. 22 *sexies* LOPJ.

Bibliografía

- Asencio Mellado, J.M: *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Granada, Comares, 2014.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I–bis”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 55–78.
- Collins, L: “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Recueil des Cours*, t. 234, 1992, pp. 9–238.
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V.: *Derecho procesal civil. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- De Miguel Asensio, P: “Un par de apuntes sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica en materia civil de 4 julio 2014”, *Blog*, entrada de 11.7.2014.
- De Miguel Asensio, P: “Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Blog*, entrada de 27.8.2015.
- Fuentes Camacho, V: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España”, <http://almacendederecho.org/lecciones/> (consultado el 10.9.2015).
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw–Hill, 1996.

- Gascón Inchausti, F.: *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, Comares, Granada, 1998.
- Gascón Inchausti, F.: *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedecs, 1999.
- Giardina, A.: “Provisional Measures in Europe: Some Comparative Observations”, *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Bâle/ Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 499–508.
- Ortíz Pradillo, J.C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006.
- Pérez Daudí, V.: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2012.
- Ramos Romeu, F.: *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona, Atelier, 2006.
- Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.

Recepción: 25.3.2016

Aceptación: 7.5.2016

LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN LA NUEVA LEY 29/2015 DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA*

SUMARIO: I. Introducción. 1. ¿Carácter subsidiario y general de la Ley 29/2015 en el ámbito de la práctica de pruebas en el extranjero? 2. Régimen establecido por la LOPJ, tras su reforma por la Ley 7/2015, y por la LEC. II. Regulación de la obtención de pruebas en la Ley 29/2015. 1. Los nuevos arts. 29–32: A) Presentación; B) Contenido de la solicitud y procedimiento de instrucción; C) Condiciones que ha de reunir la comisión rogatoria. 2. Cuestiones que se suscitan: A) Determinación de la competencia internacional en la fase pre–contenciosa; B) Obtención directa de pruebas; C) ¿Reconocimiento extraterritorial de medidas coactivas en el ámbito de la prueba? III. Delimitación con respecto a la normativa de origen comunitario y convencional. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La nueva regulación dada por la Ley 29/2015, de 30 de julio, sobre cooperación jurídica internacional, al ámbito de la obtención de pruebas en el extranjero (arts. 29–32) puede considerarse restrictiva y, por ello, poco adaptada a las actuales exigencias del tráfico civil y mercantil internacional. El hecho de que supedita la solicitud de práctica de prueba a que no se trate de una materia que sea considerada de competencia exclusiva de las autoridades españolas es una de estas manifestaciones. Tampoco ha previsto la relación entre la competencia internacional y la obtención de pruebas en el extranjero, que se presenta cada vez con mayor frecuencia, ni hace referencia a la posibilidad de reconocer medidas coactivas para ejecutar una solicitud de cooperación. Por último, su delimitación con respecto al régimen convencional y comunitario no puede realizarse conforme al criterio de subsidiariedad, sino que, por el contrario, como ha declarado en reiteradas ocasiones el TJCE, el Reglamento 1206/2001 tiene carácter facultativo y no impide, por ello, la aplicación de la normativa autónoma en un caso determinado.

PALABRAS CLAVE: PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL EXTRANJERO – COMISIÓN ROGATORIA – OBTENCIÓN DIRECTA DE PRUEBAS – COMPETENCIA INTERNACIONAL – *EVIDENCE SHOPPING* – MEDIDAS COACTIVAS – EJECUCIÓN – AUTORIDAD CENTRAL.

* Profesora titular de Universidad de Derecho internacional privado y CU acreditada–ANECA. Universidad de Jaén.

ABSTRACT: *Taking of Evidence abroad in the new International Legal Cooperation Act 29/2015 in civil matters*

The new regulation on international legal cooperation given by the 29/2015 Act, of 30 July, can be considered restrictive in the field of taking of evidence abroad (art. 29–32) and, therefore, insufficiently adapted to the current demands of international civil and business trade. One of these manifestations is that the execution may be refused by the Spanish requested court on the ground that under the law of Spain a court of that State has exclusive jurisdiction on the subject matter of the action. Neither has it provided the relationship between international competence and the taking of evidence abroad (which occurs increasingly often), nor refers to the possibility of recognizing coercive measures to execute a request for cooperation. Finally, its delimitation regarding conventional and community regime cannot be carried out under the criterion of subsidiarity, but, on the contrary, as stated repeatedly by the ECJ, the Regulation 1206/2001 is optional and does not prevent, thus, the application of autonomous legislation in a particular case.

KEY WORDS: TAKING OF EVIDENCE ABROAD, LETTERS ROGATORY, DIRECT TAKING OF EVIDENCE, INTERNATIONAL JURISDICTION, EVIDENCE SHOPPING, COERCIVE MEASURES, EXECUTION, CENTRAL AUTHORITY

I. Introducción

1. ¿Carácter subsidiario y general de la Ley de cooperación jurídica internacional en el ámbito de la práctica de pruebas en el extranjero?

La preparación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ha sido laboriosa, como puede apreciarse en las distintas propuestas que se han realizado hasta su aprobación y entrada en vigor, el 20 agosto 2016 (Disp. final 6ª)¹. Su adopción se ha valorado de forma positiva, pero no está exenta de dudas, ni ha simplificado la labor de aplicación de sus nuevas disposiciones por el operador jurídico². Como indica su EM, su finalidad es aportar seguridad jurídica y certidumbre añadidas al área de la cooperación jurídica internacional, ante la existencia de un vacío interno derivado de la au-

¹ BOE 31.7. 15. Sin hacer referencia a anteproyectos anteriores, el Proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (121000149) se publicó en el *BOCG*, Serie A, de 30 abril 2015, nº 149–1. Su texto coincide en gran medida con la actual Ley. Con anterioridad, el Gobierno había aprobado el Anteproyecto de ley en Consejo de Ministros, el 4 julio 2014 (disponible *on line*). Sin embargo, el borrador se presentó por el profesor M. Virgós Soriano al Ministerio de Justicia en 2001, a resultas del mandato que recogía la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 (LEC) de elaborar el citado documento en el transcurso de un año tras su entrada en vigor. El Borrador puede verse comentado en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, junio de 2012, nº 2143, pp. 1–49.

² Vid en este sentido, P. de Miguel Asensio, “Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Blog* de 27–08–2015. Para un completo análisis de la ley vid. A. Rodríguez Benot, “Hacia una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, Ponencia presentada en las XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Sevilla, 15 y 16 octubre 2015 (en prensa).

sencia en España de un régimen legal común en este sector, aplicable tanto a los actos de comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales como a la práctica y obtención de pruebas (punto III, ap. 4º). Se trata, en particular, de una reglamentación que completa la existente en otros ámbitos, constituyendo una normativa de carácter subsidiario (y, por tanto, en principio –más bien– de aplicación residual), si se toma en cuenta también la existencia de regulación comunitaria y convencional sobre la obtención de pruebas en el extranjero (*vid. infra*)³.

Sin embargo, frente a esta opción del legislador, que ha tratado de crear dicho régimen común con pretensiones de complitud y generalidad, hubiera resultado –quizás– de mayor utilidad derogar otras normas ya existentes, que resultan reiterativas y, por ello, impiden dotar de coherencia (y claridad) a la regulación final⁴. En todo caso, el carácter subsidiario de la Ley 29/2015 se predica con respecto a otras normas, tanto del ordenamiento español (de origen autónomo), como comunitarias o convencionales (*vid. infra*)⁵.

Ahora bien, dicho carácter no se compadece con la especificidad (de hecho) de la Ley 29/2015 con respecto a otras disposiciones dispersas en el ordenamiento español, de remisión (entre ellas, el art. 177 LEC) o que se refieren a aspectos parciales de la cooperación internacional (arts. 276–278 LOPJ, tras su reforma

³ La Ley expresa su carácter subsidiario con respecto a la normativa convencional y de la UE [art. 2, letra a)] y que su aplicación se rige por el principio de especialidad [art. 2, letra b)]. Por tanto, tienen preferencia otras disposiciones que cita (de forma no exhaustiva). En concreto, la disp. adic. 1ª indica qué leyes tienen la consideración de especiales: arts. 199–230 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; arts. 25–31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; arts. 94–100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil; art. 67, 1º TRLGDCU; art. 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; las normas de la ley y el Reglamento hipotecarios, el Código de comercio y el Reglamento del Registro mercantil, así como las normas de DIPr recogidas en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio).

⁴ Puede apreciarse la idéntica redacción del art. 278 LOPJ, tras su modificación por la LO 7/2015, con el art. 14 de la Ley 29/2015. Y cabe decir lo mismo del art. 177 LEC, que reitera lo que indica el art. 276 de la LOPJ y el art. 2 de la Ley 29/2015.

⁵ Entre estas últimas, cabe citar, en particular, el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (DO L 174 de 27.6.2001); y el Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, de 18 marzo 1970 (BOE 25.8.1987). *Vid. extensamente*, M.P. Diago Diago, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003; Ch. Herrera Petrus, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bolonia, Pub. del Real Colegio de España, 2003; M.J. Elvira Benayas, “Una visión transversal del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 447–461; L. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012; G. Esteban de la Rosa, *La prueba en el espacio europeo de justicia. La obtención de pruebas en el extranjero en el nuevo espacio europeo de justicia*, Saarbrücken, EAE, 2013.

por la LO 7/2015), como se verá *infra*⁶. Y, por ello, dicha subsidiariedad ha de ser entendida en el sentido de que no ha querido sustituir ni reemplazar los regímenes sobre la cooperación jurídica internacional en materias reguladas por otras leyes.

Por tanto, puede decirse –con un sector de la doctrina– que se trata de una “*ley general en el ámbito de la cooperación jurídica internacional*”, que mantiene las típicas relaciones de norma general/norma especial con otras disposiciones del ordenamiento español⁷. Sin embargo, al mismo tiempo, constituye el “régimen básico” de dicha cooperación en el sistema autónomo de DIPr español cuando se refiere a la práctica de pruebas en el extranjero, al no existir normas especiales, sin que tengan esta consideración el art. 177a LEC y los arts. 276–278 LOPJ (*vid. infra*).

Por último, dicho carácter subsidiario de la Ley 29/2015 (derivado de su función general) ha de ser matizado con respecto a las normas de origen comunitario y convencional, pues, en concreto, el Reglamento 1206/2001 no dispone que su aplicación prime con respecto al régimen convencional o autónomo, ni el Convenio de La Haya de 1970 prevé su aplicación preferente⁸.

2. Régimen relativo a la cooperación internacional establecido por la LOPJ, tras su reforma por la Ley 7/2016, y por la LEC

El carácter general de la Ley 29/2015, que cubre el vacío existente a consecuencia de la ausencia de un régimen legal común en el sector de la cooperación jurídica internacional (EM), requiere referirse a otras disposiciones del ordenamiento español que se ocupan también –con idéntico carácter general– de la cooperación jurídica internacional⁹. Y, en particular, al art. 177 LEC y a los arts. 276–278 LOPJ, tras su modificación por la LO 7/2006¹⁰.

⁶ LO 7/2015, de 21 de julio, que modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.15).

⁷ Caracterización ésta de la que se deducen importantes consideraciones. *Vid.*, en particular, I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau, “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 28, 2013–II, p. 100.

⁸ Esta interpretación deriva de su art. 1, 1° del Reglamento 1206/2001, que indica: “el Presente Reglamento será de aplicación en materia civil y mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite (...)”. Y, por tanto, su aplicación es facultativa, como confirma el TJCE (*vid. infra*).

⁹ Hay que referirse también al Acuerdo, de 15 septiembre 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios a las actuaciones judiciales, en concreto, los arts. 74–80 (BOE 27.9.2005). Ahora bien, algunas disposiciones han de considerarse derogadas tras la reforma de los arts. 276–278 LOPJ, por la reciente LO 7/2015 (*vid. infra*).

¹⁰ *Vid.* LO 7/1985, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.2015).

La primera es una norma de remisión y los arts. 276–278 LOPJ recogen reglas sobre aspectos de la cooperación jurídica internacional puesta en práctica por autoridades del orden judicial, insuficientes (por sí mismas) para dar una respuesta a los supuestos de obtención de pruebas¹¹. Y, por ello, la aplicación subsidiaria de la Ley 29/2015 no es coherente con la existencia de disposiciones dispersas en el sistema de DIPr, que regulan cuestiones puntuales y/o que son –prácticamente– inexistentes en el ámbito de la obtención de pruebas en el extranjero¹².

Por el contrario, la Ley 29/2015 completa las disposiciones de la legislación española en el ámbito de la obtención de pruebas en el extranjero, al prever las concretas modalidades y requisitos para ello (arts. 29–32, en relación con los arts. 5–19). Y, por tanto, no tiene carácter general y subsidiario, sino, mejor, general y básico (N. Irti), en relación con la solicitud de comisiones rogatorias¹³. Esto es, ha de ser entendida como “régimen básico” si no se emplean las normas comunitarias o convencionales para canalizar las peticiones de práctica u obtención de pruebas¹⁴.

En todo caso, la modificación del art. 276 LOPJ (por la LO 7/2015) era una actualización esperada como consecuencia del uso que se empezó a realizar de la figura de las Autoridades Centrales (AA CC) por La Conferencia de La Haya y por la UE con posterioridad, con la finalidad de agilizar los trámites para que tenga lugar la cooperación internacional. Así, la anterior fórmula empleada

¹¹ El art. 177 LEC señala: “los despachos para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán conforme a lo establecido en las normas comunitarias que resulten de aplicación, en los Tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable”. Y este mismo es el contenido del art. 277 LOPJ. De otro lado, el art. 278 LOPJ regula las condiciones que ha de reunir la petición de cooperación internacional, de idéntica forma al art. 14 Ley 29/2015.

¹² Cabe referirse al art. 33 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, relativo a la asistencia judicial para la práctica de pruebas en los litigios internos (BOE 26.12.03). De otro lado, el art. 323 LEC se refiere al valor en juicio de documentos públicos extranjeros, pero no al procedimiento para su obtención en el extranjero como medio de prueba. *Vid.* SAP Pontevedra, nº 133, de 10 marzo 2016 (ROJ: SAP PO 99/2016 – ECLI:ES:APPO:2016:99).

¹³ La doctrina hizo referencia al carácter básico que debería tener la futura ley de cooperación jurídica internacional, que debería garantizar un substrato básico común para hiciera posible la coherencia del sistema. *Vid.*, en particular, I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau, “Algunas propuestas...”, *loc. cit.*, p. 99.

¹⁴ No se trata de un régimen de mínimos, tal y como se han considerado algunas disposiciones del DIPr autónomo, en particular, los arts. 954 ss de la LEC/1881, ya derogados. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Cívitas, 2015, p. 196. No pueden considerarse un régimen de mínimos, porque la regulación se refiere a los requisitos y contenido de la solicitud que han de reunirse cuando se trate de la obtención de pruebas (activa o pasiva) regulada por la normativa autónoma. El art. 2 Ley 29/2015 es claro, al prever su aplicación subsidiaria con respecto a las normas de la UE y tratados de los que España sea parte y también con relación a las normas especiales del Derecho interno.

por el art. 276 LOPJ ha sido sustituida por la referencia a las AA CC y, en concreto, a la Autoridad Central (AC) española, que es el Ministerio de Justicia (art. 7)¹⁵.

Y, por tanto, las peticiones de cooperación internacional no han de ser elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial al citado Ministerio, sino que pueden ser trasladadas por la autoridad judicial española requirente directamente a la AC (Ministerio de Justicia). No obstante, no se trata de la única posibilidad, sino que también pueden tener lugar a través de comunicaciones judiciales directas entre las autoridades españolas y extranjeras (art. 4), respetando —en todo caso— la legislación en vigor de cada Estado¹⁶.

II. Regulación de la obtención de pruebas en la nueva Ley 29/2015

1. Los nuevos arts. 29–32 de la Ley 29/2015

A) Presentación

En el marco señalado *supra*, se realiza una presentación de las nuevas disposiciones que recoge la Ley 29/2015: los arts. 29–32. Se ubican en el Título I (“*Régimen general de la cooperación jurídica internacional*”) y, en concreto, en el Cap. IV (“*De la práctica y obtención de pruebas*”). Ahora bien, han de ponerse en relación con los arts. 5–19, que definen la cooperación jurídica internacional española en materia civil y precisan cuestiones concretas sobre el contenido de la solicitud y sus requisitos mínimos (art. 10)¹⁷.

La Ley 29/2015 establece un principio general de favor hacia la cooperación internacional (art. 3), según el cual deberá prestarse sin tomar en consideración un criterio de reciprocidad (positiva o negativa), salvo cuando el país al que se presta la citada cooperación deniegue de forma reiterada la solicitada por las autoridades españolas¹⁸. Además, las autoridades judiciales españolas están habilitadas para realizar y mantener una comunicación directa con otras autoridades

¹⁵ El anterior art. 276 LOPJ señalaba que: “las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales”.

¹⁶ Por último, dicha cooperación también podrá tener lugar por vía diplomática o consular y por conducto notarial, si ello es compatible con la naturaleza del acto de cooperación (art. 9).

¹⁷ Junto a éstas, el art. 30 prevé requisitos adicionales y, en particular, presenta interés la letra a), que se refiere a la descripción de las diligencias de obtención de prueba, que se detallan en el art. 31 (*vid. infra*).

¹⁸ En tal caso, el Gobierno podrá prohibir que tenga lugar dicha cooperación por RD.

de otros países, conforme a lo que indiquen sus propias legislaciones¹⁹. Ahora bien, también se ha previsto la actuación de una AC, que es el Ministerio de Justicia (art. 7).

En cuanto a su ámbito material, junto a la civil y mercantil (art. 2) comprende la materia laboral (EM, punto II). De otro lado, si bien el art. 29 se refiere a las pruebas, no excluye las “diligencias preliminares”, pues menciona una de ellas en el art. 31, letra c), en particular, la exhibición de documentos u otros soportes de información²⁰. Más dudas plantea, sin embargo, si sería admisible el procedimiento del *pre-trial discovery* (en el caso de la cooperación activa)²¹. En todo caso, comprende las medidas de aseguramiento de la prueba y la prueba anticipada, que recoge el art. 29.3º (al indicar que “*ha de ser admisible conforme a la legislación española*”), sin perjuicio de las dificultades que se plantean, al adoptarse con carácter previo a la presentación de la demanda (*vid. infra*)²². Sin embargo, el nuevo régimen plantea la cuestión de su delimitación con respecto a la normativa de origen comunitario y convencional así como cuestiones relaciona-

¹⁹ Como indica el art. 4, dichas comunicaciones judiciales directas son las que tienen lugar entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna. Dicha comunicación directa se ve favorecida, en particular, por la existencia de la Red Judicial Europea, creada por Decisión del Consejo, de 28 mayo 2001 (DO L 174 de 27.6.2001) y por la adopción de los Lineamientos generales relativos al desarrollo de la Red internacional de Jueces de La Haya (Ley 29/2015, EM, punto II *in fine*). *Vid.* http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=389797&folderId=635259&name=DLFE-5870.pdf (20-03-2016).

²⁰ Las diligencias preliminares no cumplen una función de prueba, sino de preparación del proceso y, por este motivo, cabe realizar su distinción con respecto a medidas de prueba que se practican antes de que se haya iniciado el procedimiento de fondo, como sucede en el caso de las que tienen como finalidad asegurarla y también es el caso de la prueba anticipada. Para esta distinción *vid.*, en particular, B. Rizo Gómez, *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 42-52.

²¹ Como se sabe, la cooperación activa es la que prestan las autoridades españolas. *Vid.* L. Carballo Piñeiro, “La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la *pre-trial discovery*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 6370, 30 noviembre 2005, D-278, pp. 22-28.

²² La prueba anticipada se regula en los arts. 293-296 LEC. Su finalidad es evitar la frustración de la actividad probatoria, que se concreta en la práctica de un medio de prueba con anterioridad al momento previsto, ante la existencia de un temor fundado a que la prueba no pueda ser realizada en dicho momento (*vid.* B. Rizo Gómez, *La anticipación...*, *op. cit.*, p. 25; J. Picó i Junoy, “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *La Ley*, 2001, nº 7, p. 1518). De otro lado, para que la autoridad judicial adopte alguna de estas medidas, es preciso justificar los motivos por los que la prueba no podrá realizarse en el momento en que comience el juicio, de un lado; y, de otro, no se otorgará valor probatorio a lo actuado, si no se presenta la demanda en el plazo de dos meses desde que se practicó la prueba anticipada. Por último, pueden practicarse tanto antes del inicio del procedimiento de fondo, como antes del comienzo de la fase de instrucción [*vid.* J. Montero Aroca, “Procedimiento probatorio (la grandeza a la sumisión de la ley procesal”, en J. Montero Aroca (dir.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 309-310].

das con el tipo de actividad de instrucción que se realiza en España cuando se solicita una comisión rogatoria²³.

Además, no se adecua a la realidad del actual tráfico jurídico civil y mercantil internacional, al no haber previsto la obtención de pruebas de forma directa por un experto o perito, ni haber determinado la competencia de la autoridad española para solicitar la práctica de diligencias de obtención de pruebas en el extranjero en la etapa pre-contenciosa. Tampoco trata el reconocimiento de medidas coactivas para la ejecución de la solicitud (*vid. infra*).

B) Contenido de la solicitud y procedimiento de instrucción

Los arts. 9–18 Ley 29/2015 regulan el procedimiento para solicitar la cooperación internacional y, en concreto, los requisitos mínimos (art. 10), la transmisión (art. 12) y los motivos para denegar las solicitudes que procedan de autoridades extranjeras (art. 14). Y en este marco general se ubican los arts. 29–32, referidos a la práctica de pruebas en el extranjero. En concreto, el Cap. IV regula la práctica de pruebas en España para que surtan efecto en un procedimiento que se sigue en el extranjero (cooperación activa) y la que se desarrolla en el extranjero para que tenga efecto en un procedimiento judicial que se sigue en España (cooperación pasiva)²⁴.

En el segundo caso, el procedimiento de instrucción deberá realizarse –en principio– conforme a la normativa procesal española (art. 29, ap. 3º). Ahora bien, dicho procedimiento también puede tener lugar según un procedimiento previsto en la legislación del Estado requirente [art. 30, 1º, letra b)]. En tal caso, se trata de articular un tipo especial de actividad de instrucción, en el marco de la fase procesal de prueba regulada por la normativa española (art. 3 LEC)²⁵.

²³ Debe señalarse –con finalidad aclaratoria– que la Ley 29/2015, al igual que otros instrumentos sobre obtención de pruebas en el extranjero, no se refiere al medio de prueba, sino a los instrumentos procesales que regula cada ordenamiento para la formación de la prueba. Esto es, a la actividad de instrucción y no a los medios de prueba. No obstante, esta distinción no se aprecia de forma clara en castellano, porque el medio de prueba se define como el método de aportación, esto es, la actividad para la aportación de la fuente de prueba en el proceso [*vid.* J. Montero Aroca, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, J. Montero Aroca (dir.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2002, p. 45]. En el Derecho francés, la “medida de instrucción” es el instrumento procesal, que permite la formación del “medio de prueba”. *V.gr.*, la comparecencia de las partes puede ser la ocasión para obtener una confesión judicial. *Vid.* L. Cadiet y E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4ª ed., París, Litec, 2004, p. 433.

²⁴ El art. 29 presenta las dos modalidades de cooperación. Por su parte, los arts. 30 y 31 se refieren a ambas y, por último, el art. 32 se ocupa de la cooperación activa (son requeridas las autoridades españolas para realizar una prueba).

²⁵ *Vid.* Mª J. Elvira Benayas, “El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 251–282.

Puede tratarse, *v.gr.*, de la solicitud de práctica de un interrogatorio cruzado (*cross examination*), característico de los sistemas del *common law* y que está relacionado con el *Law of Evidence*²⁶.

En todo caso, la solicitud de un procedimiento específico tiene carácter excepcional y ha de ser compatible con la legislación española y resultar practicable (art. 13)²⁷. De otro lado, la prueba solicitada ha de tener relación con un procedimiento ya iniciado o futuro (art. 29.2º)²⁸. Ha añadirse “en España o en el extranjero”, al referirse la Ley 29/2015 a ambas modalidades de cooperación (activa o pasiva).

En cuanto al contenido de la solicitud, el art. 30 recoge los siguientes extremos: a) descripción de las diligencias de obtención de pruebas solicitadas; b) indicación de si se solicita el empleo de un procedimiento especial conforme a la legislación del Estado requirente y las aclaraciones necesarias para su aplicación; c) si se solicita el uso de medios tecnológicos; y d) si se solicita la presencia y participación en el procedimiento de instrucción de las partes interesadas, de sus representantes o de algún funcionario del Estado requirente²⁹. Ahora bien, ha de prestarse especial atención a la primera (art. 31), porque en la solicitud ha de constar la existencia en el ordenamiento de la autoridad del Estado requirente —en su caso— de un derecho a no prestar declaración, a no testificar o a no aportar documentos³⁰. En este sentido, pueden citarse ejemplos de ordenamientos en los

²⁶ La técnica del interrogatorio cruzado parte de la idea de que el debate dialéctico entre las partes en el momento de la formación procesal oral de la prueba es decisivo para que emerja la verdad, al permitir un control en profundidad de la atendibilidad de los testigos y del fundamento de sus declaraciones (*vid.* M. Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Riv. dir. proc.*, 1990, vol. 45, nº 2, p. 426).

²⁷ En particular, es compatible y practicable el interrogatorio cruzado, que regula la actual LEC en el art. 306. *Vid.* A. Ferrer Barriandos, “Interrogatorio de las partes”, en J. Moreno Aroca (ed.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, pp. 111–133.

²⁸ Esta expresión, que también utiliza el art. 1, 2º del Reglamento 1206/2001, significa que el cauce que ofrece la Ley 29/2015 no puede utilizarse para obtener pruebas que puedan ser empleadas en un ámbito no judicial (en particular, policial).

²⁹ Se trata de exigencias también previstas en las normas de origen comunitario y convencional. En particular, la última de ellas trata de salvaguardar el principio de la contradicción. *Vid.* extensamente, G. Esteban de la Rosa, *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 337–355.

³⁰ Esta disposición presenta similitud con el art. 14 del Reglamento 1206/2001, que establece como condición para el reconocimiento que no exista una prohibición del tipo indicado *supra* en el ordenamiento del Estado requirente ni del Estado requerido. Y ello con la finalidad de salvaguardar los intereses (en especial, de tipo económico, profesional, moral, etc.) del segundo en el que se encuentra la fuente de prueba; y del primero, en el que se sigue el proceso, de obtener en el extranjero las pruebas que sean utilizables (*vid.* N. Trocker, “Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all’assunzione delle prove in materia civile e commerciale”, *Riv. dir. int.*, 2003, p. 691). *Vid.* también el art. 11 del Convenio de La Haya de 1970.

que existen este tipo de prohibiciones o limitaciones³¹. En todo caso, no se prestará cooperación activa cuando la persona designada justifique su negativa en una exención o una prohibición de declarar o de aportar documentos establecida por la ley española (art. 32.2º).

C) Condiciones que ha de reunir la comisión rogatoria

Las condiciones que ha de reunir la solicitud se detallan en el art. 14 Ley 29/2015. Son las siguientes: a) el objeto o finalidad de la cooperación solicitada ha de ser compatible con el orden público; b) ha de tratarse de un asunto cuya competencia no corresponda de forma exclusiva a las autoridades españolas; c) el contenido del acto ha de corresponder a las funciones propias de las autoridades judiciales; d) la solicitud ha de reunir el contenido mínimo exigido en los arts. 10 y 30; y e) no ha de existir una denegación reiterada de cooperación por las autoridades del Estado requirente (reciprocidad).

En relación con la primera, la noción de orden público no debe ser entendida en términos de salvaguardia de la seguridad o de la soberanía nacionales que, como se sabe, se emplea en el Convenio de La Haya de 1970 para denegar la solicitud [(art. 12, letra b)]³². La autoridad española denegará la práctica de una prueba incompatible con las concepciones fundamentales del foro, entre las que

³¹ Es sabido que la declaración testifical *hearsay* está tendencialmente excluida en los sistemas del *common law*, al no considerarla fiable, pero se admite en los ordenamientos de los países continentales. *Hearsay* significa rumor. Consiste en que una persona no puede dar testimonio en juicio de lo que ha dicho otra, sino que ésta debe comparecer para que los abogados de las partes puedan interrogarla mediante la técnica de la *cross examination* (vid. A. Taylor, *Principles of Evidence*, 2ª ed., Londres, Cavendish Pub., 2000, pp. 161–162). De otro lado, en el Derecho francés rige el criterio *nemo tenetur edere contra se* (nadie está obligado/puede aportar pruebas contra sí mismo). Es una reminiscencia del sistema de *actions de la loi* del sistema romano primitivo (vid. M. Decugis, “L’évolution des modes de preuve judiciaire en Droit comparé”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1939, nº 68, p. 80). Y se recoge del mismo modo en el Derecho italiano [vid. G. Oberto, “L’administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien”, en L. Vogel (coord.), *Juges et jugements: L’Europe plurielle. L’élaboration de la décision de justice en droit comparé*, París, Société de législation comparée, 1998, p. 43, nota 44]. Por último, en el Derecho inglés (en relación con el *Law of Discovery*), hay que citar la “*own case rule*”, que constituye una excepción a la práctica del *discovery*, a la que puede acogerse una de las partes para no dar información a su oponente [vid. J.B. Levine, *Discovery in civil procedure; a critical and historical study of the English Law*, Tesis, Univ. de Oxford, julio de 1969 (inédita), p. 4)].

³² Ha de valorarse que el legislador se haya apartado –hasta cierto punto– de una concepción de la cooperación internacional en la que priman los intereses estatales para ajustarse a otra, que se concreta a partir de los intereses y necesidades de los justiciables (en el sentido iniciado por el Reglamento 1206/2001). Vid. B. Hess, “Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 222.

se encuentran, principalmente, los principios que recoge el texto constitucional y, muy en particular, el art. 24 CE³³.

De otro lado, la referencia que recoge la letra b) a que se trate de funciones propias de las autoridades judiciales significa que, en principio, no será posible ejecutar la solicitud de cooperación si la actividad de instrucción se realiza por expertos u otro tipo de oficiales u órganos de la administración de justicia, distintos de los propios jueces. Por último, cabe llamar la atención sobre la segunda condición, que contrasta con el art. 12.2º Convenio de La Haya de 1970 y con el art. 14.3º Reglamento 1206/2001, que prevén que la solicitud de cooperación internacional no podrá denegarse por el solo hecho de tratarse de una competencia que corresponda con carácter exclusivo a la autoridad del Estado requerido³⁴.

2. Cuestiones que se suscitan

A) Determinación de la competencia internacional en la fase pre-contenciosa

El art. 6 de la Ley 29/2015 prevé que:

“... los actos de cooperación jurídica internacional realizados por autoridades españolas no prejuzgan la determinación de la competencia judicial internacional ni el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones judiciales extranjeras”.

Esta disposición expresa la independencia que mantiene la cooperación internacional con respecto a otros sectores del DIPr y, en concreto, que la realización de un acto de cooperación internacional por las autoridades españolas (requeridas) no implica su competencia internacional ni el reconocimiento de la decisión pronunciada por las autoridades del país requirente³⁵. Ahora bien, tal independencia es relativa cuando se trata de adoptar una medida de aseguramiento de la prueba y, en general, en el caso de las medidas de prueba que tienen lugar en la fase pre-contenciosa del litigio³⁶. Es sabido que el TJCE ha señalado que el foro

³³ Podrían también alegarse razones de orden público para impedir la práctica del procedimiento de *discovery* –en determinados casos–, al no constituir un acto de instrucción, sino que tiene que ver con *disclosure*, que significa sacar a la luz y desvelar información, elementos y datos que no se conocían hasta el momento en el que comenzó la investigación de los hechos. *Vid.* extensamente, G. Esteban de la Rosa, “Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5, marzo de 2014, pp. 1–32.

³⁴ También se recoge como condición en el art. 278 LOPJ (modificada por la LO 7/2015).

³⁵ *Vid.*, en particular, R. Arenas García, “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 231–260.

³⁶ Cabe citar casos en la jurisprudencia comparada en los que se han declarado competentes las autoridades judiciales por el art. 24 CB, para ordenar la práctica de una prueba en el extranjero consistente en la designación de un experto. En concreto, para realizar un informe sobre las causas del mal funciona-

de las medidas cautelares no permite dar respuesta a las cuestiones que se plantean con respecto a la prueba, al no presentar este tipo de procedimientos el carácter de urgencia ni de garantía propio de tales medidas (que tienen la finalidad de asegurar la fuente de prueba o anticipar el medio), pero no permiten garantizar el resultado de la decisión³⁷.

En todo caso, una autoridad internacionalmente competente para el conocimiento del asunto puede ordenar que se practiquen las pruebas necesarias y, por ello, solicitar su obtención en el extranjero. Sin embargo, en ocasiones será preciso que se practiquen antes del inicio del procedimiento de fondo y, por tanto, antes de determinar su competencia internacional³⁸. En particular, se trata de saber en qué casos la autoridad española puede solicitar que se practique una prueba en el extranjero cuando aún no se ha incoado el procedimiento de fondo y no se ha determinado su competencia internacional³⁹.

Sin embargo, la Ley 29/2015 no da respuesta a esta cuestión de importancia para que la tutela judicial sea efectiva en los litigios internacionales, pues lo es – en mayor medida– si la autoridad judicial conoce el criterio que le permite solicitar la realización de una prueba en el extranjero, cuando la fuente no se encuentra en España ni se ha iniciado el proceso de fondo ante las autoridades españolas. De otro lado, ha de tomarse en cuenta que está en juego el “derecho a la defensa” (art. 24.2º CE) y, en concreto, el “derecho a la prueba”, conforme al

miento de los contadores de agua suministrados por la empresa alemana Krupp, a la empresa francesa Schlunberger Industries. La *Cour de Cassation* en la Sentencia de 10 marzo 1992, desestima el recurso interpuesto contra la decisión de instancia, al considerar que el art. 24 CB no exige que las medidas cautelares y provisionales sean, además, urgentes. Y, en este sentido, cabe ordenar a través del procedimiento del *référé-probatoire*, una de las medidas de instrucción *in futurum*, que prevé el art. 145 NCPC francés, que no exige la urgencia. Cabe destacar del asunto que no se había presentado aún la demanda. Vid. texto y comentario en A. Huet, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 156–157.

³⁷ Así lo indica la STJCE 28 abril 2005 (as. C–104/03: *St. Paul Dairy Industries NV / Unilebel Exser BVBA*), en la que considera que el interrogatorio provisional de un testigo no está comprendido en el art. 24 CB. Y en este mismo sentido el Abogado General indica que se aplica el criterio *lex posterior derogat priori*. Y, por tanto, las medidas de aseguramiento de la prueba quedan comprendidas en el Reglamento 1206/2001, tras su entrada en vigor.

³⁸ Se trata de la competencia internacional para la adopción de medidas de instrucción precontenciosas. Vid. P. Jiménez Blanco, “Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad intelectual”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 285–297; G. Esteban de la Rosa, “La realización de pruebas en el espacio europeo de justicia: a propósito del Reglamento 1206/2001 y su compatibilidad con el Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 309–320; *id.*, “Competencia judicial internacional en el ámbito de la obtención de pruebas”, *La Ley*, 3–9 diciembre de 2012, pp. 4–10.

³⁹ Y también se trata de determinar –de forma indirecta– los casos en los que ha de prestar la petición de cooperación cuando es solicitada por una autoridad judicial extranjera en la etapa precontenciosa del litigio.

cual han de ser admitidas (y practicadas) las pruebas pertinentes, siempre que se obtengan a través de medios lícitos⁴⁰.

Y, por ello, con el objetivo de evitar su vulneración en el contencioso internacional, la autoridad judicial española ha de solicitar la práctica de una prueba en el extranjero siempre que exista una mínima conexión del supuesto con el foro, con el fin de evitar los casos de *evidence shopping* (esto es, que las partes acudan a los tribunales que ordenan medidas de prueba de una forma más ágil y eficaz) para la salvaguardia de la fuente. Dicha mínima vinculación tendrá lugar, en principio, cuando se dé el criterio de competencia interna, pero también si concurren los foros de competencia internacional y, en particular, cuando se encuentre en España el domicilio del demandado⁴¹. Ahora bien, cabría diferenciar tres supuestos.

En primer lugar, que se trate de un procedimiento de instrucción que exija que se presenten los documentos que permitan incoar el proceso de fondo en un plazo determinado⁴². En tal caso, han de emplearse los criterios de competencia internacional para evitar el *evidence shopping*⁴³.

En segundo extremo, si no es necesario aportar los documentos acreditativos de la causa de pedir, la autoridad judicial podrá ordenar la práctica de prueba en el extranjero en supuestos adicionales a los indicados en el caso anterior y, en concreto, cuando exista una vinculación mínima del caso con el foro, con la finalidad de evitar una vulneración del derecho a la prueba⁴⁴.

En tercer lugar, si el único elemento extranjero del asunto consiste en la obtención de una prueba, la competencia para ordenar su práctica ha de correspon-

⁴⁰ Para un detenido análisis del derecho a la prueba vid. J. Picó I Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.

⁴¹ Cabe citar la sentencia de la *Cour de Cassation* (1ª ch. civ.), de 7 abril 1998. Considera el Alto Tribunal que no tiene competencia para ordenar una medida de instrucción *in futurum* que ha de realizarse en el extranjero (lugar de ejecución del contrato), porque los tribunales franceses no tienen competencia para el conocimiento del asunto principal, por motivo, tanto de la extranjería del demandado como por la falta de existencia de un privilegio a favor del demandante, esto es, por falta de competencia internacional. Vid. texto de la decisión y comentario de H. Muir Watt, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1998, pp. 459-461.

⁴² Así sucede cuando se trata de la práctica de la prueba anticipada del Derecho español.

⁴³ Tales criterios permiten al demandante optar entre una pluralidad de foros. De otro lado, se garantiza la seguridad jurídica, pues demandado y demandante pueden prever las autoridades competentes para incoar el procedimiento de instrucción.

⁴⁴ Se vulnera si se supedita la obtención de pruebas a la valoración de la competencia internacional de la autoridad para conocer del fondo, pues la prueba se practica con la finalidad de evitar el riesgo de pérdida o extravío de los indicios materiales, con la finalidad de plantear el procedimiento de fondo con posterioridad. Como recuerda el TJCE, se trata de medidas destinadas a “obtener información útil para calibrar las posibilidades de éxito de un proceso posterior o para identificar a una persona contra la que dirigir la demanda” (STJ 28 abril 2005, as. C-104/03: *Paul Dairy / Unilebel*, ap. 29).

der al juez del fondo, según los criterios de competencia interna. De otra parte, no es menos importante la cuestión, que tampoco aborda la Ley 29/2015, de si la existencia de una cláusula de sumisión expresa impide acudir a una autoridad distinta para adoptar medidas de prueba⁴⁵. Por último, cabe mencionar la especialidad de la práctica de la prueba en el arbitraje internacional, que, en principio, no excluye la Ley 29/2015⁴⁶.

B) Obtención directa de pruebas

La Ley 29/2015 aborda la posibilidad de obtener pruebas de forma directa, al igual que el Reglamento 1206/2001 (art. 17)⁴⁷. Ahora bien, la única referencia se encuentra en el art. 16, relativo al desplazamiento al extranjero de jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales y funcionarios al servicio de la Administración de justicia y de otro personal. Si bien puede considerarse incluida la figura del experto en su parte final (“y de otro personal”), su tenor es claro, al indicar que se trata de “las autoridades españolas”, no pudiendo considerar que un perito o experto esté comprendido en la noción de autoridad.

El perito –en el ordenamiento español– es un particular designado por la autoridad judicial para realizar una concreta actividad de prueba (v.gr., elaboración de un informe sobre el estado de conservación de un inmueble), que, además, ha de aceptar el cargo⁴⁸. Y, por tanto, se diferencia de otras figuras

⁴⁵ En todo caso, si bien esta cláusula no comprende las cuestiones procesales, la importancia que está adquiriendo el ámbito de la prueba puede hacer llegar a otra conclusión, alcanzada por la Sentencia de la *Cour de Cassation* (As. *Compagnie des signaux*), de 17 diciembre 1985. Vid. texto en, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation* (chambres civiles), *Bull. civ. II*, n° 354, pp. 318–320. Y comentario de M. Santa Croche, “Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international”, *Gazette du Palais*, marzo-abril, 2 marzo 2000, p. 389; B. Ancel y Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4ª ed., París, Dalloz, 2001, pp. 659–660.

⁴⁶ Vid. A.E. Schlaepfer y Ph. Bärtsch, “A few reflections on the assessment of evidence in international arbitrators (quelques réflexions sur l’appréciation de la preuve par l’arbitre international)”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2010, n° 3, pp. 211–223. Para la prueba de testigos y pericial en el arbitraje internacional Vid. en esta misma revista 2010, n° 2 y 2009, n° 3. Sobre la influencia de la sede o lugar del arbitraje en la posibilidad de obtener pruebas vid. Th.H. Webster, “Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 17, n° 2, 2001, pp. 143 ss.

⁴⁷ Vid. entre otras aportaciones, G. Di Chiara, “La assunzione diretta di prove da parte dell’autorità straniera”, en G. Di Federico y G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, Bolonia, Lo scarabeo, 1994, pp. 21–35.

⁴⁸ En concreto, la posibilidad de que el juez nombre a un perito se recoge en los arts. 339 ss LEC. Si bien el perito ha de estar en posesión del título oficial que corresponda según el asunto sobre el que verse su actividad, también pueden ser designadas personas prácticas o expertas. De otro lado, los peritos no sólo realizan informes, sino que también tienen atribuidas otras funciones, en particular, realizar constataciones. Para un estudio comparado de la figura y funciones del experto, vid., L. Matray, “Les traits

existentes en el Derecho comparado, que forman parte de la propia organización judicial⁴⁹.

Cabe señalar que la obtención directa de pruebas a través —en concreto— de la designación de un perito, permite a la autoridad judicial española, *v.gr.*, nombrar a dicho experto para que se desplace al territorio del Estado extranjero, sin necesidad de solicitar la práctica de esta prueba a la autoridad requerida (para que lo nombre)⁵⁰. Por ello, la Ley 29/2015 es limitada en cuanto a las posibilidades de llevar a cabo la prueba en el extranjero, al no prever que tenga lugar de forma directa por un perito o experto, salvo si se solicita a un Estado parte de la UE (y el asunto está comprendido en el Reglamento 1206/2001), en las condiciones que indica el art. 17 (interpretadas por la jurisprudencia del TJCE)⁵¹.

No obstante, no son pocas las dificultades que plantea la posibilidad de obtener pruebas de forma directa, de un lado y, de otro, tampoco son menores las cuestiones que se suscitan derivadas del nombramiento de un perito para su realización, como puede apreciarse en el conocido caso resuelto por la decisión de la *cour d'appel* de Versailles, de 9 abril 1993, relativo a la designación de un perito que había de realizar sus funciones en España (lugar de localización del inmueble)⁵². En concreto, la autoridad judicial francesa consideró que la medida de instrucción preventiva (art. 15 del Nuevo Código de Procedimiento civil) ordenada por el *juge des référés* no estaba comprendida en el ámbito del Convenio de La Haya de 1970, al conllevar el uso del poder estatal, lo que es contrario a la soberanía del Estado⁵³.

caracteristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste", *L'administration de la preuve*, ICC, París, 1989, n° 8, pp. 115–136.

⁴⁹ Vid. F. Pinchon, *L'expertise judiciaire en Europe. Études des systèmes allemand, anglais, espagnol, français et italien en matière de procédure civile*, París, Ed. D'organisation, 2002. En concreto, en el Derecho francés también pueden hacer constataciones materiales los oficiales de justicia que reciben el nombre de *huissiers de justice*, a instancia de la autoridad judicial o a petición de los particulares. Vid. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 4ª ed., París, Litec, 2004, pp. 454–455.

⁵⁰ Y, del mismo modo, aceptar que la autoridad judicial extranjera nombre a un perito (o a otra persona) para que desarrolle su actividad en territorio español, que puede consistir, no sólo en la realización de informes, sino también de constataciones materiales, elaboración de consultas, etc.

⁵¹ Vid. M.J. Elvira Benayas, "Ejecución directa de la diligencia de prueba. Designación de un perito. Actividad procesal desarrollada en parte en el territorio de un Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en territorio de otro Estado miembro (comentario de la STJCE, de 21 febrero 2013)", *La Ley: Unión Europea*, n° 2, 2013, pp. 16–19.

⁵² Vid. M. Santa Croche, "Les mesures", *loc. cit.*, pp. 391–393.

⁵³ Ha de señalarse que la medida de instrucción más utilizada en estos casos es el experto, con la finalidad de realizar una constatación o para que dé su opinión sobre el estado de una cosa. En concreto, la actividad del perito consistía en evaluar el estado de los muros de unos edificios construidos en Madrid por una empresa francesa, subcontratada por el CEFM francés (*ibid.*).

C) ¿Reconocimiento extraterritorial de medidas coactivas en el ámbito de la prueba?

Otra cuestión que no ha tratado la Ley 29/2015 es la posibilidad de ejecución forzosa de la solicitud de práctica u obtención de pruebas. No obstante, puede indicarse el art. 13, ubicado en el Cap. I (sobre “*Disposiciones generales*”) del Título I (“*Régimen general de la cooperación jurídica internacional*”), que se refiere al procedimiento de ejecución. Sin embargo, no se ocupa de la cuestión más concreta que se presenta en el ámbito de la práctica de pruebas a la que se refieren el art. 13 del Reglamento 1206/2001 y el art. 10 del Convenio de La Haya de 1970.

La posibilidad de obtener la prueba de forma coactiva no es una cuestión de menor trascendencia, sino que, por el contrario, la práctica pone de relieve su importancia, en especial, cuando se trata de litigios en el ámbito de la protección o salvaguardia de los derechos sobre bienes inmateriales, entre otros casos⁵⁴. Ahora bien, la tendencia en los países continentales relativa a la adopción de medidas coercitivas con respecto a la falta de colaboración de las partes o de terceros no consiste en aplicar sanciones directas, sino en términos procesales, esto es, con la técnica de las presunciones, la inversión de la carga de la prueba, los argumentos de prueba o sanciones contra el retraso⁵⁵.

Y, de otro lado, se presenta la cuestión de si pueden reconocerse en el foro las decisiones de autoridades extranjeras, en virtud de las cuales se obliga a determinada persona, que no se encuentra en su territorio, a obedecer una orden destinada a la producción de documentos que puedan servir de prueba⁵⁶. Aquí resi-

⁵⁴ Como es sabido, en el Derecho anglosajón, en particular, en el Derecho inglés, existen las *Mareva Injunctions*, de origen jurisprudencial. Vid., M. Requejo Isidro, *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Serv. Pub. Univ. Santiago de Compostela, 2000. Y, junto a las *Mareva injunctions*, con posterioridad, durante la década de los 80 del pasado siglo, se desarrollaron las *orders for disclosure of assets*, cuyo objetivo era obligar al deudor (o a un tercero) a revelar la existencia y localización de su patrimonio. Vid., en particular, C. McLachlan, “The Jurisdictional Limits of Disclosure Orders in Transnational Fraud Litigation”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 47, 1998, pp. 3–15.

⁵⁵ Vid., N. Trocker, “Il contenzioso transnazionale e l’evoluzione del Diritti delle prove”, *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. I, Pádua, Cedam, 1994, p. 659. Cabe citar en este sentido, en el ordenamiento español el art. 261 de la LEC, tras su modificación por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE 6.6.2006), que transpone al ordenamiento español la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Vid. A. Ybarra Bores, “La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 259–261.

⁵⁶ Para un análisis detenido vid. S. Clavel, *Le pouvoir d’injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, tesis, 1999 (inérita). Disponible en Biblioteca Cujas (París).

de, precisamente, la diferencia entre el *discovery* y la producción de pruebas a través de la *injunction*⁵⁷. Se trata de una cuestión que tampoco ha resuelto el Reglamento 1206/2001 y que la doctrina considera de forma favorable⁵⁸.

III. ¿Delimitación con respecto a la normativa comunitaria y convencional?

Si bien la actual Ley 29/2015 indica su aplicación subsidiaria con respecto a los textos comunitarios o convencionales, esta interpretación no se ajusta al sentido de ambos regímenes, que parten del criterio de la efectividad de la realización de la prueba⁵⁹. Por tanto, podrá llevarse a cabo la obtención de pruebas en el extranjero conforme a los arts. 29–32 Ley 29/2015, si su aplicación es más favorable para la realización de las citadas pruebas que la prevista en las normas de origen comunitario o convencional.

En concreto, la aplicación del Reglamento 1206/2001 y del Convenio de La Haya de 1970 debe ser valorada por la autoridad judicial española en función de la oportunidad y eficacia de la obtención de pruebas en el extranjero –como señala la STJCE 6 septiembre 2012, asunto *Lippens*–, con la finalidad de que no se vulnere el derecho a la prueba, si la norma comunitaria limita o no permite la obtención de pruebas en el extranjero de forma más efectiva que las propias normas nacionales. De otra parte, ya se planteó esta cuestión con respecto al Convenio de La Haya de 1970⁶⁰.

⁵⁷ En el primer caso, se trata de permitir el descubrimiento de indicios materiales de prueba; en el segundo, se trata de descubrir una prueba. Y, por ello, en ocasiones, la práctica de una *Anton Piller Order* puede incluir aspectos más incisivos que el procedimiento de *discovery*, pues puede suponer la presencia física del demandante y de su abogado en el lugar en el que se encuentra el demandado, con una orden judicial y que se lleven los documentos (vid. C. McLachlan, “Transnational applications of Mareva Injunctions and Anton Piller Orders”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 36, 1987, p. 679).

⁵⁸ Vid. extensamente, S. Clavel, *Le pouvoir...*, op. cit., pp. 39–40.

⁵⁹ Y, por este motivo, se indica el carácter facultativo del Reglamento. Vid. en particular, M.P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2013, nº 25, 2013, pp. 1–25; M.J. Elvira Benayas, “Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, nº 2, pp. 538–547.

⁶⁰ En particular, si se trataba de una vía excluyente de las reglamentaciones nacionales o, por el contrario, su utilización es facultativa, en el conocido asunto *Société Nationale Industrielle Aérospatiale y Société de construction d’Avions de Tourisme versus Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Iowa* (1987). Vid. texto en, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, pp. 829–833. Siendo numerosas las referencias bibliográficas sobre el mismo, cabe citar en particular, G. Hazard, “Discovery and the Rule of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, *Notre Dame L. Rev.*, 1998, pp. 1022–1035.

Así sucede, en concreto, en el Derecho alemán, con el procedimiento denominado “*Beweisbeschaffung aus dem Ausland*”, conforme al cual el juez puede citar a personas que se encuentran en el extranjero en calidad de parte o de testigo u ordenar la exhibición de documentos localizados en el extranjero⁶¹. Y del mismo modo, se prevé en el Código de Procedimiento civil holandés, en concreto, en el art. 176.1º, que permite (no obliga a), proceder por medio de comisión rogatoria al juez que debe interrogar a un testigo que reside en otro Estado⁶².

IV. Consideraciones finales

La Ley 29/2015 ha creado un cuerpo de normas de aplicación general (y que operan con carácter subsidiario), operativas cuando la petición de cooperación no esté prevista por normas comunitarias y/o convencionales. Y, de otro lado, completa el régimen legal común aplicable, recogido en otras disposiciones (art. 177 LEC y arts. 276–278 LOPJ). Sin embargo, los arts. 29–32 (en relación con los arts. 5–19) constituyen el régimen básico para la obtención de pruebas en el marco autónomo. De otro lado, es criticable que el legislador haga referencia al criterio de la subsidiariedad, que no se compadece con la finalidad de los instrumentos comunitarios y convencionales.

Además, se ha desaprovechado la ocasión para abordar la relación existente entre la administración de la prueba y la competencia internacional en los litigios, en los que cada vez cobra mayor importancia la conservación de la prueba para valorar la posibilidad de presentar la demanda de fondo (en el ámbito de los derechos sobre bienes inmateriales, aunque no sólo). En particular, podría haber recogido un criterio de competencia internacional, con la finalidad de evitar el *evidence shopping*. Por último, la nueva regulación es restrictiva, al denegar la práctica de prueba cuando la competencia corresponda con carácter exclusivo a las autoridades españolas, condición que no recoge el Reglamento 1206/2001 ni el Convenio de La Haya.

Bibliografía

Ancel, B. y Lequette, Y.: *Les grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 4ª ed., París, Dalloz, 2001.

⁶¹ Vid. N. Trocker, “Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all’assunzione delle prove in materia civile e commerciale”, *Riv. dir. int.*, 2003, p. 669.

⁶² STJCE 6 septiembre 2012, ap. 19.

- Arenas García, R.: “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 231–260.
- Cadiet, L. y Jeuland, E.: *Droit judiciaire privé*, 4ª ed., París, Litec, 2004.
- Carballo Piñeiro, L.: “La actividad preparatoria de un litigio internacional: de las diligencias preliminares a la *pre-trial discovery*”, *La Ley (Unión Europea)*, nº 6370, 30 noviembre 2005, D–278, pp. 22–28.
- Carrillo Pozo, L. y Elvira Benayas, M.J.: *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012.
- Clavel, S.: *Le pouvoir d’injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Tesis, 1999 (Inédita). Disponible en Biblioteca Cujas (París).
- Decugis, M.: “L’évolution des modes de preuve judiciaire en Droit comparé”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, nº 68, 1939, pp. 80 ss.
- Di Chiara, G.: “La assunzione diretta di prove da parte dell’autorità straniera” en, G. Di Federico; G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, Bolonia, Lo scarabeo, 1994, pp. 21–35.
- Diago Diago, M.P.: “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, 2013, nº 25, 2013, pp. 1–25.
- Diago Diago, M.P.: *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.
- Elvira Benayas, M.J.: “Ejecución directa de la diligencia de prueba. Designación de un perito. Actividad procesal desarrollada en parte en el territorio de un Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en territorio de otro Estado miembro (comentario de la STJCE, de 21 febrero 2013)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 2, 2013, pp. 16–19.
- Elvira Benayas, M.J.: “El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 251–282.
- Elvira Benayas, M.J.: “Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, vol. 5, nº 2, pp. 538–547.
- Elvira Benayas, M.J.: “Una visión transversal del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 447–461.
- Esteban de la Rosa, G.: “Competencia judicial internacional en el ámbito de la obtención de pruebas”, *La Ley*, 3–9 diciembre de 2012, pp. 4–10.
- Esteban de la Rosa, G.: “La realización de pruebas en el espacio europeo de justicia: a propósito del Reglamento 1206/2001 y su compatibilidad con el Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 309–320.
- Esteban de la Rosa, G.: “Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea”, *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5, marzo de 2014, pp. 1–32.
- Esteban de la Rosa, G.: *La prueba en el espacio europeo de justicia. La obtención de pruebas en el extranjero en el nuevo espacio europeo de justicia*, Saarbrücken, EAE, 2013.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Cívitas, 2015.
- Ferrer Barriendos, A.: “Interrogatorio de las partes”, en J. Moreno Aroca (ed.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2000, pp. 111–133.

- Hazard, G.: "Discovery and the Rule of the Judge in Civil Law Jurisdictions", *Notre Dame L. Rev.*, 1998, pp. 1022–1035.
- Heredia Cervantes, I. y Rodríguez Pineau, E.: "Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013–II, pp.100 ss.
- Herrera Petrus, Ch.: *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bologna, Pub. del Real Colegio de España, 2003.
- Hess, B.: "Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 222 ss.
- Jiménez Blanco, P.: "Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad intelectual", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 285–297.
- Levine, J.B.: *Discovery in civil procedure; a critical and historical study of the English Law*, Tesis, Univ. de Oxford, julio de 1969.
- Matray, L.: "Les traits caractéristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste", *L'administration de la preuve*, París, CCI, 1989, nº 8, pp. 115–136.
- McLachlan, C.: "Transnational Applications of Mareva Injunctions and Anton Piller Orders", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 36, 1987, pp. 679 ss.
- McLachlan, C.: "The Jurisdictional Limits of Disclosure Orders in Transnational Fraud Litigation", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 47, 1998, pp. 3–15.
- Miguel Asensio, P. de: "Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil", *Blog* de 27–08–2015.
- Montero Aroca, J.: "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)", J. Montero Aroca (dir.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 45 ss.
- Montero Aroca, J.: "Procedimiento probatorio (la grandeza a la sumisión de la ley procesal)", en J. Montero Aroca (dir.), *La prueba*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 309 ss.
- Oberto, G.: "L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien", en L. Vogel (coord.), *Juges et jugements: l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, París, Société de législation comparé, 1998, pp. 43 ss.
- Perrot, R.: *Institutions judiciaires*, 4ª ed., París, Litec, 2004.
- Picó i Junoy, J.: "La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *La Ley*, 2001, nº 7, pp. 1518 ss.
- Picó i Junoy, J.: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.
- Pinchon, F.: *L'expertise judiciaire en Europe. Études des systèmes allemand, anglais, espagnol, français et italien en matière de procédure civile*, París, Ed. D'organisation, 2002.
- Requejo Isidro, M.: *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (antisuit injunctions)*, Santiago de Compostela, Serv. Pub. Univ. Santiago de Compostela, 2000.
- Rizo Gómez, B.: *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Rodríguez Benot, A.: "Hacia una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", Ponencia presentada en las XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Sevilla, 15 y 16 octubre 2015 (en prensa).
- Santa Croche, M.: "Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international", *Gazette du Palais*, marzo–abril, 2 marzo 2000, pp. 389 ss.

- Schlaepfer, A.E. y Bärtsch, Ph.: "A Few Reflections on the Assessment of Evidence in International Arbitrators (Quelques réflexions sur l'appréciation de la preuve par l'arbitre international)", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2010, nº 3, pp. 211–223.
- Taruffo, M.: "Modelli di prova e di procedimento probatorio", *Riv. dir. proc.*, 1990, vol. 45, nº 2, pp. 426 ss.
- Taylor, A.: *Principles of evidence*, 2ª ed., Londres, Cavendish Pub., 2000.
- Trocker, N.: "Il contenzioso transnazionale e l'evoluzione del Diritti delle prove", *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. I, Pádua, Cedam, 1994, pp. 659 ss.
- Trocker, N.: "Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale", *Riv. dir. int.*, 2003, pp. 691 ss.
- Webster, Th.: "Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration", *Arb. Int'l*, 2001, vol. 17, nº 2, pp. 143 ss.
- Ybarra Bores, A.: "La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, nº 2, pp. 259–261.

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 10.6.2016

EL MAPA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ESPAÑOL TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Carmen PARRA RODRÍGUEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Las normas contenidas en el ordenamiento español de origen interno: La Ley de cooperación jurídica internacional. III. Las normas procedentes de los Convenios internacionales. 1. Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito multilateral. 2. La relación entre los instrumentos multilaterales establecidos en la Conferencia de La Haya: A) Convenio de La Haya de 1965; B) Convenio de La Haya de 1970. 3. Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito regional: A) El Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, hecho en Estrasburgo el 24 noviembre 1977; B) Convención sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 enero 1975; C) Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 diciembre 2010. 4. Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito bilateral. IV. Instrumentos comunitarios que se ocupan de la asistencia jurídica internacional. 1. Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. 2. Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. 3. Excepciones a los Reglamentos comunitarios incorporados en los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa. V. Conclusiones.

RESUMEN: No cabe duda de que la globalización está influyendo en la regulación del Derecho internacional y especialmente en el Derecho procesal que cada vez es objeto de un mayor número de normas que internacionalizan sus actuaciones. En este sentido el número de convenios bilaterales y multilaterales, los reglamentos comunitarios y las normas de derecho interno especializadas en la comunicación entre autoridades tanto judiciales como administrativas, han crecido exponencialmente. Este ascenso legislativo se ha convertido en un arma de doble filo, ya que si bien por un lado facilita las relaciones transfronterizas, por otro lado ha generado un entramado legislativo complejo que produce inseguridad jurídica. En este sentido las excepciones, las reservas, las declaraciones o los protocolos anexos a los instrumentos normativos hacen difícil su aplicación tanto en el orden temporal como material o territorial. Todo esto nos lleva a la necesidad de elaborar un mapa conceptual que nos ayude a

* Profesora titular de Derecho internacional. Universidad Abat Oliba CEU.

aplicar la legislación correcta garantizando de este modo la seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

PALABRAS CLAVE: ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL – NOTIFICACIONES INTERNACIONALES, PRUEBA EN EL EXTRANJERO.

ABSTRACT: *Map of Communication Between Courts in Spanish International Law After the Law of International Legal Cooperation*

There is no doubt that globalization is influencing the regulation of international law in particular procedural law. There are more and more a greater number of rules internationalizing legal communication. Regarding this situation has grown exponentially the number of bilateral and multilateral agreements, EU regulations and the rules of domestic law specialized in communication between judicial and administrative authorities. This legislative rise has become a double-edged sword, because if on the one hand it facilitates cross-border transaction, on the other hand it generates a complex network producing legal uncertainty. In these sense exceptions, reservations, declarations or protocols make difficult their application in the temporal, material and territorial order. This leads us to believe that there is an urgent need to develop a conceptual map to help us apply the correct law thereby ensuring legal certainty in international relations.

KEY WORDS: INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE – LAW ON INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION – SERVICE ABROAD – EVIDENCE ABROAD.

I. Introducción

El mundo actual impone en los tribunales una mayor eficacia y rapidez en la transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales al mismo tiempo que exige la utilización de medios adecuados que aseguren tanto la legalidad como la fidelidad de los documentos transmitidos. Para lograr este objetivo los Estados han desarrollado un complejo sistema normativo que tiene diferentes aplicaciones debiendo tenerse en cuenta la dimensión y el alcance de estas normas para conocer los diferentes niveles de regulación existentes en los ordenamientos jurídicos que se ocupan de los procesos internacionales. Vamos a comenzar por estudiar el marco normativo establecido por la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI)¹, que desde el mes agosto 2015 regula la comunicación de los tribunales españoles con los del resto del mundo. A continuación nos ocuparemos de las normas contenidas en los convenios internacionales de ámbito multilateral, regional y bilateral, para terminar con los reglamentos comunitarios que se ocupan de esta materia.

Sin embargo este cuadro simplificado será modificado por otras normas especiales que exceptuarán la aplicación de las cuestiones procesales generales creando un mapa normativo complejo y de difícil comprensión. No obstante no

¹ Ley 29/2015 de 30 julio Cooperación Jurídica Internacional. BOE 31.7.15. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/29, <https://aedipr.com/documentos/>.

hay que olvidar que las relaciones multilaterales son complejas y estos mecanismos correctores (declaraciones, reservas, protocolos...) son necesarios para alcanzar escenarios de consenso, si bien generan numerosas bilateralizaciones y excepciones en la aplicación de las normas que se aplican en las relaciones internacionales. No obstante, en el ámbito judicial es la regla *lex fori regit processum* la que inspira las normas procesales que rige los procedimientos judiciales con elementos extranjeros en la mayor parte de los ordenamientos². En concreto en el Derecho español, el Derecho procesal (*lex fori*) se aplica al desarrollo del proceso, tal como establece el art. 3 LEC. Esta regla ofrece una solución práctica y sencilla, teniendo en cuenta que simplifica la utilización de un único ordenamiento procesal independientemente de que el proceso tenga elementos extranjeros. Al mismo tiempo ofrece seguridad jurídica al no depender de la nacionalidad de las partes presentes en el litigio, otorgando primacía a la soberanía del Estado por cuanto no deja al arbitrio del contenido del litigio los aspectos procesales del mismo³. En este sentido el art. 3 LEC facilita las actividades procesales que deben desarrollarse ante tribunales extranjeros en relación a procesos que se siguen en España ordenando en estos casos la aplicación de la ley española al desarrollarse el proceso en España. Sin embargo, esta es una visión unilateralista e irrealista, ya que el Derecho procesal es imperativo y por tanto no se puede imponer su aplicación en el Estado requerido. Es por ello que la jurisprudencia española tradicionalmente ha interpretado que los actos procesales realizados por autoridades judiciales extranjeras y los actos procesales realizados por autoridades judiciales españolas en procesos seguidos en el extranjero estén sujetos a leyes procesales extranjeras⁴.

Para facilitar la comunicación entre los tribunales, dada la existencia cada vez mayor de litigios transfronterizos, el legislador deja paso a una normativa propia de los procesos con elementos extranjeros a través de la denominada asistencia o auxilio judicial internacional⁵. Estos instrumentos legales internacionales se utilizan especialmente en los casos de notificación y traslado de documentos

² Vid. J.M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 2002; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016; M.D. Adams Muñoz, “La Regla *Lex Fori Regit Processum*”, *Justicia* 2002, p. 121–143; E. Castellanos Ruiz, “La ley aplicable al proceso y el art. 3 LEC 1/2000”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 239–250, A. Font Segura, “Una lectura comunitaria del principio *Lex Fori regit Processum*”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 283–313.

³ M. Virgós Soriano y F.J. Garcímartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 24.

⁴ Vid. para conocer esta jurisprudencia A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, 14ª ed., vol. I, 2013–2014, p. 702.

⁵ F.J. Garcímartín Alférez, “Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional”, *Colección Escuela Diplomática*, vol. 5, Madrid, 2001, p. 61–68.

así como en la obtención de pruebas que deben practicarse ante los tribunales de otro Estado, o que se deban realizar en España por mandato de autoridades extranjeras. En este sentido el ordenamiento español cuenta con un importante entramado normativo formado por convenios y reglamentos comunitarios que ofrecen un marco de cooperación para los tribunales implicados en dicha comunicación.

II. Las normas contenidas en el ordenamiento español: La Ley de Cooperación Jurídica Internacional

A pesar de los compromisos internacionales que el legislador español ha venido asumiendo progresivamente para facilitar las relaciones transfronterizas en los litigios con elementos extranjeros, el ordenamiento español necesitaba una regulación que se ocupara de aquellos casos en los que no existieran normas convencionales o instrumentos comunitarios que cubrieran estas situaciones ya que la regulación contenida en los arts. 276 a 278 LOPJ 1985 resultaba desde todo punto de vista insuficiente⁶. En este sentido la Ley de cooperación jurídica internacional (en adelante LCJI) de 2015 supuso la puesta al día en las relaciones de los tribunales españoles con los tribunales situados en otros países, poniendo así punto y final a un mandato presente en la LOPJ/1985, y en la disposición final vigésima de la Ley 1/2000, de 7 enero la Ley de Enjuiciamiento Civil. No cabe duda de que su promulgación era necesaria para actualizar el fragmentado y anticuado sistema que permanecía en vigor desde 1881.

La LCJI ha venido por tanto más que a llenar un vacío legal, a ordenar y sistematizar las normas internas que se ocupaban de los litigios con elementos extranjeros, estableciendo las pautas de aplicación de un sector en el que han convivido normas comunitarias y convencionales junto a un fragmentado sistema interno. En este sentido, para delimitar su ámbito de actuación el Principio de subsidiariedad contenido en el art. 2 a) ha servido para excluir su aplicación frente a los tratados y acuerdos internacionales en vigor así como con las disposiciones de la Unión Europea. Por su parte, el Principio de especialización del art. 2 b) ha dado prioridad a las normas sectoriales sobre las generales establecidas en la propia LCJI⁷.

⁶ Vid A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, 14ª ed., vol. I, 2013–2014, p. 738; F. Calvo Babío, en C. Parra Rodríguez y otros, *Derecho internacional privado*, Huygens, 2013, p. 99–115.

⁷ Art. 2. *Fuentes*. La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por:
a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte.
b) Las normas especiales del Derecho interno.

Si bien la LCJI es una norma que abarca todo el proceso litigioso, las materias objeto de análisis en este trabajo se van a limitar a las contenidas en los capítulos I a IV del título I donde se regulan las notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales y la obtención de pruebas. Para ello en primer lugar la LCJI establece unas normas generales relativas a la comunicación entre tribunales (art. 5 a 19) para a continuación referirse de forma individualizada a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales por un lado (arts. 20 a 28) y por otro a la obtención y práctica de la prueba (art. 29 a 32)⁸. En este sentido, la LCJI distingue la notificación y traslado de documentos de la autoridad española con órganos judiciales extranjeros (art. 21) de la comunicación de documentos que provienen del extranjero que deben ser comunicados a la autoridad española (art. 22). En ambos casos acepta todos los medios de comunicación utilizados en los instrumentos internacionales tales como son la comunicación directa, la Autoridad Central⁹ o la vía consular o diplomática¹⁰.

Es destacable también el tratamiento individualizado que da la LCJI a la transmisión de documentos extrajudiciales en su art. 28, introduciendo la posibilidad de remitirlos además de por los medios generales a través de la autoridad notarial, medio este que hasta ahora no se había contemplado en otros instrumentos internacionales vigentes en España¹¹.

c) Subsidiariamente, por la presente ley.

⁸ Existen repeticiones (idioma) y desproporción en la regulación de la notificación y la prueba.

⁹ La Autoridad Central se caracteriza por ser un sistema rápido y simplificado en el que se eliminan la intervención de órganos intermediarios, son organismos especializados fáciles de identificar y conocedores de los mecanismos de comunicación internacionales. En el caso español la Autoridad Central es la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En cuanto a la actividad que debe realizar esta institución, que se encuentra enumerada en el art. 8, le da un papel importante desarrollando en siete apartados sus facultades a través de unas competencias muy difusas como por ejemplo: “prestar auxilio”, “promover”, “solventar dificultades” entre otras, además de comprometerse con funciones de difícil cumplimiento a día de hoy como por ejemplo el compromiso contenido en la letra e) cuando se refiere a proporcionar información sobre derecho español, información sobre Derecho extranjero, acciones todas ellas para las que el Ministerio de Justicia no cuenta con medios para llevarlo a cabo. Llama la atención la regulación de la comunicación directa a sus destinatarios por correo postal certificado a la que el legislador se refiere expresamente en el art. 21.2º y en el art. 22 *in fine* en los mismos términos.

¹⁰ *Vid.* Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas, de 18 abril 1961, BOE 24.1.1968 y el Convenio de Viena de relaciones consulares, de 24 abril 1963, BOE 6.3.1970.

¹¹ Esta vía de comunicación aparece regulada en el art. 9 LCJI con la condición de que sea compatible con la naturaleza del acto de cooperación internacional, no estando contemplada en el resto de instrumentos internacionales que sólo operan a través de órganos judiciales. Esta situación hace que la LCJI se aplique por extensión en todas las comunicaciones internacionales independientemente de la existencia de Convenios y Reglamentos comunitarios. La justificación de esta extensión se justifica por el criterio de la máxima eficacia y de la tutela judicial efectiva que opera a favor de la comunicación más óptima independientemente del instrumento internacional utilizado.

Respecto a la práctica y obtención de pruebas la LCJI establece normas especiales sobre la práctica y la obtención de pruebas en el extranjero donde se acude a criterios de simplicidad y subsidiariedad con detalle del procedimiento, contenido y requisitos de tal actividad (arts. 29 a 32). No obstante llama la atención su limitada regulación (cuatro artículos frente a los ocho que dedica a la notificación) que el legislador ha completado con las disposiciones generales establecidas por la propia ley (arts. 5 a 19). Así para la prueba practicada en España el art. 29-3 establece que en cualquier caso siempre se deberán respetar las garantías previstas en la legislación española y practicarse conforme a la normativa procesal española.

El resto de normas se ocupan de describir el contenido de la solicitud (art. 30) así como de las diligencias de obtención de pruebas en concreto para el caso de declaración, prueba de testigos y examen de documentos (art. 31), terminando con algunas indicaciones sobre la práctica de la prueba ante autoridades españolas (art. 32). No obstante el carácter enumerativo de este artículo no es muy afortunado ya que emplea un tono casuístico que en la práctica puede plantear problemas a la hora de su aplicación. Tal vez hubiera sido preferible una disposición abierta en la que se pudieran aplicar los mismos criterios utilizados para la prueba en el ordenamiento procesal español.

En definitiva el legislador ha copiado en esta norma las soluciones ofrecidas por los instrumentos internacionales que se ocupan de la asistencia jurídica internacional. En este sentido la aplica a los casos no regulados por estos instrumentos lo que facilita y uniformiza el tratamiento legislativo dado a los litigios internacionales a pesar de que como veremos a continuación la situación es más compleja de lo que a simple vista parece.

III. Las normas procedentes de los Convenios internacionales

El fundamento jurídico que sirve de base al auxilio judicial entre tribunales de diferentes Estados se denomina asistencia judicial internacional, a través del cual se permite realizar actos procesales antes los tribunales de otros Estados bien sea una notificación, una prueba o cualquier otro acto jurídico.

Tal como establecen los profesores Virgós y Garcímartín¹², se trata de superar el problema que deriva del Principio de Derecho internacional público que impide a un Estado ejercer su poder jurisdiccional en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, por lo que de no existir este mecanismo, los procedimientos

¹² M. Virgós Soriano y F.J. Garcímartín Alférez, *op. cit.*, p. 35.

con elementos extranjeros quedarían paralizados¹³. Sin embargo a pesar de la existencia de compromisos entre los órganos de los Estados para llevar a cabo la comunicación entre autoridades, hay una serie de mecanismos propios del Derecho convencional que rompen la transparencia y la claridad en la aplicación de los Convenios. En este sentido destacan las declaraciones, reservas y protocolos, todos ellos instrumentos que sirven para bilateralizar los compromisos de los Estados.

En este sentido las “Declaraciones a los Tratados” son mecanismos que completan los Convenios multilaterales donde los Estados, a través de un acuerdo informal, con un carácter interpretativo, o con carácter unilateral, crean vínculos jurídicos entre los declarantes aunque no estén dirigidas directamente a cada uno de ellos¹⁴.

Por otro lado la asistencia judicial internacional utiliza la “Reserva a los Tratados” entendida como un acto unilateral por el que una parte manifiesta, respecto a la conclusión de un tratado, su propósito de excluir o modificar alguna obligación derivada del mismo. Las reservas constituyen un medio para favorecer la conclusión de tratados y su fundamento se encuentra en el Principio de libre consentimiento que tienen los Estados a la hora de adquirir compromisos a nivel internacional¹⁵.

Otro instrumento internacional utilizado en el Derecho convencional son los Protocolos entendidos en estos casos como acuerdos menos formales por su contenido y extensión. En concreto los utilizados en el ámbito de la asistencia judicial internacional suelen ser los denominados “Protocolo de Firma”, que son instrumentos subsidiarios a un tratado y establecidos por las mismas partes. Estos Protocolos se ocupan de cuestiones auxiliares, como la interpretación de determinadas cláusulas del tratado, cláusulas formales que no se han insertado en el texto, o la regulación de cuestiones técnicas. En este sentido la ratificación del tratado conlleva la ratificación simultánea de dicho Protocolo¹⁶.

Vamos a examinar a continuación como queda regulada la asistencia judicial internacional a través de los convenios de ámbito multilateral, regional y bilate-

¹³ Otro fundamento de la asistencia judicial internacional es el que se deriva de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al que tienen derecho los litigantes tanto en procesos internos como internacionales. Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “sobre el fundamento...”, *loc. cit.*, p. 65.

¹⁴ M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, pp. 229–243.

¹⁵ *Ibid.*, p. 160–177. C.H. Díaz Barrado, *Reservas a la Convención sobre los Tratados entre Estados*, Madrid, Tecnos, 1991; J. Quel López, *Las reservas a los Tratados internacionales (un examen de la práctica española)*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1991.

¹⁶ Vid. <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>

ral que se ocupan de la comunicación de tribunales en el ámbito de la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, así como de la obtención de prueba en tribunales de otros Estados. En este sentido tendremos cuenta el efecto que producen las declaraciones, protocolos y reservas en la aplicación de los convenios multilaterales.

1. Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito multilateral

Desde sus inicios la Conferencia de La Haya se ha ocupado de crear normas multilaterales para facilitar la comunicación entre tribunales¹⁷. En este sentido cabe recordar los convenios sobre procedimiento civil de 14 noviembre 1896, de 17 julio 1905 y de 1 marzo 1954¹⁸ (en adelante Convenio de La Haya de 1954) que han dado paso posteriormente a los convenios especiales relativos a la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales de 1965¹⁹ (en adelante Convenio de La Haya de 1965) y el Convenio de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial²⁰ (en adelante Convenio de La Haya de 1970).

En este sentido el primer problema que se nos presenta es el determinar en este caso cual es la norma aplicable ya que todos estos convenios están en vigor (Convenios de La Haya de 1954, 1965 y 1970) por lo que habrá que tener en cuenta el ámbito material y territorial del convenio en cuestión, así como acudir en estos casos a los Principios Generales del Derecho para optimizar y coordinar sus efectos y resultados no solo entre ellos, sino con todas las normas que regulan la asistencia jurídica internacional.

¹⁷ Vid. www.hcch.net; Para conocer la negociación de estos Convenios M. Aguilar Benítez de Lugo, "La notificación de documentos en el extranjero", *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1829, 1998, pp. 2201–2242; V. Hoyer, "Réflexions et propositions suggérées par la pratique en vue des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile", *De Conflictu Legum (Mélanges Kollewyn-Offenhaus)*, Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, 1962; P. Schlosser, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Recueil des Cours*, t. 284, 2000, p. 307.

¹⁸ Los Convenios de 1905 y 1954 son muy parecidos, justificando su duplicidad por razones formales y diplomáticas en concreto para permitir la adhesión de los nuevos Estados miembros de la Conferencia de La Haya que no podían acceder debido a las disposiciones finales del texto del Convenio de 1905. En la actualidad sólo está en vigor el de 1954. Vid. Convenio de 1 marzo 1954 sobre el Procedimiento Civil. BOE 8.8.1981. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=33>. Vid. G.L.A. Droz, "La Conférence de la Haye et l'entraide judiciaire internationale", *Recueil des Cours*, t. 168, 1980, pp. 165–166.

¹⁹ Convenio de 15 noviembre 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial. BOE 25.8.1987. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=17>.

²⁰ Convenio de La Haya de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. BOE 25.8.1987. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=82e>.

En este sentido hay que invocar el Principio de *pacta sunt servanda* para hacer prevalecer las normas convencionales sobre las normas internas, el Principio de especialización que establece la aplicación de las normas especiales sobre las generales, el Principio que establece que el Convenio posterior deroga al Convenio anterior, o el Principio de la eficiencia máxima que impone la aplicación de la norma que remite al resultado más óptimo. Junto a ellos la asistencia jurídica internacional ha desarrollado un Principio que antepone la norma que da protección al demandado. Todos ellos serán desarrollados en los apartados siguientes.

2. La relación entre los instrumentos multilaterales establecidos en la Conferencia de La Haya

Los tres instrumentos internacionales que convergen en materia de asistencia judicial internacional están sujetos a diferentes excepciones que hay que tener en cuenta a la hora de su aplicación.

A) Convenio de La Haya de 1965

Así el Convenio de La Haya de 1954 es de ámbito general ya que se ocupa de todo el Procedimiento civil siendo los arts. 1 a 7 los que regulan las notificaciones²¹. Este Convenio es desplazado por los de carácter especial (Convenio de La Haya de 1965 para notificaciones y el Convenio de La Haya de 1970 para la obtención de prueba)²².

No obstante esta regla tiene excepciones para el Convenio de 1965 que en aplicación del Principio de máxima eficiencia establece que “los acuerdos adicionales a los Convenios de 1905 y 1954, concluidos por los Estados contratantes se considerarán como igualmente aplicables al presente Convenio, salvo que los Estados interesados convengan otra cosa”²³. Esta cláusula de desconexión rompe con la jerarquía temporal de tal forma que al contrario de lo que nos pueda parecer a simple vista el Convenio de 1954 sería aplicable a pesar de que los tribunales estén situados en Estados que hayan suscrito el Convenio de 1965.

A pesar de estas excepciones que habrán de tenerse en cuenta a la hora de la comunicación entre tribunales para la notificación²⁴ y traslado de documentos,

²¹ El art. 22 del Convenio de 1965 establece que los arts. 1 a 7 de los Convenios de la Haya sobre procedimiento civil serán derogados en la medida en la que los Estados ratifiquen el segundo Convenio (principio de ley posterior deroga la ley anterior).

²² Salvo para Austria y Armenia que no han ratificado los Convenios de La Haya de 1965 y 1970.

²³ Art. 24 del Convenio de La Haya de 1965.

²⁴ Es interesante la distinción entre “notificación” por parte de la persona destinataria (dar noticia del procedimiento por otras personas) y “traslado” remisión del documento al extranjero, del Estado requi-

acabará siendo aplicable el Convenio de La Haya de 1965 (norma especial) ya que en su Preámbulo establece que “nace con la finalidad de crear los medios necesarios para que los documentos judiciales y extrajudiciales que deben ser objeto de notificación o traslado en el extranjero sean conocidos por sus destinatarios en tiempo oportuno” y en “mejorar a tal fin la asistencia judicial, simplificando y acelerando el procedimiento”. El hecho de que se dedique específicamente a la notificación y el traslado de documentos permite crear un procedimiento uniforme, simple, rápido y seguro para todos los Estados parte del Convenio, a través del cual se garantice el conocimiento de los documentos por parte del destinatario para poder organizar su defensa²⁵. Para ello el Convenio utiliza como sistema principal la Autoridad Central, sin perjuicio de la utilización de los medios tradicionales de remisión (vía diplomática, consular, postal y directa, arts. 2 ss) y el establecimiento de un sistema de garantías y sanciones para el caso en el que no se puedan notificar los documentos a su destinatario (arts. 15 y 16).

En otro orden de cosas, la aplicación del Convenio de La Haya de 1965 no es obligatoria debido a que la cuestión de determinar si un documento debe ser remitido al extranjero para su notificación o traslado es un asunto *lex fori*²⁶, es decir que es la ley del Estado la que establece las condiciones para la notificación o traslado del documento al extranjero. El Convenio en este sentido trata de facilitar el acto de notificación entre los Estados parte al mismo tiempo que respeta la soberanía territorial de los mismos, dado que los derechos procesales nacionales difieren en numerosos aspectos.²⁷

Sin embargo una vez que el Estado considere su aplicabilidad ésta tiene carácter exclusivo²⁸ en tanto que el art. 1 se refiere a que el documento “debe ser notificado en el extranjero” por lo que se deberán utilizar las vías de remisión previstas en el Convenio. No obstante esta exclusividad tiene excepciones ya que el texto del Convenio permite ser completado con disposiciones previstas en la ley interna de los Estados parte (art. 19) en temas la legalización de documentos (art. 3–2), idiomas utilizados (arts. 5–3 y 7), datos del formulario (art. 5–4) y sobre el

rente al Estado requerido El texto francés se refiere a “*signification y notification*” en inglés se refiere a *service*.

²⁵ Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “La notificación...”, *loc. cit.*, p. 8; B. Constantino y M. Saravalle, “Il regime della notificazione all’ estero secondo la convenzione dell’aja del 15 de novembre 1965”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XX, 1984, p. 455.

²⁶ Vid. *Practical Handbook on the Operation of Service Convention*. The Hague Conference on Private International Law. Párrafos nº 31 – 36.

²⁷ Vid. B. Hess, “Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontières en Europe”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 218–220.

²⁸ Vid. *Practical Handbook on the Operation of Service Convention*. The Hague Conference on Private International Law. Párrafos nº 50–51.

reembolso de gastos. Así mismo, el art. 21 del citado Convenio acepta Declaraciones de los Estados que deberán ser comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos²⁹.

Por último el art. 25 establece que “el presente Convenio no deroga los Convenios en que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser partes y que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio”, lo que da lugar a la inaplicación del mismo a favor de otros instrumentos internacionales.

B) Convenio de La Haya de 1970

Respecto al Convenio de La Haya de 1970, se ocupa de regular las comisiones rogatorias entendidas como el instrumento por el cual la autoridad judicial de un Estado (Estado requirente) solicita de la autoridad competente de otro Estado (Estado requerido) la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto de instrucción o de otros actos judiciales, especialmente la práctica de una diligencia probatoria.³⁰ Desplaza así las disposiciones generales contenidas en los art. 8 a 16 del Convenio de La Haya de 1954 que se ocupan de la obtención de prueba en el extranjero.

El texto del Convenio determina el contenido de las comisiones rogatorias (forma, idioma...) así como las funciones de la Autoridad Central, que será el órgano encargado de su tramitación.

Al igual que sucede en el Convenio de La Haya de 1965 una cuestión a resolver es la relativa al carácter obligatorio del Convenio sobre el cual la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya no se ha pronunciado de forma contundente, si bien ha instado a que se utilice siempre que sea posible.³¹ No obstante el desarrollo del proceso probatorio determinará en cada caso si existen elementos suficientes para poder activar el Convenio. Por ejemplo, si los testigos se desplazan al Estado donde se está desarrollando el proceso, ya que en este caso no existe una situación transfronteriza que justifique el uso de los mecanismos

²⁹ Actúa como depositario del Convenio. Estas Declaraciones crean relaciones bilaterales entre los Estados que las suscriben.

³⁰ C. Gavalda, “Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale”, *Rev. cirit. dr. int. pr.*, 1964, p. 15–40. J.C. Fernández Rozas, “La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, 1993, p. 81–100.

³¹ Documento Preliminar n° 10, diciembre 2008. Cf. Informe sobre el Trabajo de la Comisión especial mayo 1985 sobre el Funcionamiento del Convenio. Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de octubre–noviembre de 2003 y las Conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial de 2 al 12 febrero 2009. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=82>.

establecidos en el Convenio³². Sin embargo, en los casos en los que intervenga la *lex fori* la determinación o no del carácter obligatorio será similar al Convenio de La Haya de 1965 y por tanto se entenderá que su aplicación no es obligatoria en función de lo que decida el órgano que esté resolviendo el asunto.³³

Otra cuestión a tener en cuenta es el relativo a la posibilidad de hacer una reserva tal como establece el art. 23 de este Convenio según el cual: “todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países del *common law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*. Este artículo ha sido interpretado de forma diferente en Estados Unidos y en Europa debido a que esta institución se desarrolla de forma distinta en cada familia jurídica³⁴, si bien la reserva no ha sido bien aceptada por todos los Estados ya que consideran que este tipo de instrumento va en contra del espíritu uniformizador del Convenio.

Sin embargo la finalidad que perseguía la exclusión de esta figura procesal en determinados sistemas procesales no era otra que la posibilidad de evitar ejecutar órdenes extranjeras de *discovery*³⁵ que tuviesen como objetivo obtener la información en la fase de *pre-trial* del procedimiento³⁶, especialmente las peticiones de *discovery*” procedentes de Estados Unidos (Estado parte del Convenio de La Haya de 1970), debido a la distinta concepción existente en este ordenamiento respecto a esta figura. Además se trataba de evitar la obtención de pruebas de forma “*fishing (fishing expedition)*” es decir, sin respetar los derechos y las garantías fundamentales del individuo en el proceso³⁷.

Ahora bien, el hecho de que el Estado requerido para la práctica del “*discovery*” haya realizado la reserva del art. 23, no implica necesariamente que no puedan solicitarse estas pruebas por los mecanismos previstos en el Convenio. Por el contrario, el Informe de la Comisión especial sobre el funcionamiento del

³² P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: Estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *REEI*, pp. 1–25, esp. 7. www.reei.org.

³³ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 488–491. Dicen estos autores que el Convenio no es aplicable a la cuestión previa para exigir actuaciones judiciales en territorio de otro Estado.

³⁴ Vid. L. Collins, “The Hague Evidence Convention and Discovery: a Serious Misunderstanding?” *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 35, 1986, p. 765; D.J. Gerber, “Extraterritorial Discovery and the conflict of procedural Systems: Germany and the United States”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, p. 781.

³⁵ Tipo especial de prueba que tiene un carácter exploratorio antes de iniciar el proceso.

³⁶ G. Esteban de la Rosa, “Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5 (marzo de 2004) p. 1–32, esp. p. 27.

³⁷ D.M. Edward, “Taking of Evidence abroad in civil or commercial matters”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 18, 1969, p. 650.

Convenio establece que el sentido de la reserva tiene que limitarse a aquellos casos en los que la comisión rogatoria carezca de la suficiente explicación, de tal forma que no permita identificar los documentos que tienen que ser obtenidos o examinados³⁸. Esto quiere decir que en el resto de los casos estas pruebas pueden ser aceptadas por los tribunales de los Estados independientemente de que hayan realizado la reserva.

Esta interpretación añade inseguridad al uso de la reserva, ya que le incorpora un elemento subjetivo difícil de determinar en el momento procesal en el que debe ser utilizado. En este sentido la LCJI establece en su art. 29-3 que se puede solicitar en España la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero siempre que la prueba sea conforme a la normativa procesal española. Esta disposición parece dar entrada en el proceso español al “*pre-trial discovery of documents*” de manera limitada contraviniendo el carácter general de la reserva hecha por España en el Convenio de La Haya de 1970³⁹.

3. Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito regional

Junto a los convenios de ámbito multilateral, la asistencia judicial internacional también ha sido objeto de desarrollo en convenios de ámbito regional en Europa y América Latina. En este sentido surge de nuevo un conflicto debido a que coinciden los Estados parte en ambos instrumentos, siendo necesario analizar en cada caso cual es el instrumento internacional aplicable.

A continuación vamos a analizar la aplicabilidad de los Convenios vigentes para España teniendo en cuenta las excepciones (declaraciones, protocolos y reservas) a las que nos hemos referido anteriormente.

A) El Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, hecho en Estrasburgo el 24 noviembre 1977⁴⁰

Este Convenio elaborado por el Consejo de Europa se ocupa de la notificación de documentos de materia administrativa entre los tribunales de los países que lo han ratificado, excluyendo expresamente las materias fiscales y penales. Sin embargo a pesar de esta exclusión, el Convenio acepta que los Estados puedan hacer Declaraciones dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa para

³⁸ Vid. *Report on the work of special commission on the operation of the Convention of 18 march 1970 on the taking of evidence abroad in civil and commercial matters, June 12–15, 1978, ILM, 1978, vol. 17, p. 1428.*

³⁹ Vid. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1987-19798.

⁴⁰ Ratificado por España el 22 junio 1987. BOE 2.10.1987. Vid. texto del Convenio en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-22375>.

ampliar el ámbito del Convenio a estas materias o a cualquier procedimiento incoado por infracciones cuya sanción no corresponda a la jurisdicción de sus autoridades judiciales en el momento de presentarse la solicitud de asistencia⁴¹. Esto por tanto significa que los Estados podrán ampliar el ámbito material de aplicación del convenio a cualquier materia, independientemente de su carácter administrativo. Para llevar a cabo el sistema de comunicaciones este Convenio utiliza la Autoridad Central al igual que lo hacen otros instrumentos internacionales (art. 2). Del mismo modo utiliza las soluciones contempladas en otras normas convencionales para facilitar las notificaciones entre tribunales (certificados, formularios, idiomas...).

Por último hay que decir que el Convenio será compatible con los acuerdos internacionales y otros arreglos y prácticas vigentes o que puedan entrar en vigor entre dos Estados contratantes respecto de las cuestiones reguladas en el mismo (art. 16), siendo posible que se adhieran Estados no miembros del Consejo de Europa (art. 19). Sin embargo el Convenio no admite la formulación de reservas (art. 21).

Como puede observarse su flexibilidad genera una gran inseguridad jurídica ya que las partes no pueden deducir del texto del Convenio la elección “a la carta” hecha por otros Estados quedando a expensas del conocimiento particular que puedan tener el juez o las partes en un determinado litigio.

B) Convención sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 enero 1975⁴²

La Convención sobre exhortos o cartas rogatorias se ocupa de la comunicación de documentos en materia civil y mercantil siendo aplicable en las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales de los Estados parte. No obstante, al igual que el anterior convenio, prevé la Declaración de los Estados contratantes para extender las normas convencionales a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias en materia laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial (art. 16).

A diferencia de los instrumentos anteriores, esta Convención no da protagonismo a la Autoridad Central para la tramitación de las comunicaciones (art. 4) ni prevé un sistema de garantías y sanciones en el caso de incumplimiento de los mecanismos establecidos en su texto.

⁴¹ Esta Declaración ha sido hecha por: Alemania, Austria e Italia. Así mismo Los Estados podrán expresar en su Declaración la posible prevalencia del Principio de reciprocidad (art. 1.2º).

⁴² España es parte de este Convenio. BOE 15.8.1987.

La Convención también señala que los Estados parte que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites particulares más expeditivos que los previstos en ella, pudiendo tales acuerdos ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las partes (art. 14). Además no restringirá las disposiciones de convenciones bilaterales o multilaterales que en materia de exhortos o cartas rogatorias hubieran sido suscritas o se suscribieran en el futuro por los Estados parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia (art. 15). En este caso la regulación de las cláusulas de desconexión más que ayudar añade inseguridad en relación al instrumento internacional aplicable ya que habrá que conocer a fondo los compromisos asumidos por cada Estado.

La Convención interamericana contiene además cláusulas de concurrencia para el caso de coincidir (territorial o material) con otros instrumentos internacionales si bien la existencia de un solapamiento solo se daría en el caso de que los Estados parte de esta Convención hicieran una declaración extendiendo su regulación a la materia civil y mercantil ya que su ámbito de aplicación material es la comunicación de documentos administrativos.

No obstante el art. 25 que se ocupa de la compatibilidad con otros instrumentos internacionales no consagra su primacía sobre otros⁴³, dependiendo su aplicación del denominado “criterio de la eficacia máxima”, según el cual cuando existan normas convencionales en conflicto prevalecerá la que sea más eficaz para alcanzar la finalidad del Convenio⁴⁴. Así por ejemplo en relación a su compatibilidad con el Convenio de La Haya de 1965, el convenio más eficaz será el que proporcione al destinatario el conocimiento más efectivo y rápido de la notificación. En concreto en esta materia la protección más eficaz es la de los derechos de la defensa del demandado que en este caso aparece en el Convenio de 1965 y que no está contemplada en la Convención de 1975. Por tanto, prevalecería el Convenio de La Haya sobre la Convención Interamericana.⁴⁵

Otra razón para hacer prevalecer el Convenio de La Haya de 1965 es el Principio de la especialización, ya que éste se ocupa exclusivamente de la notificación de documentos, mientras que la Convención Interamericana se ocupa de la notificación y la obtención de pruebas en el extranjero.

⁴³ Lo mismo que el art. 15 del Convenio de La Haya de 1965.

⁴⁴ Vid. F. Majoros, *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, I, París, A. Pedone 1976, p. 253.

⁴⁵ N. Marchal, *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001, p. 86.

C) Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 diciembre 2010⁴⁶

Este Convenio de ámbito regional con países de América Latina establece un sistema para incrementar el uso de las nuevas tecnologías en la práctica de las pruebas entre los tribunales de los Estados parte. En concreto se ocupa de la utilización de las videoconferencias estableciendo los criterios que deberán utilizarse para garantizar su aplicación. Al igual que los anteriores instrumentos prevé que los Estados hagan Declaraciones en relación a las autoridades que realizarán este tipo de pruebas, así como las Reservas que se podrán hacer en relación al texto del Convenio por lo que habrá que esperar para valorar su impacto en los litigios transfronterizo. No obstante su carácter de norma especializada hace que se aplique, en el caso de llevar a cabo este tipo de pruebas, sólo entre los Estados que hayan firmado dicho Convenio dado el carácter restrictivo con el que los Estados aceptan este medio de prueba.

4. *Convenios de asistencia jurídica internacional de ámbito bilateral*

Junto con los instrumentos multilaterales y regionales ofrecen relevancia los convenios bilaterales que abordan materias propias de Derecho Internacional Privado. En este sentido la reglamentación del tráfico externo a través de los convenios bilaterales vigentes en el sistema español es bastante reducida si se compara con el existente en otros países. No obstante en los últimos años se ha producido una revitalización de esta técnica especialmente en el ámbito de la cooperación internacional siendo sin duda el sector en el que más convenios se han suscrito⁴⁷. Destacan en este sentido los acuerdos en torno al reconocimiento y ejecución de sentencias y, a instrumentos de asistencia judicial y extrajudicial en el ámbito internacional que son de uso obligado en la mayor parte de los litigios del tráfico privado externo⁴⁸.

⁴⁶ Convenio en vigor desde el 17 abril 2014 en Ecuador, España, México, Panamá, República Dominicana. BOE 13.8.2014. Vid. el texto del Convenio en https://www.iberred.org/sites/default/files/firma-convenio-iberoamericano-uso-videoconferencia_0.pdf.

⁴⁷ No obstante hay que tener en cuenta que desde el Dictamen 1/03 del TJUE, la competencia exclusiva para suscribir convenios internacionales en materia judicial la tiene la Unión Europea. Vid. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddb76e616204244de5b04bcc522239e2ba.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOchv0?text=&docid=65770&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20533>.

⁴⁸ J.C. Fernández Rozas, "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial* (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles), Madrid, CGPJ, 1997, pp. 59-158.

Los Convenios bilaterales suscritos por España agrupan tanto la notificación y traslado de documentos judiciales como la obtención de prueba en el extranjero⁴⁹ ya que todos ellos regulan la asistencia judicial internacional en sus articulados. Su contenido es muy similar, ya que una de las características de estos instrumentos bilaterales es la de formar bloques legislativos que sirvan para unificar la política del Estado en la materia regulada. En sus textos establece los organismos que se ocupan de la comunicación de los documentos, aspectos relacionados con el idioma, la legalización de documentos o el reembolso de gastos.

Respecto a su compatibilidad con el resto de instrumentos internacionales hay que tener en cuenta las normas presentes o futuras que coincidan en el ámbito material y territorial con cada uno de ellos. No obstante en estos casos deberá prevalecer el régimen más favorable en base a dos criterios básicos. Por un lado hay que comprobar si son convenios generales o especiales⁵⁰, así como el tipo de mecanismos de transmisión utilizados para invocar en su caso el Principio de eficiencia máxima. Por otro lado hay que valorar la existencia de cláusulas de protección para los derechos del demandado⁵¹. Todos estos criterios generan inseguridad ya que habrá que estar al contenido de cada convenio bilateral para valorar cual es el instrumento más favorable lo que no deja de crear desconcierto a la hora de su aplicación.

⁴⁹ Vid. En www.prontuario.org los siguientes Convenios: Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, de 12 septiembre 2006 (BOE 8.11.2006); Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Madrid el 24 febrero 2005 (BOE 1.5.2006); Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre en Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15 septiembre 2003 (BOE 23.10. 2003); Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre el Reino de España y la Republica de Túnez, de 24 septiembre 2001(BOE 1.3.2003); Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el Reino de Tailandia hecho en Madrid el 15 junio 1998 (BOE 7.5.1999); Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 mayo 1997 (BOE 25.6.1997); Tratado sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Popular China, hecho en Pekín el 2 mayo 1992 (BOE 31.1.1994); Convenio sobre asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Madrid el 26 octubre 1990 (BOE 25.6. 1997); Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, firmado en Madrid el 13 abril 1989 (BOE 10.7.1991); Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 noviembre 1987 (BOE 30.4.1998).

⁵⁰ Los Convenios bilaterales firmados por España son de asistencia jurídica internacional regulando la notificación de documentos, la obtención de pruebas y el reconocimiento y ejecución de sentencias.

⁵¹ Vid. N. Marchal, *Garantías procesales...*, op. cit., p. 89.

IV. Instrumentos comunitarios que se ocupan de la asistencia jurídica internacional

En el marco del Tratado de Lisboa, el Título V del TFUE relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia establece un mecanismo para la armonización del proceso civil transfronterizo⁵². Dicho principio queda reflejado en el art. 81 del TFUE donde se prevé que la UE desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de la tutela judicial efectiva.

Para obtener estos objetivos la UE podrá adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros para favorecer el buen funcionamiento del mercado interior⁵³. En este sentido es interesante destacar dos aspectos.

i) Que la armonización que realicen los Estados miembros será de carácter individualizado si bien siempre se hará en beneficio de los objetivos comunitarios. Este compromiso no es obligatorio en oposición al mandato contenido en el art. 65 TCE que era de carácter imperativo.

ii) El concepto “repercusión transfronteriza”, necesario para considerar la aplicación de las normas comunitarias se ha de interpretar ampliamente, es decir, más allá de los “litigios transfronterizos”. Esto significa que la comunicación entre dos tribunales nacionales que incorporen un elemento internacional limitado también se considerará de alcance comunitario. No obstante, y a pesar de que el legislador haya preferido la aproximación de legislaciones frente a la armonización normativa, la fuente jurídica utilizada en el ámbito procesal han sido los Reglamentos que se han utilizado para regular la comunicación entre tribunales (especialmente notificación y prueba).

A continuación vamos a analizar el alcance de su regulación.

⁵² La comunitarización del Derecho procesal comunitario se remonta al TCEE (art. 220) desarrollado posteriormente en el Tratado de la Unión Europea desde Maastrich hasta nuestros días. *Vid.* A. Borrás, “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, pp. 285–318; A.V.M.Struycken, “Les Conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992–I, p. 270.

⁵³ *Vid.* J.J. Álvarez Rubio, “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, www.reei.org, 2008, pp. 1–33.

*1. Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*⁵⁴

El Reglamento 1393/2007 se ocupa de la notificación y traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, quedando excluidas las notificaciones de carácter aduanero, fiscal y administrativo, así como la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). En concreto el Reglamento se aplica cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse entre los tribunales situados en dos o más Estados miembros. Esta norma utiliza el sistema de formularios⁵⁵ utilizando como vías de comunicación el sistema de organismos de recepción y transmisión (arts. 4 a 11), la vía diplomática y consular (arts. 12 y 13), la vía postal (art. 14) y la vía directa a través de la notificación por parte del interesado a través de funcionarios competentes del Estado de destino (art. 15), quedando el órgano central como un sistema excepcional para resolver las cuestiones que puedan plantearse en casos especiales⁵⁶. Por tanto el Reglamento reproduce y mejora el sistema desarrollado en los instrumentos internacionales en base al sistema de confianza jurídica existente fruto del espacio de seguridad y libertad presente en la Unión Europea.

Respecto a la obligatoriedad en el uso del Reglamento en las comunicaciones que se realicen en el ámbito comunitario el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁷ ha interpretado su art. 1.1º diciendo que si el legislador nacional es el que debe determinar los casos en los que se manifieste la necesidad de proceder a la notificación, se estaría impidiendo la aplicación uniforme del Reglamento debido a las diferencias existentes en los procedimientos procesales de los Estados miembros. Por ello para garantizar la uniformidad en la aplicación del Reglamento se establece que, salvo excepciones, cuando el destinatario del documento judicial resida en el extranjero, la notificación o traslado de dicho documento se inscribirá necesariamente dentro del ámbito de aplicación del Reglamento según los medios establecidos en el mismo⁵⁸.

⁵⁴ Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, DO L 324 de 19.12.2012

⁵⁵ C. Parra Rodríguez, “De la cooperación administrativa a la era de los formularios”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 217-236.

⁵⁶ No existe jerarquía entre ellas. *Vid.* STJUE 9 febrero 2006, as. C-473/04: *Plumex*.

⁵⁷ STJUE 19 diciembre 2012, as C-325/11. [uria.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131972&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=fir](http://eur-lex.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131972&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=fir).

⁵⁸ P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001...”, *loc. cit.*, p. 7.

En relación a su compatibilidad con otros instrumentos internacionales el art. 20 del Reglamento 1393/2007 establece que éste prevalecerá sobre las disposiciones de los acuerdos o arreglos en los que sean partes los Estados miembros, especialmente sobre el artículo IV del Protocolo anejo al Convenio de Bruselas y al Convenio de La Haya de 1965. Sin embargo deja que los Estados miembros mantengan o celebren acuerdos o arreglos dirigidos a acelerar o simplificar en mayor medida las transmisión de documentos, siempre que sea compatible con las disposiciones del Reglamento, y que lo comuniquen a la Comisión.

Esto significa que el Reglamento diferencia entre las relaciones intracomunitarias y las relaciones extracomunitarias. Para las primeras hace prevalecer el Reglamento salvo que entre los Estados miembros se genere una cooperación más efectiva, mientras que para las segundas permite que prevalezcan los acuerdos existentes con terceros países⁵⁹.

*2. Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil*⁶⁰

Este Reglamento establece un sistema probatorio que intenta superar las diferencias en los mecanismos procesales existentes entre los Estados miembros. En este sentido el Reglamento presenta una regulación innovadora basada en los convenios, lo que ha servido para mejorar la práctica de la prueba en la Unión Europea. Esta norma se aplica a todos los Estados miembros excepto a Dinamarca⁶¹.

El Reglamento no contiene ninguna norma que indique cuando se debe proceder a la práctica de la prueba en el territorio de otro Estado, si bien, por analogía a la interpretación que se ha hecho del Convenio de La Haya de 1970, se considera que no es un Reglamento obligatorio para los casos en los que, a pesar de incorporar elementos de extranjería las pruebas se practiquen ante el mismo tribunal. Por tanto habrá que estar a cada caso concreto para determinar si debe o no practicar la prueba en el extranjero y, en su caso, será el tribunal del Estado

⁵⁹ A. Borrás, "Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi", en P. Picone, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádua, Cedam, 2004, pp. 449-484.

⁶⁰ Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil DO L 74 de 27.6.2001.

⁶¹ Dinamarca aplica el Convenio de La Haya de 1970 dado que a diferencia con el Reglamento nº 1393/2007 no ha suscrito Convenio con la Unión Europea para su aplicación. Este Reglamento está en vigor desde 2004.

miembro en el que se está desarrollando el proceso el que decidirá sobre el sistema a aplicar⁶².

Otra cuestión a tener en cuenta es el relativo a la exclusividad del Reglamento planteándose la cuestión de si solo es posible utilizar los mecanismos propuestos en su articulado, o si por el contrario, se puede acudir a otros procedimientos para la obtención de las pruebas afectando en este caso a la aplicación uniforme de la norma comunitaria. Para responder a esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶³ ha manifestado que el Reglamento más que ocuparse de la obtención de pruebas transfronteriza, lo que pretende es facilitar su obtención, por lo que en principio se permite el recurso a otros instrumentos probatorios que den lugar al mismo objetivo.

Con la misma argumentación hay que interpretar el art. 21-2 del Reglamento que permite la celebración de acuerdos o convenios entre los Estados miembros con la finalidad de facilitar en la medida de lo posible la obtención de pruebas, siempre que sean compatibles con las disposiciones del Reglamento.

Por otro lado existen divergencias en cuanto a la interpretación que se puede dar en la jurisprudencia creándose diferencias en función del caso concreto. Así por ejemplo la solución no es la misma en el caso de que la prueba se practique ante el tribunal en el que se desarrolle el proceso, sin necesidad de llevar a cabo la cooperación con otras autoridades, que si la prueba ha de practicarse ante los tribunales de otro Estado. En este caso sí que sería necesaria la cooperación de autoridades a través de los mecanismos del Reglamento 1206/2001.

Por tanto, se puede concluir al respecto que el Reglamento sobre obtención de pruebas no tiene carácter obligatorio (cuando se dan unas condiciones específicas) pero sí tiene carácter exclusivo siempre que sea necesaria la cooperación entre las autoridades por practicarse la prueba en el territorio de otro Estado⁶⁴.

3. Excepciones a los Reglamentos comunitarios incorporados en los Protocolos anexos al Tratado de Lisboa⁶⁵

Al aplicar los Reglamentos comunitarios hay que tener en cuenta la situación de algunos Estados miembros que representan una minoría en la UE como son el

⁶² P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001...”, *loc. cit.*, p. 13. M.J. Elvira Benayas, “Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre la obtención de prueba en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 538-547. www.uc3m.es/cdt.

⁶³ STJUE 6 septiembre 2012, as. C-170/11 y STJUE 21 febrero 2013, as. C-332/11.

⁶⁴ Vid. P. Diago Diago, “Reglamento 1206/2001...” *loc. cit.*, p. 13. M.J. Elvira Benayas, “Tratamiento...”, *loc. cit.*, p. 540.

⁶⁵ Vid. http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_es.pdf.

Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, que han manifestado su posición a través de dos Protocolos anexos al Tratado de Lisboa.

En relación al Protocolo nº 21 Reino Unido e Irlanda establecen su posición de no participar en las medidas del ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, pudiendo optar a participar en el mismo caso por caso⁶⁶. Respecto al Protocolo nº 22 Dinamarca ha optado por la no aplicación de las medidas adoptadas en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo a pesar de esta posición, Dinamarca ha negociado bilateralmente con la Unión Europea la aplicación de los Reglamentos comunitarios. En este sentido aplica el Reglamento 1393/2007⁶⁷, y no aplica el Reglamento 1206/2001 quedando vigente entre los Estados miembros y Dinamarca el Convenio de La Haya de 1970.

En definitiva, a pesar de la aplicación del Principio de confianza recíproca y de equilibrio en los derechos de acceso a la justicia a través de las normas comunitarias en materia de procedimiento civil adoptadas en base al art. 81 del TFUE, no hay una aplicación uniforme por parte de los 28 Estados miembros al menos en relación a las normas que se ocupan de la asistencia judicial internacional si bien la tendencia es a crear un espacio judicial europeo uniforme en el que no tengan cabida las excepciones.

V. Conclusiones

De todo lo expuesto podemos concluir que existe un importante número de normas que se ocupan de la comunicación entre autoridades judiciales y administrativas situadas en diferentes Estados siendo muy complejo su marco de actuación. En este sentido el legislador español ha tratado de minimizar este entramado normativo incorporando a la LCJI soluciones que ya estaban en los instrumentos internacionales y comunitarios. Esto hace que los mecanismos utilizados en la comunicación internacional no difieran sustancialmente de las normas reguladas en los convenios o las normas comunitarias si bien siempre será más ventajoso el que exista un acuerdo entre Estados.

A partir de esta afirmación la realidad nos lleva a considerar que los convenios que regulan la comunicación entre los tribunales están sujetos a numerosas

⁶⁶ Por el momento han aceptado ser parte de los instrumentos aquí analizados.

⁶⁷ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil DO L 300 de 17.11.2005, p. 55. De conformidad con el art. 3, apartado 2, del Acuerdo, Dinamarca, mediante carta de 20 noviembre 2007, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (CE) nº 1393/2007. Declaración (DO L 331 de 10.12.2008, p. 21).

excepciones que hacen difícil su aplicación. Todos ellos flexibilizan su ámbito material pudiendo ser aplicados a procedimientos no previstos en su articulado, prevén la exclusión de algunas partes de sus textos o a través de Declaraciones individualizan el contenido de lo acordado. De modo menos acentuado esto sucede también en los Reglamentos comunitarios que no siempre tienen alcance general pudiendo los Estados quedar al margen de su regulación. Al aplicador del derecho no le quedará otra que estar muy atento a los países donde están ubicados los tribunales en los que tengan que actuar ya que de ello dependerá el instrumento aplicable en cada caso concreto. En este sentido, y al contrario de lo que pueda parecer, la proliferación normativa ha aportado una gran inseguridad jurídica que debería ser objeto de sistematización para hacerla más ejecutiva para los operadores jurídicos.

Bibliografía

- Adams Muñoz, M.D.: “La Regla *Lex Fori Regit Processum*”, *Justicia*, 2002, p. 121–143.
- Aguilar Benítez de Lugo, M.: “La notificación de documentos en el extranjero”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1829, 1998, pp. 2201–2242.
- Álvarez Rubio, J.J.: “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, www.reei.org, 2008. pp. 1–33.
- Borrás, A.: “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi”, en P. Picone, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádua, Cedam, 2004.
- Borrás, A.: “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, pp. 285–318.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa, J.: *Derecho internacional privado*, 14ª ed., vol. I, 2013–2014.
- Castellanos Ruiz, E.: “La ley aplicable al proceso y el art. 3 LEC 1/2000”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 239–250.
- Collins, L.: “The Hague Evidence Convention and Discovery: a Serious Misunderstanding?” *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 35, 1986, pp. 765 ss.
- Constantino, B. y Saravalle, M.: “Il regime della notificazione all’ estero secondo la convenzione dell’ aja del 15 de noviembre 1965”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XX, 1984, pp. 455 ss.
- Diago, P.: “Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: Estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad”, *REEI*, pp. 1–25, esp. 7. www.reei.org.
- Díaz Barrado, C.H.: *Reservas a la Convención sobre los tratados entre Estados*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Díez de Velasco, M.: *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- Droz, G.L.A.: “La Conférence de la Haye et l’entraide judiciaire internationale”, *Recueil des Cours*, t. 168, 1980, pp. 165 ss.
- Edward, D.M.: “Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 18, 1969, pp. 650 ss.

- Elvira Benayas, M.J.: "Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre la obtención de prueba en la UE", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2013, vol. 5, nº 2, p. 538-547. www.uc3m.es/cdt.
- Espinar Vicente, J.M.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 2002.
- Esteban de la Rosa, G.: "Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea" *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 5, marzo de 2004, pp. 1-32.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016.
- Fernández Rozas, J.C.: "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, pp. 81-100.
- Fernández Rozas, J.C.: "Los tratados internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado y su aplicación judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial* (Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 59-158.
- Font Segura, A.: "Una lectura comunitaria del principio *Lex Fori regit Processum*", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 283-313.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional", *Colección Escuela Diplomática*, vol. 5, Madrid, 2001, p. 61-68.
- Gavalda, C.: "Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale", *Rev. cirit. dr. int. pr.*, 1964, pp. 15-40.
- Gerber, D.J.: "Extraterritorial Discovery and the conflict of procedural Systems: Germany and the United States", *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, pp. 781 ss.
- Hess, B.: "Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontières en Europe", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, pp. 218 ss.
- Hoyer, V.: "Réflexions et propositions suggérées par la pratique en vue des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile", *De Conflictu Legum (Mélanges Kollelijn-Offerhaus)*, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, vol. 9, nº 4, 1962, pp. 226-235.
- Majoros, F.: *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, I, París, A. Pedone 1976.
- Marchal, N.: *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001.
- Parra Rodríguez, C.: "De la cooperación administrativa a la era de los formularios", *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 217-236.
- Quel López, J.: *Las reservas a los Tratados internacionales (un examen de la práctica española)*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1991.
- Schlosser, P.: "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Recueil des Cours*, t. 284, 2000, pp. 307 ss.
- Struycken, A.V.M.: "Les Conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 232, 1992-I, pp. 255-280.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional (Litigación internacional)*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.

Recepción: 31.3.2016
Aceptación: 30.5.2016

LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES Y SUS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS EUROPEA Y ESPAÑOLA

Cecilia ROSENDE VILLAR *

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y finalidad de la litispendencia y conexidad internacionales. III. Litispendencia y conexidad en el Reglamento Bruselas I *bis*. 1. Planteamiento. 2. Presupuestos de la litispendencia y conexidad: A) Litispendencia; B) Conexidad. 3. Los regímenes de litispendencia y conexidad entre Estados miembros en el Reglamento Bruselas I *bis*: A) Litispendencia; B) Conexidad. 4. Los regímenes de litispendencia y conexidad con terceros Estados en el Reglamento Bruselas I *bis*: A) Planteamiento; B) Litispendencia; C) Conexidad. IV. Litispendencia y conexidad internacionales en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. 1. Planteamiento. 2. Litispendencia. 3. Conexidad. V. Conclusiones.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es ofrecer un análisis de la litispendencia y conexidad internacionales tras las últimas reformas europea (Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y española (Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil). Para ello, se analiza, en primer lugar, el concepto y presupuestos de la litispendencia y conexidad internacionales y su correlación, respectivamente, con las resoluciones inconciliables y contradictorias; en segundo lugar, los regímenes de la litispendencia y conexidad en el ámbito en el Reglamento Bruselas I *bis*, particularmente las modificaciones relativas al tratamiento de la litispendencia en caso de existencia de acuerdos de elección del foro y los problemas que surgen cuando no es clara la existencia del acuerdo, y la litispendencia y conexidad con procedimientos tramitados en terceros Estados; y, en tercer lugar, la litispendencia y conexidad internacionales en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que regula por primera vez en España tales institutos, inspirándose para ello en la regulación europea.

PALABRAS CLAVE: BRUSELAS I *BIS* – LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL – LITISPENDENCIA – CONEXIDAD – RESOLUCIONES INCONCILIABLES–CONTRADICTORIAS.

* Doctora en Derecho. Abogada Garrigues.

ABSTRACT: *Lis pendens and Related Actions. Latest European and Spanish Legislative Reforms*

The purpose of this paper is to provide an analysis of the international *lis pendens* and related actions following the recent European reform (Regulation 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial) and Spanish reform (Law 29/2015 of 30 July on international legal cooperation in civil matters). To this end, it analyses, firstly, the concept of *lis pendens* and related actions and its correlation, respectively, with irreconcilable and contradictory resolutions; secondly, the rules of *lis pendens* and related actions in the field of Brussels I bis Regulation, particularly those relating to the treatment of *lis pendens* in cases where choice-of-court agreements exist and the problems that arise when the existence of such agreements is not clear, and *lis pendens* and related actions and the proceedings conducted in third countries; and, thirdly, *lis pendens* and related actions in the Law on International Legal Cooperation, which regulates for the first time in Spain such institutions, drawing inspiration from European regulation.

KEYWORDS: BRUSSELS I BIS – LAW ON INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION – LIS PENDENS – RELATED ACTIONS – IRRECONCILABLE JUDGMENTS.

I. Introducción

Las consecuencias derivadas de la existencia de procedimientos paralelos en diversos Estados son evidentes, tanto desde el punto de vista del riesgo de resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto como de los costes procesales.

Uno de los modos de afrontar los procedimientos paralelos en el ámbito internacional es a través de la regulación de institutos como la litispendencia y la conexidad y el criterio de la prioridad temporal. Si bien tales mecanismos no son los únicos. Existen otros, más propios del *common law*, como las medidas anti-proceso (*anti-suit injunctions*) por las que el órgano competente emite una orden conminatoria que impide iniciar o proseguir otro procedimiento sobre el mismo asunto (que, con carácter general, despierta grandes reticencias en los países del *civil law*)¹; o también la doctrina del *forum non conveniens*, en virtud de la cual se declina la competencia en favor del órgano jurisdiccional más apropiado para conocer del asunto por presentar vínculos más estrechos², pudiendo considerarse

¹ Vid. C. McLachlan, “Lis Pendens in International Litigation”, *Recueil des Cours*, t. 336, 2009, pp. 182 ss.

² El *forum non conveniens* es propiamente un criterio de competencia que se aplica en caso de un solo litigio iniciado cuando el tribunal competente considera que la demanda podría resolverse mejor en otro foro y la refiere allí. Cf. D.B. Furnish, “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la Administración de Justicia”, *AEDIPr*, t. XIV, 2014–2015, p. 322. Vid. asimismo C. Otero García-Castrillón, “En torno a los problemas de aplicación de las nor-

como un factor más, a tal efecto, la existencia de un procedimiento pendiente ante otra jurisdicción³.

Aun cuando hasta el momento no se ha podido adoptar un instrumento multilateral de alcance global que aborde el fenómeno de los procedimientos paralelos⁴, se han producido avances en el ámbito europeo y nacional a través de las últimas reformas legislativas, que han ahondado y reforzado los institutos de la litispendencia y conexidad internacionales, estableciendo excepciones al criterio de la prioridad temporal en el primero y adoptando asimismo algunos elementos de otros mecanismos, en concreto de la doctrina del *forum non conveniens*, en los dos ámbitos.

Así, por una parte, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como RB I *bis*, denominación que asimismo utilizaremos en el presente trabajo) y de aplicación desde el 10 enero 2015, introdujo modificaciones en el régimen de la litispendencia y la prioridad temporal en caso de existencia de acuerdos de elección del foro y reguló por primera vez la litispendencia y conexidad con procedimientos existentes en terceros Estados incorporando elementos del *forum non conveniens*⁵. Más recientemente la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, vigente desde el 20 agosto 2015, ha regulado, por primera vez en nuestro derecho interno, la litispendencia y conexidad internacionales de forma similar a lo previsto en la normativa europea.

El objeto del presente trabajo es ofrecer un análisis de ambos institutos, con especial atención a las reformas operadas en el ámbito europeo e interno y a algunos de los problemas que se pudieran presentar en la práctica.

mas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho Español”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 425–434.

³ Vid. C. McLachlan, “Lis Pendens in International Litigation...”, *loc. cit.*, p. 69.

⁴ Sobre los trabajos en la Conferencia de la Haya y otros organismos internacionales, vid. M. Perteigás, “*Lis pendens*, lessons from Brussels for a relaunched Hague judgments Project?”, en J.J. Forner Delaygua y otros (coords.), *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 734 ss.

⁵ Vid. sobre el tema A. Durán Ayago, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros estados y Reglamento (UE) N° 1215/2012: ¿Brindis al Sol?”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 171–216, quien se muestra crítica con la opción del legislador europeo en favor de la litispendencia y la prioridad temporal para abordar los procedimientos paralelos con terceros Estados, frente a esos otros mecanismos más flexibles para resolver conflictos positivos de jurisdicciones, como las *anti-suit injunctions* o, especialmente, el *forum non conveniens*.

II. Concepto y finalidad de la litispendencia y conexidad internacionales

Con carácter general, la litispendencia –o más bien la excepción de litispendencia– pretende evitar que se tramiten dos o más procesos sobre el mismo objeto, con la misma causa y entre las mismas partes y que puedan dictarse sentencias contradictorias en el mismo asunto; siendo un instituto cautelar de la cosa juzgada.

A su vez, la conexidad, que no exige la concurrencia de las tres identidades, persigue que, en caso de tramitación de más de un procedimiento sobre asuntos relacionados, no se dicten resoluciones contradictorias.

El concepto de litispendencia en la esfera internacional coincide sustancialmente con el contemplado en el ordenamiento interno español (art. 421 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en adelante LEC)⁶. Por su parte, el concepto de conexidad internacional guarda relación, si bien difiere en algunos aspectos, con la prejudicialidad civil prevista en la normativa interna (en concreto en el art. 43 LEC). No obstante, en el ámbito internacional son más frecuentes los supuestos de litispendencia que en el ámbito interno, tanto porque varios Estados pueden tener jurisdicción para conocer de un mismo asunto como porque el inicio de varios procedimientos en distintos Estados puede responder a un interés táctico de las partes⁷. La litispendencia internacional, además de perseguir la uniformidad de la tutela judicial cuando están involucrados distintos Estados, adquiere especial importancia como instrumento dirigido a evitar la coexistencia de resoluciones judiciales inconciliables⁸. De hecho, es un mecanismo preventivo de la “inconciabilidad” como causa de denegación del reconocimiento de una resolución extranjera⁹.

⁶ Vid. sobre el concepto en el ámbito interno, I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, p. 282; J. Garberí Llobregat, “La excepción dilatoria de litispendencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I, pp. 1–9, BIB 1993, 48; I. Tapia Fernández, “Comentarios al art. 421 LEC”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Cerdón Moreno y otros), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, pp. 1761–1767.

⁷ Vid. F. Málaga Diéguez, *La litispendencia*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 339–340.

⁸ F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, Civitas, 2014, p. 207; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Pro View, Civitas, 2015, párr. 61.

⁹ H. Aguilar Grieder, “Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y procesos contradictorios”, *Revista Poder Judicial*, nº 72, 2003, pp. 123–172; si bien la citada autora considera mecanismo preventivo también a la conexidad.

A su vez, puesto que la conexidad pretende evitar la coexistencia resoluciones contradictorias, su finalidad específica es la coherencia o uniformidad de decisiones judiciales; sin que tal coexistencia de resoluciones contradictorias sea causa de denegación del reconocimiento¹⁰.

III. Litispendencia y conexidad en el Reglamento Bruselas I bis

1. Planteamiento

Como hemos avanzado, el RB I bis ha introducido importantes novedades en materia de litispendencia y conexidad, respecto de su antecesor, el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000 (en adelante, RB I). Concretamente, en relación con la litispendencia, se ha modificado el criterio de la prioridad del tribunal que conoce de la primera demanda en los casos en los que exista un acuerdo de elección de foro. Así, si se han presentado dos demandas ante distintos tribunales de Estados miembros y la competencia de una de ellas se justifica en la existencia de un acuerdo de elección, el órgano jurisdiccional que conoce de esta será el que tenga prioridad para decidir sobre la competencia para conocer del asunto. Por otra parte, se regulan por primera vez en el ámbito de la Unión la litispendencia y conexidad en relación con procedimientos existentes en terceros Estados.

En las líneas que siguen nos ocuparemos de los conceptos de litispendencia y conexidad atendiendo especialmente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; para a continuación referirnos a los regímenes vigentes en el caso de procedimientos pendientes entre distintos Estados miembros y de procedimientos pendientes en terceros Estados.

2. Presupuestos de la litispendencia y conexidad

A) Litispendencia

El art. 29 RB I bis (al igual que su antecesor el art. 27 RB I y el anterior art. 21 del Convenio de Bruselas) exige para la apreciación de litispendencia la con-

¹⁰ Vid. R. Fentiman, “Lis pendens–related actions”, en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law ECPIIL Commentary, Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Köln, Otto Schmidt, 2016, pp. 714 y 717; L. Carballo Piñeiro, “Comentario al art. 30”, *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Pro View, Aranzadi, 2016, 2016, párr. 16–17. Ambos autores desvinculan la conexidad de las causas de denegación del reconocimiento en el ámbito de la Unión Europea, lo que nos parece extrapolable a la conexidad internacional en general.

currencia de las clásicas tres identidades; subjetiva, objetiva y causal. O, como indica literalmente el precepto, que existan varias demandas “con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes”.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el ámbito de la Unión Europea se interpreta el concepto de litispendencia de forma “autónoma”, por lo que puede diferir respecto a sus límites y presupuestos del régimen previsto en las normativas internas. Y, asimismo, se realiza una “interpretación amplia” de la litispendencia, que se justifica en el objetivo de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y resoluciones inconciliables cuando varios tribunales sean competentes para conocer del mismo litigio (en este sentido, SSTJ 22 octubre 2015, as. C-523/14: *Aertssen*, aps. 39 y 50; de 27 febrero 2014, as. C-1/13: *Cartier*, ap. 40; o de 27 junio 1991, as. C-351/89: *Overseas Union Insurance*, ap. 16, entre otras).

La configuración de las tres identidades, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sería la siguiente:

Se estima que concurre “identidad de partes”, cuando las partes coinciden en uno y otro procedimiento, con independencia de la posición procesal que ocupen (esto es, que el demandante en un procedimiento sea demandado en el otro).

En caso de que exista identidad solo respecto a algunas de las partes, por haber más demandantes o demandados, se apreciaría la litispendencia respecto de las coincidentes, pudiendo proseguirse el procedimiento respecto de las demás. Ello salvo que se apreciase conexidad por cumplirse las condiciones previstas para ello (STJ 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*, aps. 34-35).

Existirá “identidad de objeto” cuando los procesos tengan la “misma finalidad”, sin que este requisito pueda reducirse a una identidad formal de las demandas, interpretándose también en sentido amplio (SSTJ 8 diciembre 1987, as. 144/86: *Gubisch*, ap. 17; 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*, ap. 41; y 22 octubre 2015 as. C-523/14: *Aertssen*, ap. 45).

Por último, respecto a la “identidad de causa” si bien se afirma que existirá cuando sean coincidentes los “hechos” y la “norma jurídica” invocados como fundamento de la misma (SSTJ 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*, ap. 39; de 22 octubre 2015, as. C-523/14: sociedades *Aertssen*, ap. 43; y 14 octubre 2004, as. C-39/02: *Maersk Olie & Gas*, ap. 38), en ocasiones el Tribunal de Justicia ha hecho una interpretación más extensiva del criterio abarcando la “misma relación jurídica” (SSTJ 8 diciembre 1987, as. 144/86: *Gubisch*, ap. 15). Como inmediatamente veremos, se ha llegado a apreciar la existencia de identidad de causa en supuestos de coexistencia de dos demandas sobre la misma relación contractual, una relativa a la ejecución de un contrato y otra relativa a su nulidad o subsidiaria resolución por incumplimiento, en los que claramente la

norma jurídica fundamento de las mismas difiere (STJ 8 diciembre 1987, as. 144/86: *Gubisch*, ap. 15).

Atendiendo a los supuestos concretos planteados ante el Tribunal de Justicia, se ha estimado que concurren las tres identidades, por ejemplo: en el caso de dos demandas entre las mismas partes, una cuyo objeto sea la ejecución de un contrato y otra cuyo objeto sea la nulidad del mismo o subsidiaria resolución, que fue el supuesto resuelto por la STJ 8 diciembre 1987, as. 144/86: *Gubisch*¹¹, relativa a un contrato de compraventa de maquinaria; en el caso de una demanda que tenía por objeto que se declarase que el demandado era responsable de un perjuicio y que se le condenase a pagar una indemnización por daños y perjuicios y una demanda anterior de dicho demandado por la que se solicitaba que se declarase que no es responsable de dicho perjuicio (acción negatoria), que fue el que resolvió la STJ 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*, relativa a un siniestro naviero¹²; o en un supuesto de ejercicio de acción de repetición de daños y perjuicios y una acción declarativa negativa en relación con los mismos hechos entre las mismas partes o sus derechohabientes, resuelto en la STJ 12 diciembre 2013, as. C-452/12: *Nipponkoa Insurance*, relativa a un transporte internacional.

Por otro lado, se ha considerado que no concurría litispendencia en los siguientes supuestos: en el caso de dos demandas sobre contribución a averías comunes, una interpuesta por el asegurador del buque contra el propietario del cargamento y el asegurador de dicho cargamento y otra interpuesta por estos dos últimos contra el propietario del buque y su fletador, resuelto por la STJ 19 mayo 1998, as. C-351/96: *Drouot Assurances*, relativa a un transporte internacional¹³; en un supuesto de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por resolución contractual con un preaviso insuficiente y reclamación de cantidad por mercancías impagadas, que es el resuelto por la STJ 8 mayo 2003,

¹¹ El Tribunal apreció que “la fuerza obligatoria del contrato” era el objeto de ambos litigios y que si la demanda de nulidad o resolución era la posterior se podía considerar como un mero medio de defensa contra la primera demanda presentada como acción autónoma ante un Tribunal de otro Estado contratante.

¹² En este caso, el Tribunal estimó que existía litispendencia respecto a las partes coincidentes, al concurrir la misma causa y mismo objeto, estableciendo respecto a este último que la “cuestión de la existencia o de la ausencia de responsabilidad” constituía el centro de ambos procedimientos, siendo las pretensiones relativas al pago de la indemnización (que además derivaban de contratos de transporte distintos pero redactados en términos idénticos y que se habían visto afectados por las mismas circunstancias) consecuencia natural de la responsabilidad.

¹³ El Tribunal estimó, en este caso, que no concurría identidad de partes porque, si bien existiría tal identidad en el caso de subrogación del asegurador en la posición del asegurado, no concurriría si los intereses del asegurador del buque y de los asegurados (propietario del buque y fletador) no fueran idénticos e indisolubles, como podría suceder en este supuesto.

as. C-111/01: *Gantner Electronic*, relativa a un contrato internacional de suministro de mercancías¹⁴; o en el caso de una demanda relativa a la creación de un fondo de limitación de responsabilidad (en virtud del Convenio de limitación de responsabilidad de los propietarios de los buques que navegan por alta mar de 10 octubre 1957) y una acción de indemnización de daños y perjuicios, que fue el resuelto por la STJ 14 octubre 2004, as. C-39/02: *Maersk Olie & Gas*, relativa a los daños causados en un oleoducto y gaseoducto por un barco de arrastre¹⁵.

En atención a tales ejemplos se pone de manifiesto la interpretación “autónoma” y “amplia” del concepto de litispendencia en el ámbito europeo así como que el criterio determinante para su apreciación es que exista el riesgo de resoluciones inconciliables o mutuamente excluyentes, lo que entronca con la “inconciliabilidad” como causa de oposición al reconocimiento¹⁶. De este modo, la comprobación de la concurrencia de las tres identidades y, especialmente, de la objetiva y causal que son las que mayor complejidad revestirían, se podría hacer

¹⁴ Aquí el Tribunal de Justicia consideró que para apreciar si dos demandas formuladas entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados tienen el mismo objeto, deben tenerse únicamente en cuenta las pretensiones de los respectivos demandantes y no los motivos de oposición invocados por un demandado (en este caso, la compensación). Para una postura crítica sobre la referida sentencia, *vid.* J. M. Chozas Alonso, *Derecho procesal civil europeo* (A. De la Oliva Santos y coord. F. Gascón Inchausti), vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, pp. 282–283.

¹⁵ El Tribunal apreció que las demandas no tenían el mismo objeto; pues mientras que con la acción de indemnización se pretendía que se declarase la responsabilidad del demandado, la demanda de limitación de la responsabilidad tenía por finalidad conseguir, para el caso de que se declarase dicha responsabilidad, que quedaba limitada al importe calculado conforme al Convenio antes referido. Así, se pronunciaba el Abogado General, Sr. Philippe Léger en las conclusiones presentadas, en las que indicaba (párrafo 42) que “el objeto principal de dicha demanda [de acción de indemnización de daños y perjuicios] es el reconocimiento de la responsabilidad del demandado. Se trata de que se reconozca judicialmente la existencia de dicha responsabilidad. Un procedimiento de limitación de responsabilidad, por su parte, persigue conseguir que la responsabilidad de un propietario de un buque o de un armador que podría generarse como consecuencia de una actividad marítima se limite a un importe fijado de conformidad con el Convenio de 1957. En consecuencia, la finalidad principal de dicho procedimiento es la limitación de la responsabilidad. El objetivo esencial del demandante es poder acogerse a los límites establecidos en dicho Convenio. Por consiguiente, dicho procedimiento no tiene por objeto negar la existencia de dicha responsabilidad ni tampoco implica un reconocimiento de ésta”; añadiendo la cita del art. 1.º del Convenio de 1957 que dispone que “el hecho de invocar la limitación de responsabilidad no constituye un reconocimiento de dicha responsabilidad”.

¹⁶ Así lo estimamos aun cuando el Tribunal de Justicia ha considerado que el concepto de “inconciliabilidad” que se contempla a lo largo del Reglamento, en sede de acumulación subjetiva de acciones (art. 8.1º), litispendencia y conexidad (arts. 29 a 34) y reconocimiento y ejecución (art. 45) no tiene por qué ser idéntico. *Vid.* F. Gascón Inchausti, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 186. Si bien, en nuestra opinión, la cuestión radica en que en ocasiones se utiliza el término “resoluciones inconciliables” cuando sería más apropiado “resoluciones contradictorias”, sobre lo que luego volveremos.

a partir de un test de “inconciabilidad” de las resoluciones¹⁷, siendo requisito necesario, aunque no suficiente, que se trate de la misma relación jurídica.

B) Conexidad

El art. 30, ap. 3 RB I *bis* considera que son demandas conexas las “vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”. Esta redacción es similar a la contenida en el art. 28.3º RB I y en el art. 22 del Convenio de Bruselas, con la diferencia de que en estas dos últimas normas se utilizaba el término “inconciliables” en lugar de “contradictorias”, que es el que consta en la redacción actual y que, como veremos, resulta más apropiado.

No obstante, este cambio en la redacción no se debe a una modificación del legislador, dado que, por ejemplo, en otras versiones del art. 30.3º RB I *bis* como la inglesa, francesa y alemana dicho término permanece inalterado respecto al previsto en el RB I. Mientras las dos primeras aluden a las resoluciones inconciliables (*irreconcilable* e *inconciliable*, respectivamente), nos parece más oportuno la mención a resoluciones contradictorias (*widersprechend*) de la versión alemana¹⁸.

Cuando el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse específicamente sobre la conexidad ha destacado, también en este caso, que ha de hacerse una “interpretación autónoma” y “amplia” del concepto. En concreto, la conexidad ha de comprender “todos los supuestos en los que exista un riesgo de resoluciones contradictorias, aun cuando las resoluciones puedan ejecutarse separadamente y sus consecuencias jurídicas no sean mutuamente excluyentes” (STJ 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*, ap. 53), frente a las resoluciones inconciliables que son las mutuamente excluyentes y que son asimismo las contempladas como causa de denegación del reconocimiento.

De este modo, el término resoluciones contradictorias (incoherentes, pero que pueden ser objeto de ejecución separada) es más amplio que el de resoluciones

¹⁷ Vid. en similar sentido AA.VV., “Comentario al art. 29”, *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Pro View, Aranzadi, 2016, párr. 49.

¹⁸ Vid. también L. Carballo Piñeiro, “Comentario al art. 30”, *loc. cit.*, párr. 2-3. A su vez, el término contemplado en el art. 45 relativo las causas de denegación del reconocimiento son *irreconcilable* (en la versión inglesa), *inconciliable* (en la versión francesa), y *unvereinbar* (en la versión alemana). En la versión italiana del RB I *bis*, se contempla el término *incompatibili* tanto en el art. 30 como en el 45, mientras que en el RB I se contemplaba ese mismo término al regular la conexidad (art. 28) y, sin embargo, se mencionaba *in contrasto* en el art. 34 relativo a las causas de denegación del reconocimiento.

inconciliables (que serían las mutuamente excluyentes). Por ejemplo, existiría conexidad, por el riesgo de resoluciones contradictorias –aunque no mutuamente excluyentes–, en el caso de una demanda formulada en un Estado miembro por un determinado grupo de propietarios de mercancías contra el naviero para obtener la reparación de un perjuicio causado a una parte de las mercancías transportadas en el marco de contratos distintos pero idénticos y, por otra, una demanda de indemnización formulada en otro Estado miembro contra el mismo naviero por los propietarios de otra parte de las mercancías transportadas en las mismas condiciones y en el marco de contratos distintos pero idénticos (que es el supuesto resuelto en la STJ 6 diciembre 1994, as. C-406/1992: *Tatry*).

Las resoluciones que pudieran dictarse en uno y otro caso no serían mutuamente excluyentes, al recaer sobre relaciones jurídicas distintas, si bien sí serían contradictorias. Tal es así porque, con respecto al mismo siniestro naviero, los tribunales de un Estado miembro podrían conceder a un grupo de propietarios de algunas de las mercancías afectadas una indemnización, y, sin embargo los tribunales de otro Estado miembro podrían denegarla a otro grupo de propietarios de mercancías también afectadas.

En definitiva, si la litispendencia regulada en el art. 29 hace referencia a resoluciones inconciliables en el sentido de mutuamente excluyentes, la conexidad del art. 30 se refiere a resoluciones contradictorias pero que serían legalmente compatibles. De ahí que en el caso de conexidad resulte más oportuno hablar de resoluciones contradictorias (como hace el art. 30.3º RB I *bis*, por ejemplo, en sus traducciones española y alemana) frente a la referencia a resoluciones inconciliables (del antiguo art. 28.3º RB I en su versión española).

Por último, es claro que al interpretarse de forma amplia el concepto de litispendencia se reduce el margen de actuación de la conexidad¹⁹.

3. Los regímenes de litispendencia y conexidad entre Estados miembros en el Reglamento Bruselas I bis

A) Litispendencia

El régimen general, previsto en el art. 29, en el caso de que exista litispendencia entre varios procedimientos es el de la preferencia del iniciado en primer lugar. Así, si con posterioridad al inicio de un procedimiento se presenta una demanda ante órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con el mismo

¹⁹ En este sentido, J.M. Chozas Alonso, *Derecho procesal civil europeo*, op. cit., p. 299; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., párr. 63.

objeto y causa y entre las mismas partes, el órgano jurisdiccional que conoce de la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Se configura, en todo caso, como una obligación y no como una facultad.

Según el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional que conoce de la segunda demanda, se limitará a acordar la suspensión, sin poder examinar la competencia del tribunal ante el que se formuló la primera demanda. No obstante, existe una salvedad, como es que el tribunal que conoce de la segunda demanda ostente competencia exclusiva en virtud del –actual– art. 24 (STJ 27 junio 1991, as. C–351/89: *Overseas Union Insurance y otros*, aps. 20 y 26; y 3 abril 2014, as. C–438/12: *Weber y Weber*, ap. 50). En este caso, el tribunal de la segunda demanda no deberá suspender el procedimiento ni inhibirse, sino que deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto para garantizar así el respeto a la regla de competencia exclusiva y porque la resolución respecto del fondo dictada por el tribunal ante el que se presentó la primera demanda no sería reconocida en los demás Estados miembros por haber sido desconocidos los criterios de competencia exclusiva (STJ 3 abril 2014, ap. C–438/12: *Weber y Weber*, aps. 57–60).

Al margen de la referida salvedad, si se declara competente el tribunal ante el que se formuló la primera demanda, el órgano jurisdiccional que conoce de la segunda se abstendrá en favor de aquel. Y se considera que el tribunal se ha declarado competente no solo cuando expresamente así se haya establecido sino también cuando el tribunal ante el que se presentó la primera demanda no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad, o en el momento de llevar a cabo el primer medio de defensa conforme al derecho interno (STJ 27 febrero 2014, asunto *Cartier C–1/13*, ap. 44).

Para determinar cuál es el tribunal que conoce en primer lugar se estará, según el art. 32, a la fecha de presentación de la demanda o, si ha de notificarse al demandado antes de su presentación, a la fecha en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición, en ambos casos, de que el demandante no deje de tomar las medidas oportunas.

La excepción a la regla de la prioridad temporal fue introducida por el art. 31.2º RB I *bis* y está constituida por aquellos casos de litispendencia en los que existe un acuerdo de elección de foro. Así, en el caso de que exista tal acuerdo, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, con independencia de que se haya presentado la demanda ante el mismo con carácter previo, suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de elección del foro se pronuncie sobre su competencia. Si se declara competente, los órganos jurisdiccionales de los demás

Estados miembros se abstendrán en favor de él. Por tanto, en estos casos de existencia de una cláusula de elección del foro, el órgano jurisdiccional designado en la cláusula de sumisión tendrá prioridad para decidir sobre la validez y el alcance de la misma, siendo indiferente si el asunto se le ha sometido en segundo lugar. El efecto es conferir competencia sobre la competencia (*competence-competence*) para determinar los efectos del acuerdo de elección de foro²⁰.

Sin embargo, tal excepción no se aplicará en el caso de acuerdos de elección de foro contradictorios (esto es, si existe un acuerdo designando varios foros o si existen varios acuerdos de elección de foro)²¹ ni cuando la demanda se haya interpuesto en primer lugar ante el órgano jurisdiccional designado (Considerando 22); así como tampoco en asuntos relativos a seguros, consumidores y trabajadores si el demandante del procedimiento presentado en primer lugar es el tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario de un contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, y el acuerdo no es válido conforme a las normas de competencia establecidas en tales materias (art. 31.4º); ni cuando haya habido una sumisión tácita del demandado a favor del tribunal ante el que se presentó la primera demanda (según resulta de la remisión del art. 31.2º al art. 26). Aun cuando así planteado el régimen de la litispendencia en supuestos de existencia de acuerdos de elección de foro sería sencillo, se pueden presentar problemas en la práctica en los casos en los que no es clara la existencia del acuerdo.

De hecho, ya se ha advertido por la doctrina que, para conceder prioridad al tribunal designado en la cláusula frente a aquel ante el que ha presentado la primera demanda, debe constar *a priori* la existencia de la cláusula²².

²⁰ Cf. R. Fentiman, “Lis pendens—related actions ...”, *loc. cit.*, p. 749.

²¹ Para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., vol. I, Granada, Comares, 2014, p. 278, habría foros contradictorios “[s]i existen varios acuerdos válidos de elección de foro”, en cuyo caso la aplicación del art. 31.2º “no conduciría a la preferencia cognitiva de <un> tribunal elegido. Por ello, en estos casos el art. 31.2º RB I bis no es aplicable”. Según P. A. Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market L. Rev.*, 50, 2013, 2013, p. 521, la nueva previsión solo se aplica en casos de acuerdos exclusivos. Por su parte, R. Fentiman, *European Commentaries on Private International Law ECPL Commentary, Brussels Ibis Regulation*, vol. I, 2016, pp. 752–753, se plantea cómo operaría el art. 31.2º en el caso de cláusulas asimétricas. En su opinión, dependería de la ley aplicable al acuerdo de sumisión. Si la ley aplicable solo considera acuerdos exclusivos cuando esa exclusividad opera respecto de ambas partes no se aplicaría el art. 31.2º. Sin embargo, si la ley aplicable admite las cláusulas asimétricas y por tanto que el acuerdo sea exclusivo solo para una de las partes, como sucedería en la ley inglesa, a esa parte le sería aplicable la previsión del art. 31.2º y no debería interponer las acciones ante otro tribunal distinto del designado.

²² F.J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez, “El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, octubre–diciembre 2013, p. 19.

Nos planteamos que, por ejemplo, podría ser dudosa la aplicación del art. 31.2º en las cláusulas de sumisión fijadas unilateralmente cuando no conste una aceptación expresa de la otra parte²³. Tales podrían ser los casos de cláusulas de sumisión contenidos en facturas giradas por una de las partes; o en los casos de cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales de contratación a las que se remiten las facturas giradas por una de las partes²⁴ cuando no concurriera consentimiento de la otra parte, en cuyo caso no existiría, a nuestro juicio, un acuerdo de sumisión válido²⁵.

Precisamente, el primero de los ejemplos (cláusula de sumisión prevista en las facturas giradas por una de las partes) fue el supuesto resuelto por la tan criticada –a nuestro juicio injustificadamente– sentencia *Gasser* (STJ 9 diciembre 2003, as. C–116/2002: *Erich Gasser GmbH contra Misat Srl*) en el que el Tribunal de Justicia resolvió que habida cuenta de las objeciones que podían formularse a la existencia de un acuerdo de elección de foro, la decisión sobre la competencia incumbía al tribunal ante el que se había formulado la primera demanda²⁶.

Pues bien, aun cuando incluso se ha llegado a denominar a la previsión del art. 31.2º como mecanismo “anti-Gasser”²⁷, la misma no resuelve el problema de la

²³ C. Rosende Villar, “Principales novedades del Reglamento nº 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11, noviembre 2014, pp. 17–19.

²⁴ Ese fue el supuesto resuelto en la STJ 14 diciembre 1976, as. 25/76: *Segoura*, en el que se concluyó que era inoperante la cláusula atributiva de competencia que figuraba en las condiciones generales fijadas al dorso del documento denominado “confirmación de pedido y factura”. Solo sería eficaz en caso de aceptación por escrito de la otra parte o en el caso de relaciones comerciales habituales regidas por las condiciones generales que contienen la cláusula de sumisión.

²⁵ Recientemente, la STJ 21 mayo 2015, as. C–322/14: *Jaouad El Majdoub y CarsOn* relativa al “click wrapping” (técnica de aceptación mediante un click) ha establecido que esa técnica de aceptación de condiciones generales que incluyen una cláusula atributiva de competencia es válida si permite imprimir y guardar el texto de las condiciones antes de la celebración del contrato. En todo caso, la sentencia destaca que para que exista el acuerdo de atribución de competencia tiene que haber consentimiento (aps. 29–31).

²⁶ Vid. al respecto G. Cuniberti, “Choice of Court Agreements and Lis Pendens in the Brussels I bis Regulation – A Critical Appraisal”, en H.A. Grigera Naón y B.G. Affaki (eds.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 12, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC) 2015, p. 203, quien pone de manifiesto que la decisión de la sentencia *Gasser* no era tan equivocada como se interpretó, pues se trataba de un caso en el que no era clara la existencia de una cláusula de elección de foro. Como indica el referido autor, la carencia esencial del nuevo remedio del art. 31.2º es que ignora el hecho de que en la mayoría de los casos en los que una parte inicia el procedimiento en otro foro distinto del designado, es porque esa parte cuestiona la existencia o aplicabilidad de la cláusula.

²⁷ Cf. V. Egea, “La résolution des conflits de procédures dans le Règlement Bruxelles I bis”, *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* (E. Guinchard, dir.), Bruselas, Bruylant, 2014, p. 155.

competencia para decidir en los casos en los que no es clara la existencia de una cláusula de sumisión. Así, a nuestro juicio, en tales supuestos no debería entrar en juego la excepción contemplada en el art. 31.2º, sino que se debería aplicar el régimen general, correspondiendo la competencia para decidir al tribunal ante el que se hubiese presentado la primera demanda.

Esa es la solución adoptada también en el Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, de 30 julio 2005, ratificado hasta el momento por la Unión Europea y México, que permite al tribunal del Estado contratante no designado en el acuerdo conocer del procedimiento si tal acuerdo es nulo, según la ley del Estado del tribunal elegido (art. 6). Si bien el Convenio, a diferencia del art. 31.2º RB I *bis*, regula un criterio de competencia y no un supuesto de litispendencia, en el sentido de varios procedimientos pendientes en distintos Estados²⁸. De adoptarse tal solución, se evitaría lo que ya se ha denominado como *reverse torpedo actions*, que consistiría en la invocación de una cláusula de sumisión inexistente para dilatar el procedimiento²⁹.

B) Conexidad

La regulación de la conexidad también prevé la prioridad del procedimiento en primer lugar.

²⁸ Según A. Nuytts, "Owusu, Gasser, Turner and West Tanker –Is the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements the Solution?", en H. A. Grigera Naón y B. G. Affaki, *Jurisdictional Coices in Times of Trouble*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 12, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC) 2015, pp. 194–195, la influencia del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro podría determinar que el tribunal no designado llevase a cabo al menos una mínima comprobación sobre la existencia, validez y efectos del acuerdo de elección de foro. E incluso apunta que tal conclusión se podría derivar de la literalidad del art. 31.2º RB I *bis*, que establece la obligación del tribunal no designado de declinar su competencia solamente si el órgano jurisdiccional designado tiene "competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el art. 25", lo que abriría la posibilidad de que el tribunal no designado analizase si existe un acuerdo válido conforme al art. 25 que confiere competencia exclusiva al órgano designado.

²⁹ Vid. J. Cook, "Pragatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements", *Pragmatism in the European Union*, vol. 4, septiembre 2013 (disponible en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Pragmatism_in_the_European_Union.pdf) quien propone la imposición de sanciones en tales casos. En el mismo sentido, R. Fentiman, "Lis pendens – related actions ...", *loc. cit.*, p. 751, considera que, dependiendo de los procedimientos internos de aplicación, una actuación de esas características podría ser tachada de abusiva o se podría penalizar al demandante que ha invocado la cláusula inexistente con la imposición de las costas. Por otra parte, C. Nyombi, T. Mortimer y R. Lewis, "Italian Torpedoes in the Shadow of the Recast Brussels Regulation 2012", *European Competition L. Rev.*, 36 (6), 2015, pp. 263–268, plantean que, en la medida que el art. 31.2º no se aplique a acciones conexas, podría ser una vía para acciones torpedo. Sin embargo, en nuestra opinión ello es dudoso pues, al tratarse de acciones conexas y no idénticas, la cláusula de elección de foro podría no ser aplicable.

Así, en el caso de que existan demandas conexas, pendientes ante distintos órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento, según el art. 30.1º. A diferencia de la litispendencia, la suspensión se configura como una facultad, no como una obligación. Además, si la demanda presentada en primer lugar se encuentra en primera instancia, el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda, conexa con la anterior, podrá declinar su competencia, a instancia de una de las partes, si el órgano jurisdiccional que conoce de la primera es asimismo competente para conocer de las demandas de que se trate y su ley permita la acumulación (art. 30.2º).

No exige, por tanto, el precepto que se haya acordado la acumulación, si bien, en nuestra opinión, ello sería lo deseable, para salvaguardar los derechos de las partes y eludir el riesgo de denegación de justicia respecto al demandante del segundo procedimiento. De este modo, la declinación de la competencia solo debería tener lugar una vez el órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda se declarase competente para conocer de las demás acciones inicialmente ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (aun cuando de ser así en realidad el mismo finalizaría por litispendencia)³⁰.

En todo caso, si finalmente no se acumulasen las acciones ante el órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda, sería posible ejercitar de nuevo la misma ante los tribunales del Estado que antes hubieran declinado el conocimiento por conexidad, pues no existiría cosa juzgada, al no haberse dictado una sentencia de fondo, y de no admitirse ese nuevo ejercicio se incurriría en un supuesto de denegación de justicia³¹.

4. Los regímenes de litispendencia y conexidad con terceros Estados en el Reglamento Bruselas I bis

A) Planteamiento

El RB I bis introdujo como novedad la litispendencia y conexidad con procedimientos existentes en terceros Estados, con la finalidad de evitar procedimientos paralelos no solo dentro sino también fuera de la Unión Europea³².

³⁰ Otra opción que se ha apuntado por la doctrina, para evitar supuestos de denegación de justicia, es que la remisión que hace el segundo órgano jurisdiccional fuera vinculante para el primero. Cf. L. Carballo Piñeiro, "Comentario al art. 30", *loc. cit.*, párr. 43.

³¹ *Ibid.*

³² Cf. Propuesta de la Comisión Europea. De consulta en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0748_/com_com\(2010\)0748_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0748_/com_com(2010)0748_es.pdf), p. 9.

No obstante, lo cierto es que los órganos jurisdiccionales de los terceros Estados no están sujetos a los principios que rigen en el ámbito de la Unión Europea, tales como el de confianza mutua, y si bien entre Estados miembros se asume que si se declina la competencia en favor de los tribunales de otro Estado el litigante estará sometido a un juicio justo, tal asunción no cabe en el caso de terceros Estados³³. De ahí que el régimen previsto en el Reglamento difiera de la litispendencia y conexidad con Estados miembros, previéndose la suspensión del segundo procedimiento, en lugar de la inhibición del tribunal, así como la posibilidad de continuación en determinadas circunstancias.

En cualquier caso, las previsiones sobre la litispendencia y la conexidad con terceros Estados del RB I *bis* no se aplicarán si existe un convenio bilateral entre terceros Estados y un Estado miembro, que se hubiera celebrado antes de la entrada en vigor del RB I y regule tales materias (art. 73), lo que, como ya se ha apuntado por la doctrina, reduce la aplicación de aquellas³⁴.

En defecto de convenio bilateral, las previsiones sobre litispendencia y conexidad con terceros Estados solo se aplicarán en los supuestos en los que la competencia del tribunal del Estado miembro que esté conociendo del asunto se base en los arts. 4 (domicilio del demandado), 7 (foros especiales), 8 (pluralidad de sujetos y objetos) y 9 (limitación de responsabilidad derivada de la explotación o utilización de un buque). Por tanto, no serán de aplicación cuando la competencia se fundamente en la Sección 3 (seguros), Sección 4 (consumidores), Sección 5 (trabajadores), Sección 6 (competencias exclusivas) y Sección 7 (acuerdos de elección del foro); como tampoco serán de aplicación, cuando la competencia del tribunal se haya establecido a partir de los foros de competencia judicial internacional previstos en la normativa interna (art. 6 del Reglamento)³⁵, porque el demandado no está domiciliado en un Estado miembro.

Para finalizar esta introducción, debemos poner de manifiesto que los conceptos y presupuestos antes indicados, y configurados por el Tribunal de Justicia para el ámbito de la Unión, serán asimismo aplicables respecto a procedimientos judiciales pendientes en terceros Estados³⁶.

³³ Vid. R. Fentiman, "Lis pendens – related actions ...", *loc. cit.*, p. 765.

³⁴ Vid. *in extenso* A. Durán Ayago, en "Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...", *loc. cit.*, pp. 190 ss.

³⁵ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 281; A. Durán Ayago, "Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...", *loc. cit.*, p. 192.

³⁶ *Ibid.*, p. 184; L. Carballo Piñeiro, "Comentario al art. 30", *loc. cit.*, párr. 14, y M.P. Diago Diago, "Comentario al art. 33", *loc. cit.*, párr. 8.

B) Litispendencia

De darse un supuesto de litispendencia con un procedimiento pendiente ante un tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro “podrá suspender” el procedimiento si se dan los siguientes dos requisitos cumulativos, a saber: i) si la resolución del tercer Estado pudiera ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro de que se trate con arreglo a su legislación nacional; y, ii) si el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia (art. 33.1º).

i) El primer requisito se refiere al denominado “juicio positivo de reconocibilidad”³⁷, de modo que se prevea como posible el reconocimiento y, en su caso, la ejecución en el Estado miembro de la sentencia del tercer Estado conforme a la normativa interna de aquel, ya que el Reglamento no regula el reconocimiento de sentencias dictadas fuera de la Unión Europea, circunstancia esta criticada por la doctrina³⁸.

ii) El segundo requisito, de la “buena administración de justicia”, es un concepto indeterminado, que habrá de apreciarse a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso. No obstante, el Considerando 24 del Reglamento ofrece pautas para ello. En concreto, indica que el órgano jurisdiccional debe valorar todas las circunstancias del asunto, lo que puede incluir “las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate”, “la fase a la que se ha llegado en el procedimiento en el tercer Estado en el momento en que se inicia el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro” y “si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución en un plazo razonable”. La determinación de qué ha de considerarse “plazo razonable” (criterio que se descarta en la litispendencia intra-europea³⁹), dependerá en gran medida de la sensibilidad del órgano jurisdiccional, pudiendo variar según el caso. Asimismo, otro criterio a tomar en consideración, según el referido Considerando, es “si el órgano jurisdiccional del tercer Estado tiene competencia exclusiva para conocer del asunto concreto en circunstancias en las que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro tendría competencia exclusiva”, lo

³⁷ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, op.cit., párr. 80; F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 213; A. Durán Ayago, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...”, loc. cit., pp. 179 ss.

³⁸ Vid. P. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8013, 31 de enero 2013, p. 8; A. Durán Ayago, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...”, loc. cit., p. 181.

³⁹ STJ 9 diciembre 2003, as. C-116/2002: Gasser, aps. 72-73.

que abarcará, atendiendo a la denominación de competencias exclusivas del RB I *bis*, tanto las del art. 24 por razón del objeto de la demanda como las del art. 25 relativas a los acuerdos de elección de foro.

La valoración de las circunstancias concurrentes y la estimación, en su caso, de la litispendencia debe hacerse atendiendo al supuesto concreto y con la debida cautela para evitar situaciones de denegación de acceso a la justicia. Por ejemplo, como se ha indicado, la suspensión debería rechazarse si la misma causa perjudica al demandante; si este no tiene medios económicos para litigar en el extranjero; si no va a obtener una reparación efectiva; si el tribunal extranjero pudiera aplicar una ley diferente con la consecuencia de que la demanda se desestimaría, si el tribunal extranjero no lleva a cabo un juicio justo; si los retrasos son irrazonables etc⁴⁰.

Al igual que en el casos de litispendencia entre procedimientos existentes en Estados miembros, el procedimiento idéntico pendiente ante el tercer Estado ha de haberse iniciado con anterioridad al del Estado miembro. Sin embargo, existen diferencias fundamentales entre la litispendencia intra-europea y extra-europea, no solo desde el punto de vista de la inhibición en el primer caso frente a la suspensión en el segundo, sino sobre todo porque en la litispendencia con terceros Estados la suspensión se contempla como una facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro, frente a la obligación en caso de litispendencia intra-europea, diferencias que redundan en beneficio de los justiciables al estar implicados en el caso de la litispendencia extra-europea Estados no miembros.

Para determinar el momento de la litispendencia habrá de estarse a los criterios del art. 32.1º; fecha de la demanda o documento equivalente o, en su caso, fecha de la recepción de la autoridad encargada de la notificación, en la medida que el referido precepto se aplica a toda la Sección, por tanto también al art. 33.1º⁴¹.

En coherencia con la previsión de la suspensión, el precepto determina los supuestos en los que el órgano jurisdiccional del Estado miembro “podrá continuar” con el procedimiento en cualquier momento. Concretamente, podrá hacerlo: i) si el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído; o ii) si no es previsible la conclusión del procedimiento en un tiempo razonable; o iii) si la continuación del procedimiento se considera

⁴⁰ Cf. R. Fentiman, “Lis pendens – related actions ...”, *loc. cit.*, p. 764.

⁴¹ No será, sin embargo, de aplicación lo dispuesto en el art. 31.2º del Reglamento, como indica A. Durán Ayago, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...”, *loc. cit.*, p. 184, relativa a la obligación de los órganos jurisdiccionales europeos de consignar la fecha de notificación.

necesaria para la buena administración de justicia (art. 33.2º). De nuevo, para la apreciación de tales circunstancias, habrá de estarse a las circunstancias concretas del asunto.

De otro lado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro pondrá fin al proceso si el procedimiento pendiente ante el tercer Estado ha concluido y se ha adoptado una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, ejecución en ese Estado miembro (art. 33.3º); sin que se exija que la resolución extranjera sea efectivamente reconocida.

Tales previsiones relativas a la litispendencia respecto a terceros Estados serán aplicadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro a petición de una de las partes, o de oficio si así lo prevé el Derecho nacional (art. 33.4º).

4. Expuesto el régimen de la litispendencia con terceros Estados se comprueba fácilmente que su apreciación por el órgano jurisdiccional goza de cierta discrecionalidad⁴². De hecho, el Considerando 23 del Reglamento lo califica de “mecanismo flexible”.

En nuestra opinión, el legislador europeo ha venido a adoptar criterios propios del *forum non conveniens* tradicional en el *common law*⁴³, en virtud del cual se puede declinar la competencia en favor de otra jurisdicción si esta se considera más apropiada para resolver el asunto.

La aplicación del *forum non conveniens* en el espacio europeo, en favor de tribunales de terceros Estados, se planteó en la conocida STJ 1 marzo 2001, as. C-281/02: *Owusu*, rechazándose por el Tribunal de Justicia que tal doctrina pudiera aplicarse para declinar la competencia al amparo del –entonces vigente– Convenio de Bruselas.

Con la nueva regulación europea, lo que se permite no es declinar la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de terceros Estados si estos son

⁴² En el mismo sentido, P. A. Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *loc. cit.*, p. 515.

⁴³ *Vid.*, también en este sentido, J. P. Cook, *Pragatism in the European Union ...*, *loc. cit.*, quien afirma: “Interestingly, the assessment has characteristics of the common law’s *forum non conveniens* technique for declining jurisdiction in that the court is advised to take into account all of the circumstances of the case”; J. Suderow: “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El caso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnaccional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 184–198; y D. B. Furnish, “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica ...”, *loc. cit.*, pp. 355–356. Para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 282, se trata de un “mecanismo similar”. Por su parte, A. Durán Ayago, “Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados ...”, *loc. cit.*, pp. 206 ss, considera que se realiza una tímida aproximación al expediente del *forum non conveniens*, si bien, en su opinión, dista bastante de la flexibilidad en que se asienta tal mecanismo, al exigirse en todo caso el requisito de la prioridad temporal.

más apropiados para conocer del litigio sino suspender el procedimiento en el Estado miembro, en el caso de que exista un procedimiento judicial idéntico (en cuanto a las partes, objeto y causa) ya iniciado ante los tribunales de un tercer Estado⁴⁴.

No obstante, en la medida que se exige, en todo caso, que el procedimiento del tercer Estado sea anterior al del Estado miembro, los efectos propios del *forum non conveniens*, de búsqueda de la jurisdicción más apropiada para conocer del asunto, quedan limitados, pues solo se cumplirán cuando tal jurisdicción sea asimismo la primera ante la que se ha interpuesto el procedimiento⁴⁵.

C) Conexidad

1. El RB I *bis* regula asimismo la conexidad con terceros Estados, concretamente en el art. 34.

Al igual que en el caso de la litispendencia, se podrá apreciar la conexidad con demandas pendientes en terceros Estados cuando la competencia del procedimiento iniciado en el Estado miembro se base en alguno de los criterios de los arts. 4, 7, 8 y 9, exigiéndose también que la demanda interpuesta ante el tercer Estado esté pendiente al momento de iniciarse el procedimiento ante el Estado miembro. El concepto aplicable será el mismo que para la conexidad intra-europea (pese a que el art. 30.3º refiera la definición de conexidad a los efectos de ese precepto), lo que resulta confirmado por el hecho de que esa definición coincide con la previsión del art. 34.1º.a).

Si existe una demanda conexas pendiente ante un tercer Estado, el órgano jurisdiccional del Estado miembro “podrá suspender” el procedimiento si concurren, en este caso, los siguientes tres requisitos: i) es conveniente oír y resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar resoluciones contradictorias derivadas de procesos separados; ii) la resolución del tercer Estado pudiera ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro de que se trate; y iii) si es necesaria la suspensión en aras de la buena administración de justicia (art. 34.1º); coin-

⁴⁴ Según R. Fentiman, “Lis pendens – Related Actions ...”, *loc. cit.*, p. 762, ello revela que la finalidad del art. 33 no es declinar la competencia en favor del foro más apropiado sino prevenir resoluciones inconciliables.

⁴⁵ Por su parte, H. Zhang, “The New *lis pendens* Regime in the Regulation Brussels I *Bis* and the challenge met by Chinese jurisdiction”, *REEL*, 2014, pp. 1–20, propone que, aun cuando el procedimiento en el Estado miembro haya comenzado antes que en el tercer Estado, aquel podría suspenderse en caso de jurisdicción exclusiva del tercer Estado o cláusula de elección de foro a favor del mismo, otorgando de este modo “efectos reflejos” a los arts. 24, 25 y 31.2º del Reglamento, para evitar acciones tácticas cuando tenga competencia un tercer Estado.

ciendo estos dos últimos requisitos con los previstos en la litispendencia con terceros Estados y antes analizados.

El órgano jurisdiccional del Estado miembro “podrá continuar” con el procedimiento en cualquier momento si: i) considera que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias; ii) el procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído; iii) si no es probable que el procedimiento seguido en el tercer Estado concluya en un tiempo razonable; o iv) si la continuación es necesaria para la buena administración de justicia (art. 34.2º). A su vez, “podrá poner fin” al proceso si el procedimiento pendiente ante el tercer Estado ha concluido y se ha adoptado una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, ejecución en ese Estado miembro (art. 34.3º).

En este punto, el régimen de la litispendencia y la conexidad difieren, pues mientras en aquella se prevé que el órgano jurisdiccional del Estado miembro “pondrá fin” en la conexidad se contempla que “podrá poner fin”; al tratarse en este segundo caso de demandas conexas y no idénticas. No obstante esa diferencia, la posibilidad de poner fin resulta muy discutible en los casos de conexidad, ya que cuando concorra se estará ante demandas distintas⁴⁶. De ahí que en estos supuestos la solución lógica no sería la finalización del procedimiento sino la continuación del mismo pudiendo tenerse en cuenta la resolución dictada en el tercer Estado. Ello salvo en el caso de que, como consecuencia de la suspensión en el Estado miembro, se hubiesen acumulado las acciones en el procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado, donde sí tendría sentido que se pusiese fin al proceso seguido en el Estado miembro una vez se dictase resolución de fondo (aunque en ese caso, en puridad, lo que concurriría sería un supuesto de litispendencia).

Finalmente, al igual que en el caso de la litispendencia, tales previsiones serán aplicadas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro a petición de una de las partes o de oficio si así lo prevé el Derecho nacional (art. 34.4º).

IV. Litispendencia y conexidad internacionales en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

1. Planteamiento

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante, LCJI) ha venido a regular, por primera vez en nues-

⁴⁶ Vid. M.P. Diago Diago, “Comentario al art. 33”, *loc. cit.*, párr. 45–48.

tro Derecho interno, la litispendencia y conexidad internacionales, inspirándose en la normativa europea, como expresamente se admite en la Exposición de Motivos (ap. VII). Hasta el momento, la admisión de la litispendencia internacional en el ámbito interno había sido una cuestión discutida dada la ausencia de regulación⁴⁷. No obstante, el ámbito de aplicación de la litispendencia y conexidad regulada en el LCJI es reducido. Y ello no solo porque se aplique en defecto de tratado o convenio sino sobre todo porque el RB I *bis* ha introducido normas sobre litispendencia y conexidad en relación con terceros Estados (debiendo recordarse que los tratados bilaterales celebrados con terceros Estados antes de la entrada en vigor del RB I se aplican con carácter prioritario al RB I *bis*)⁴⁸.

De ahí que las disposiciones de la LCJI se aplicarán: i) a las materias no reguladas en el referido RB I *bis*; esto es, Derecho de la persona, familia, sucesiones y Derecho concursal (apartado VII de la Exposición de Motivos), siendo también de aplicación; ii) en aquellos casos en los que, tratándose de materias incluidas en el ámbito del referido Reglamento, este no se aplica porque el demandado no está domiciliado en un Estado miembro (art. 6 del Reglamento) y la competencia quede fijada en virtud de las normas internas (en concreto, en virtud de los arts. 21 y 22 LOPJ).

Finalmente, es claro que el régimen de la litispendencia y conexidad internacionales de la normativa interna no se aplicará en aquellos casos en los que el RB I *bis* excluye la litispendencia y conexidad respecto a terceros Estados; esto es, en los casos en que el tribunal español tenga competencia exclusiva bien por la materia bien porque exista un acuerdo de elección de foro a su favor, así como en asuntos relativos a seguros, contratos de trabajo y consumidores.

La regulación de la litispendencia y conexidad consta en el Título IV que, a su vez, está conformado por un Capítulo I (arts. 37 y 38), relativo a las Disposiciones Generales, comunes a ambos institutos relativas al concepto de pendencia (que es, siguiendo el régimen del art. 410 LEC, el momento de la interposición de la demanda si después es admitida) y al modo de oponerlas (mediante excep-

⁴⁷ Vid. en contra de la admisión de la litispendencia internacional ante la falta de previsión en la normativa procesal interna J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo en *Derecho internacional privado*, op. cit., párr. 78 y 79; F. Málaga, *La Litispendencia*, op. cit., p. 406. A favor, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 376; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 331. Por su parte, M. Gardeñes Santiago, "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 315-337, proponía abordar la litispendencia a través del mecanismo de la prejudicialidad civil del art. 43 LEC.

⁴⁸ V.gr., regula la litispendencia y conexidad el Tratado bilateral entre España y El Salvador de 25 octubre 2001.

ción), un Capítulo II relativo a la litispendencia internacional (art. 39) y un Capítulo III relativo a las demandas conexas (art. 40).

En todo caso, la apreciación de litispendencia y conexidad internacionales se configura, al igual que en la regulación europea de la litispendencia respecto a terceros Estados, como una facultad y no como una obligación pues, como indica la Exposición de Motivos (refiriéndolo a la litispendencia pero igualmente extensible a la conexidad), “se trata de valorar la concurrencia de un proceso en un tercer Estado con el que no existe vínculo alguno”; de ahí el régimen abierto para su apreciación y las salvaguardas al momento de adoptarse para evitar supuestos de denegación de justicia.

2. *Litispendencia*

1. Para la apreciación de la litispendencia internacional prevista en la normativa interna, se exige la concurrencia de las tres identidades; subjetiva, objetiva y causal. Cosa distinta será la interpretación que se pueda hacer de las mismas y, en concreto, si han de ser de interpretación amplia para reducir en la medida de lo posible la existencia de procedimientos paralelos, como sucede en aplicación de la normativa europea. No obstante, el eventual debate podría devenir estéril si se atiende al criterio antes apuntado de la “inconciabilidad” de resoluciones, para la apreciación de las identidades y, en particular, de la objetiva y causal.

2. El régimen del art. 39 LCJI es, en términos generales, el que a continuación se expone. El órgano jurisdiccional español “podrá suspender” el procedimiento a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, si se cumplen los siguientes requisitos cumulativos. Tales requisitos son: a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio (siendo tal cuando se haya basado la competencia en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española); b) Que la resolución que se dicte sea susceptible de ser reconocida en España; y c) Que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión en aras de la buena administración de justicia (art. 39.1º). Estos dos últimos criterios coinciden con los previstos en la litispendencia con terceros Estado del RB I *bis*, por lo que su interpretación podrá ser coincidente con la del ámbito europeo antes analizada.

El órgano jurisdiccional español “podrá continuar” el proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, si concurre alguna de las siguientes circunstancias (por tanto, no cumulativas sino alternativas): a) Que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente o si, requerido por cualquiera de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia (bien porque no ha adoptado una decisión al respecto bien porque

la posponga a un momento ulterior); b) Que el proceso seguido en el extranjero se hubiese suspendido o hubiese sido sobreseído; c) Que se estime poco probable que el proceso seguido en el extranjero concluya en un tiempo razonable; d) Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia (por parte del tribunal español); y e) Que se entienda que la sentencia que se dictase no fuera susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España (art. 39.2º), por lo que aquí se daría un “juicio negativo de reconocibilidad”. En todo caso, una vez concluido el proceso extranjero con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, ejecución en España (que en todo caso habrá de ser firme) el órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones (art. 39.3º).

Al igual que en la normativa europea, el precepto no exige, para la finalización del procedimiento en España, que la resolución judicial extranjera haya sido reconocida y, en su caso, ejecutada, sino que sea “susceptible” de reconocimiento y ejecución. En el hipotético caso de que se pusiese fin al procedimiento tramitado en España y que, finalmente, se denegase el reconocimiento de la resolución extranjera, entendemos que el proceso tramitado en España y al que se habría puesto fin de forma anticipada, podría volver a plantearse pues no habría cosa juzgada respecto al mismo; ni por la existencia del procedimiento anterior, que no habría finalizado mediante sentencia firme, ni por la existencia de una sentencia extranjera reconocida en España al haberse denegado el reconocimiento.

3. *Conexidad*

1. De modo similar a lo previsto en la normativa europea, se consideran demandas conexas las “vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones inconciliables”. La diferencia radica en que la normativa interna se refiere a “resoluciones inconciliables” mientras que la normativa europea vigente menciona “resoluciones contradictorias”; por lo que probablemente aquella mención se tomase del RB I.

Como antes hemos indicado, en el ámbito de la conexidad resulta más oportuno el término de “resoluciones contradictorias” (divergentes pero que pueden coexistir), que “resoluciones inconciliables” (mutuamente excluyentes), que entronca directamente con la litispendencia.

Por tanto, aun cuando la literalidad de la Ley hable de resoluciones inconciliables debe entenderse como resoluciones contradictorias. Es más, el propio texto legal pone de manifiesto la imprecisión del término “inconciliables” pues, si bien se utiliza en los aps. 1 y 2 a) del art. 40, esto es, al definir el concepto de demandas conexas y establecer los requisitos que deben concurrir para la sus-

pensión en tales casos, en el ap. 3.a) del mismo precepto, al tratar de las circunstancias en las que resultaría procedente la continuación del procedimiento se menciona resoluciones “contradictorias”.

2. El régimen previsto para la conexidad internacional es el siguiente. En el caso de que se presente ante los órganos jurisdiccionales españoles una demanda conexa con otra que se tramite en un Estado extranjero, aquellos, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, “podrán suspender” el proceso si se cumplen los siguientes requisitos cumulativos: a) que sea conveniente resolver conjuntamente las demandas conexas para evitar resoluciones inconciliables (en realidad, contradictorias); b) que la resolución que se dicte en el extranjero sea susceptible de ser reconocida en España (esto es, juicio positivo de reconocibilidad); y c) que sea necesaria la suspensión en aras de la buena administración de justicia. Igualmente, el órgano jurisdiccional español “podrá continuar” con el proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se considere que ya no existe riesgo de resoluciones contradictorias; b) Que el proceso extranjero se haya suspendido o concluido; c) Que se estime poco probable que el proceso extranjero pueda concluirse en un tiempo razonable; d) Que considere necesaria la continuación del proceso en aras de la buena administración de justicia.

Afortunadamente, lo que no contempla la LCJI, a diferencia del RB I *bis*, es la previsión –discutible– relativa a que el órgano jurisdiccional interno pueda poner fin al proceso, si el procedimiento extranjero ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento.

Reconocida la sentencia en España⁴⁹, la eficacia de la resolución extranjera sobre el procedimiento suspendido en España por conexidad dependerá de cada caso; pudiendo desplegar los efectos de la cosa juzgada positiva o prejudicial si las partes son las mismas; constituir un antecedente lógico si se está ante un supuesto de prejudicialidad, etc.

V. Conclusiones

1. En cualquiera de las esferas en las que nos encontremos, europea o internacional, debería asimilarse la litispendencia con el riesgo de decisiones inconci-

⁴⁹ Para F. Gascón Inchausti, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 158–187, el reconocimiento, al amparo de la LCJI, podrá tener lugar de forma automática, de forma incidental o a título principal.

liables, en el sentido de mutuamente excluyentes, y por tanto no susceptibles de reconocimiento y ejecución, mientras que la conexidad aludiría al riesgo de resoluciones contradictorias si bien jurídicamente compatibles.

Tales binomios, litispendencia–resoluciones inconciliables y conexidad–resoluciones contradictorias, serían útiles al momento de apreciar la concurrencia de las tres identidades características de la litispendencia y, en especial, de las identidades objetiva y causal.

2. Aun cuando el RB I *bis* ha querido fortalecer los acuerdos de elección de foro en casos de litispendencia intra–europea, estableciendo una excepción al criterio de la prioridad temporal y otorgando preferencia para decidir sobre la competencia al órgano jurisdiccional designado en el acuerdo de elección de foro (art. 31.2º), tal regulación arroja importantes dudas cuando no es clara la existencia del acuerdo.

A nuestro juicio, en tales supuestos, no debería entrar en juego la excepción del art. 31.2º RB I *bis* sino que se debería aplicar el régimen general, correspondiendo la competencia para decidir al tribunal ante el que se hubiese presentado la primera demanda.

3. La regulación europea sobre la litispendencia y conexidad en caso de procedimientos existentes en terceros Estados, así como la litispendencia y conexidad internacionales reguladas en la nueva Ley interna inspiradas en aquellas, han adoptado elementos propios de la doctrina del *forum non conveniens*, sobre todo al incorporar como criterio a tener en cuenta para su apreciación el de “la buena administración de justicia”.

En todo caso, el margen de discrecionalidad que se concede a los tribunales para su apreciación debe conducir a que no se produzcan supuestos de denegación de justicia.

Bibliografía

- Aguilar Grieder, H.: “Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y procesos contradictorios”, *Revista Poder Judicial*, nº 72, 2003, pp. 123–172.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, 15ª ed., vol. I, Granada, Comares, 2014.
- Carballo Piñeiro, L.: “Comentario al art. 30”, *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Pro View, Aranzadi, 2016.

- Chozas Alonso, J.M.: *Derecho procesal civil europeo* (A. De la Oliva Santos y coord. F. Gascón Inchausti), vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, pp. 282 ss.
- Cook, J.: "Pragatism in the European Union: Recasting the Brussels I Regulation to Ensure the Effectiveness of Exclusive Choice-of-Court Agreements", *Pragmatism in the European Union*, vol. 4, septiembre 2013 (disponible en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Pragmatism_in_the_European_Union.pdf).
- Cuniberti, G.: "Choice of Court Agreements and Lis Pendens in the Brussels I bis Regulation – A Critical Appraisal", en H.A. Grigera Naón y B.G. Affaki (eds.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 12, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC) 2015, pp. 203–213.
- De Miguel Asensio, P.: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *Diario La Ley*, nº 8013, 31 de enero 2013.
- Diago Diago, M.P.: "Comentario al art. 33", *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters ProView, Aranzadi, 2016, pp. 1–16.
- Díez-Picazo Giménez, I.: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- Durán Ayago, A.: "Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros estados y Reglamento (UE) Nº 1215/2012: ¿Brindis al Sol?", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 171–216.
- Egea, V.: "La résolution des conflits de procédures dans le Règlement Bruxelles I bis", *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* (E. Guinchard, dir.), Bruselas, Bruylant, 2014, p. 155 ss.
- Fentiman, R.: "Lis pendens–related actions", en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law ECPIL Commentary, Brussels Ibis Regulation*, vol. I, Colonia, Otto Schmidt, 2016, pp. 714 ss.
- Fentiman, R.: *European Commentaries on Private International Law ECPIL. Commentary, Brussels I bis Regulation*, vol. I, Múnich, Sellier 2016, pp. 752 ss.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Pro View, Civitas, 2015.
- Furnish, D.B.: "El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la Administración de Justicia", *AEDIPr*, t. XIV, 2014–2015, pp. 322 ss.
- Garberí Llobregat, J.: "La excepción dilatoria de litispendencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil*, vol. I, pp. 1–9, BIB 1993, 48.
- Garcimartín Alférez, F.J. y Sánchez, S.: "El nuevo Reglamento Bruselas I: Qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, octubre–diciembre 2013, pp. 9–35.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, Civitas, 2014.
- Gardeñes Santiago, M.: "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 315–337.
- Gascón Inchausti, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Gascón Inchausti, F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 158–187.

- Málaga Diéguez, F.: *La litispendencia*, Barcelona, Bosch, 1999.
- McLachlan, C.: “Lis Pendens in International Litigation”, *Recueil des Cours*, t. 336, 2009, pp. 182 ss.
- Nielsen, P.A.: “The New Brussels I Regulation”, *Common Market L. Rev.*, 50, 2013, 2013, pp. 521–528.
- Nuytts, A.: “Owusu, Gasser, Turner and West Tanker –Is the Hague Convention on Choice-of-Court Agreements the Solution?”, en H. A. Grigera Naón y B. G. Affaki, *Jurisdictional Coices in Times of Trouble*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, vol. 12, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC) 2015, pp. 191–202.
- Nyombi, C., Mortimer, T. y Lewis, R.: “Italian Torpedoes in the Shadow of the Recast Brussels Regulation 2012”, *European Competition L. Rev.*, 36 (6), 2015, pp. 263–268.
- Otero García-Castrillón, C.: “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 425–434.
- Pertegás, M.: “*Lis pendens*, Lessons from Brussels for a Relaunched Hague Judgments Project?”, en J.J. Forner Delagüa y otros (coords.), *Entre Bruselas y La Haya, Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 727–741.
- Rosende Villar, C.: “Principales novedades del Reglamento nº 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11, noviembre 2014, pp. 1–44.
- Suderow, J.: “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 184–198.
- Tapia Fernández, I.: “Comentarios al art. 421 LEC”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (F. Cordon Moreno y otros), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, pp. 1761–1767.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007.
- Zhang, H.: “The New *lis pendens* Regime in the Regulation Brussels I bis and the Challenge met by Chinese Jurisdiction”, *REI*, 2014, pp. 1–20.

Recepción: 8.4.2016
Aceptación: 1.6.2016

LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 26/2015

Aurelio LOPEZ–TARRUELLA MARTINEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La laguna derivada de la supresión del art. 21 relativo a las adopciones regidas por ley extranjera y las posibles interpretaciones para colmarla. 1. Primera opción: “bilateralización guiada” de la norma de conflicto del art. 18. 2. Segunda opción: aplicación de la *lex fori* a todas las adopciones internacionales. 3. Tercera opción: aplicación de la *lex fori* acompañada de una limitación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. III. La supresión de la referencia a la LOPJ en el art. 32, relativo a la competencia judicial internacional en materia de “otras medidas de protección del menor”. IV. Valoraciones finales.

RESUMEN: El presente artículo analiza dos modificaciones introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia en la Ley 54/2007 de adopción internacional: la supresión del art. 21, relativo a las adopciones regidas por ley extranjera; y la eliminación de la referencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial en el art. 32, referido a la prelación de normas de competencia judicial internacional sobre “otras medidas de protección de menores”. La primera ha generado un vacío legal en relación con la ley aplicable a las adopciones internacionales a constituir por autoridades españolas en las que el adoptando no reside en España ni va a ser trasladado a España para residir. La segunda suscita la duda de si más allá de los supuestos previstos en el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996, nuestras autoridades pueden declararse competentes para adoptar medidas de protección de menores. Una respuesta negativa evitaría los problemas derivados del carácter exorbitante de dos de los foros del nuevo art. 22 *quáter* d) LOPJ (el de la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante), pero no parece que sea sostenible.

PALABRAS CLAVE: ADOPCIÓN INTERNACIONAL – MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR – LEY APLICABLE – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

ABSTRACT: *Adoptions governed by a foreign law and jurisdiction to adopt measures for the protection of children after the amendments in Law 26/2015*

This article analyses two amendments introduced by Law 26/2015 of 28 July, for the reform of the system of protection of childhood in the International Adoption Law: the deletion of Art. 21, related to adoptions governed by foreign law; and the deletion of the reference to the Organic Law of the Judicial Power (LOPJ) in Art. 32, related to jurisdiction to adopt measures for the protection of children. The first has created a legal loophole in relation to the law applicable to adoptions where the adoptee neither resides nor is going to be moved to Spain to reside before or after the adoption. The second creates doubts on whether Spanish authorities can declare jurisdiction outside the cases established in Regulation 2201/2003 and The Hague Convention 1996. A negative answer would reduce the problems deriving from the exorbitant character of the grounds of jurisdiction established in the new Art. 22 quáter LOPJ (the plaintiff's Spanish nationality or habitual residence in Spain), but this interpretation does not seem suitable.

KEYWORDS: *INTERNATIONAL ADOPTION – MEASURES FOR THE PROTECTION OF CHILDREN – APPLICABLE LAW – JURISDICTION.*

I. Introducción

Con la intención de mejorar el sistema de protección de la infancia y la adolescencia y de adaptarlo a los cambios sociales ocurridos en los últimos 20 años, en julio de 2015 se adoptaron la LO 8/2015, de 22 julio¹, y la Ley 26/2015².

Estas leyes conllevan la modificación de un gran número de instrumentos que incluyen la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), el Código civil, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 54/2007 de Adopción internacional (en adelante LAI).

El presente trabajo tiene por finalidad analizar dos modificaciones en materia de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) introducidas en el último de esos instrumentos: la supresión del art. 21, relativo a las adopciones regidas por una ley extranjera; y la eliminación de la referencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el art. 32, referido a la prelación de las normas de competencia judicial internacional sobre “otras medidas de protección de menores”. La primera ha generado un vacío legal en relación con la ley aplicable a las adopciones internacionales a constituir por autoridades españolas en las que el adoptando no reside en España ni va a ser trasladado a España para residir. La segunda suscita la duda de si más allá de los supuestos previstos en el Reglamento

¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/26, <https://aedipr.com/documentos/>.

² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia BOE 29.7. 2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/28, <https://aedipr.com/documentos/>.

2201/2003 (RB II) y el Convenio de La Haya de 1996 (CLH 1996), nuestras autoridades pueden declararse competentes para adoptar medidas de protección de menores. Una respuesta negativa evitaría los problemas derivados del supuesto carácter exorbitante de dos de los foros del nuevo art. 22 *quáter* d) LOPJ (el de la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante), pero por los motivos que analizaremos, esta interpretación no parece sostenible.

En las páginas que siguen se van a analizar las opciones que existen para colmar la laguna derivada de la supresión del art. 21, y la interpretación que en nuestra opinión debe prevalecer del art. 32.

II. La laguna derivada de la supresión del art. 21 relativo a las adopciones regidas por una ley extranjera y las posibles interpretaciones para colmarla

A mi modo de ver, la modificación más llamativa introducida por la Ley 26/2015 en el Título II “Normas de Derecho internacional privado” de la LAI consiste en la supresión de la Sección 2 “Adopción regida por una ley extranjera”, y de la única disposición que contenía. El ahora suprimido art. 21 establecía en su párrafo 1:

“Art. 21. Ley aplicable a la constitución de la adopción.

1. Cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, la constitución de la adopción se regirá:

- a) Por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país.
- b) En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando”.

La supresión de esta disposición provoca que la norma de conflicto general aplicable a la adopción sea ahora el art. 18:

“Art. 18. *Ley aplicable a la constitución de la adopción.* La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.
- b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”.

El art. 14 atribuye a nuestros tribunales competencia judicial internacional para constituir adopciones en supuestos que van más allá de los contemplados en el art. 18. En concreto cuando adoptante o adoptando tengan nacionalidad española o tengan su residencia habitual en España. Esto provoca que existan supuestos

en los que nuestros tribunales pueden declararse competentes pero para los que no se establece cual es la ley aplicable. Así ocurrirá, con independencia del foro de competencia aplicable, siempre que el adoptando no tenga residencia en España ni vaya a ser trasladado a nuestro país con el fin de fijar aquí su residencia habitual después de la adopción.

Ciertamente, estas situaciones serán extrañas en la práctica, pues lo habitual resulta ser que el adoptando sea trasladado a España antes de constituir la adopción mediante una medida de acogimiento constituida en su país de origen. Además, los arts. 14 y 17 Convenio de La Haya de 1993 impiden que españoles residentes en otros Estados contratantes puedan iniciar el proceso de adopción ante autoridades españolas. No obstante, fuera de estos supuestos, y en vista del amplio margen utilizado por muchas legislaciones autonómicas para establecer la competencia administrativa de las entidades públicas en materia de adopción³, estas situaciones pueden darse en la práctica. Así, ocurriría, por ejemplo, en el caso de dos funcionarios europeos de nacionalidad española residentes en Bélgica que, por razones de comodidad o porque en un futuro cercano desean regresar a nuestro país, tramitan la adopción de un menor residente en Laos (Estado no contratante del Convenio de La Haya) ante las autoridades de una comunidad autónoma española que no exige que los adoptantes residan en ella para iniciar el expediente de adopción.

Ante esta circunstancia, resulta necesario colmar la laguna creada con la supresión del art. 21. Para ello, a mi modo de ver, hay tres opciones interpretativas: a) “bilateralización guiada” de la norma de conflicto del art. 18; b) aplicación de la ley española a todas las adopciones internacionales; c) aplicación de la ley española a supuestos en los que el adoptando resida o vaya a ser trasladado a España para residir tras la adopción.

1. Primera opción: “bilateralización guiada” de la norma de conflicto del art. 18.

La primera opción para colmar la laguna ocasionada por la supresión del art. 21 consiste en bilateralizar la norma de conflicto del art. 18⁴. Ahora bien, una bilateralización literal de la norma llevaría a resultados indeseados:

“La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material extranjera:

³ Puesto de relieve por J.M. Espinar Vicente, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, 2008, nº 18, 16–31 Octubre 2008, pp. 1 ss.

⁴ En este sentido se pronuncian J.C. Fernandez Rozas y S. Sanchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Civitas, 2016, p. 489.

- a) Del Estado en el que el adoptando tenga su residencia habitual en el momento de constitución de la adopción.
- b) Del Estado en el que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado con la finalidad de establecer su residencia habitual”.

El principal problema que presenta esta bilateralización literal es que genera dos posibles leyes aplicables: la de la residencia habitual en el momento de la adopción o la del país al que ha sido o vaya a ser trasladado para fijar su residencia habitual. No creemos apropiada ni la aplicación alternativa de estas leyes ni la cumulativa. La primera facilitaría innecesariamente la adopción, en perjuicio de los necesarios controles a los que la misma está sometida; la segunda la dificultaría injustificadamente, perjudicando el interés superior del menor.

En consecuencia, de adoptarse esta interpretación debería desecharse una bilateralización literal y optarse, en todo caso, por una *bilateralización guiada*. Esto implicaría aplicar *la ley del Estado en el que se va a fijar la residencia habitual del adoptando una vez constituida la adopción*. Dicho Estado sería aquel al que va a ser trasladado o, si no va a ser trasladado, el Estado de su actual residencia habitual. Como podrá observarse, esta solución coincide con la establecida en el suprimido art. 21 por lo que, en resumidas cuentas, lo que cabría proponer es que hasta que el legislador no actúe, es recomendable que nuestras autoridades “resuciten” el antiguo art. 21 para colmar la laguna que se ha creado.

“La constitución de la adopción por la autoridad competente española se registrará por la ley:

- a) del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país.
- b) En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando”.

Así, en el ejemplo de los adoptandos españoles residentes en Bélgica, la ley aplicable a la adopción sería la belga, país al que va a ser trasladado el menor para residir tras la adopción.

Esta interpretación tiene la virtud de ser respetuosa con el *statu quo* actual –los tribunales españoles seguirían siendo competentes en los mismos supuestos–, y responde a la idea compartida con la normativa de DIPr de otros Estados –Bélgica, Italia– de que la mejor manera de proteger el interés superior del menor es estableciendo un amplio abanico de criterios de atribución de competencia. Salvados los problemas que puede conllevar su acreditación debido al elemento de subjetividad que encierra, la aplicación de la ley del Estado al que los adoptandos van a trasladar al adoptante para fijar su residencia habitual resulta ser la ley más estrechamente vinculada con la situación.

A mi modo de ver, no parece que esta interpretación sea sostenible. No parece que fuera la intención del legislador dejar inalterado el *statu quo* anterior a la

modificación. Es decir, de haber querido que la solución conflictual del art. 21 perviviera, no se habría suprimido la disposición. No parece de recibo llevar a cabo una bilateralización de una norma –el art. 18– que lleva al mismo resultado que una norma de conflicto que se ha decidido eliminar.

Además, esta interpretación provocaría un régimen diferente de las adopciones decretadas por las autoridades judiciales y por las autoridades consulares cuando el adoptando resida o vaya a ser trasladado a un Estado extranjero. En el primer caso, la bilateralización guiada del art. 18 llevaría a la aplicación de la ley del Estado extranjero; en el segundo, el nuevo texto del art. 17 parece dar a entender que las autoridades consulares sólo pueden constituir adopción de acuerdo con nuestro Código civil. Este trato diferenciado no parece justificado.

En fin, esta interpretación implica asumir que los tribunales españoles pueden declararse competentes en todos los supuestos contemplados en los arts. 14 y 15, circunstancia que, como es conocida, ha sido criticada por la doctrina. Volveremos sobre el particular al analizar las siguientes opciones.

2. Segunda opción: aplicación de la lex fori a todas las adopciones internacionales

De acuerdo con esta segunda opción, tratándose de la única norma general sobre ley aplicable, debe interpretarse que el art. 18 es aplicable a todas las adopciones internacionales. Es decir, tanto a las adopciones en las que el adoptando reside habitualmente o va a ser trasladado para residir a España, cuanto a aquellas en las que el adoptando reside habitualmente o va a ser trasladado para residir a un país extranjero. En ambos supuestos resultaría aplicable la ley española.

Esta interpretación está justificada por la lógica que parece inspirar la modificación legislativa: la supresión del art. 19 responde a que el legislador no quería que nuestras autoridades constituyeran adopciones internacionales en atención a una ley extranjera. Por consiguiente, nuestras autoridades sólo pueden constituir adopciones en atención a la ley española.

Este razonamiento encuentra apoyo en el ya mencionado art. 17, relativo a las adopciones consulares, en el que se establece que “los Cónsules podrán constituir adopciones en el caso de que el adoptante sea español, el adoptando tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente y no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública de acuerdo con lo establecido en las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del art. 176.2º Cc”. Con ello se da a entender que nues-

tros cónsules sólo pueden constituir adopciones de acuerdo con la ley española. En particular las contempladas en los aps. 1, 2 y 4 del art. 176.2º Cc⁵.

Esta interpretación tiene ventajas similares a las explicadas para la primera opción interpretativa: se mantiene el *statu quo*, en el sentido en que nuestras autoridades siguen siendo competentes para conocer de un amplio espectro de adopciones internacionales, con lo que se potencia el interés superior del menor. Pero también puede ser objeto de la misma crítica: los problemas asociados al carácter exorbitante de algunos de esos foros.

Además, la aplicación de la *lex fori* a todas las adopciones internacionales de las que conocieran nuestros tribunales nos retrotraería a la situación existente con el antiguo art. 9.5º Cc, el cual fue objeto de duras críticas por legeforista, por fomentar el *fórum shopping*, incrementar el número de adopciones claudicantes, por no ser respetuoso con el interés superior del menor, y por imponer un “imperialismo legal de la Ley española” en materia de adopción internacional⁶.

En relación con la LAI, algunas de estas críticas son rechazables –así, la referida a las adopciones claudicantes, en vista de las cautelas introducidas por los arts. 19 y 20–, pero otras como la del fomento del *forum shopping* resultan oportunas. Así, volviendo a nuestro ejemplo de los adoptantes españoles con residencia en Bélgica, éstos podrían decidir acudir a las autoridades españolas para que constituyan la adopción, sencillamente porque la ley española establece menos requisitos que la aplicable de acuerdo con el Código belga de DIPr. De todas formas esta crítica no es definitiva pues la posibilidad de ejercer el *forum shopping* nace por el simple hecho de que las normas de conflicto establecidas por un Estado y otro sean diferentes, con independencia de si la ley designada por el ordenamiento español es la *lex fori* u otra.

Mayor relevancia poseen las críticas relativas al imperialismo legal de la Ley española y la falta de respeto por el interés superior del menor por cuanto, en vista de la amplitud de los foros de competencia del art. 14, la ley española puede acabar aplicándose a adopciones internacionales con una escasa conexión con el Estado español. Así puede entenderse que podría llegar a ocurrir en nuestro ejemplo: la ley española se aplicaría a la adopción de un niño cuyo centro social de vida va a quedar establecido en Bélgica.

⁵ Tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, los cónsules solo puede constituir adopciones “en las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del art. 176.2º Cc”: 1ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 4ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

⁶ Una recopilación de esas críticas en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, “Críticas y contracríticas ...”, *loc. cit.*, pp. 101–102.

Teniendo en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, la lógica de la supresión del art. 21 reside en que las autoridades españolas no constituyan adopciones internacionales de acuerdo con una ley extranjera, la única manera de evitar que la ley española acabara aplicándose a supuestos con una escasa conexión con España, pasar por interpretar que la competencia de nuestras autoridades debe quedar limitada a adopciones internacionales en las que el adoptando reside o va a ser trasladado a España para residir. A ello nos referimos en el siguiente apartado.

3. Tercera opción interpretativa: aplicación de la lex fori acompañada de una limitación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales.

Como se ha explicado, los arts. 14 y 15 establecen un amplio abanico de foros de competencia, algunos de los cuales puede ser tachado de exorbitantes por la escasa vinculación que tienen en abstracto con nuestro ordenamiento.

Para algunos autores, este amplio abanico de foros se justifica en que con ellos se potencia el interés superior del menor al facilitar la constitución de adopciones internacionales en nuestro país, si bien su aplicación debe ser corregida en aquellos supuestos en los que la adopción presenta una escasa vinculación con nuestro ordenamiento⁷.

Otros autores, en cambio, han criticado este amplio abanico de foros por entender que con ellos no se potencia el interés superior del menor. En su opinión, dicho objetivo sólo queda garantizado si nuestras autoridades se pueden declarar competentes para constituir la adopción exclusivamente en supuestos que presentan una estrecha vinculación con el niño. En particular se entiende que esa vinculación estrecha sólo existe cuando el adoptando tiene su residencia habitual

⁷ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, "Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol 2, nº 1, 2010; *id*, *La Ley 54/2007 de 28 diciembre 2007 sobre adopción internacional*, Granada, Comares, 2008, pp. 85–90. Para estos autores la Exposición de motivos envía un "mandato muy claro dirigido a los jueces y tribunales españoles. Estos no deben constituir una adopción internacional si el supuesto no aparece mínimamente vinculado con España". En el mismo sentido, E. Gomez Campello, "Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional", *REEI*, vol 18 2009, p. 17. Para los profesores M. Virgos Soriano y F. Garcimartín Alferez, la corrección de los foros de competencia del antiguo art. 22.3º LOPJ en aquellos supuestos poco vinculados con España debía hacerse en sede material: "el legislador ha considerado que la protección del menor se obtiene no tanto garantizando un foro cercano a el, cuanto garantizando la constitución de adopciones [...]. [C]uando sea relevante para evaluar el interés del adoptando (art. 176.1º Cc) el juez debe considerar el hecho de que la posible adopción española no vaya a ser reconocida en el Estado donde se localiza el entorno social del adoptando. En tal caso, y siempre teniendo en cuenta ese interés, puede resultar apropiado rehusar su constitución" (*Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 247).

en España o va a ser trasladado a nuestro país para fijar su residencia habitual tras la adopción⁸. La posible corrección de los foros de competencia establecidos por la ley en supuestos con escasa vinculación con el Estado español no resulta ajustada a Derecho⁹.

A mi modo de ver, si la amplitud competencial de nuestros tribunales ya era difícil de justificar con el texto anterior de la LAI, más difícil resulta de sostener resulta ahora si como entendemos, tras la modificación, todas las adopciones constituidas por autoridades españolas se deben regir por la *lex fori*. Efectivamente, anteriormente, en el hipotético supuesto en el que los tribunales españoles se declararan competentes para conocer de una adopción con una escasa vinculación con España, al menos, la ley aplicable a la misma sería la del país extranjero donde el menor va a residir. Pero, tras la modificación de la ley, de acuerdo con la interpretación que a nuestro modo de ver debe prevalecer del art. 18, dicha adopción deberá regirse por la ley española. Es decir, al carácter exorbitante de nuestros tribunales se le uniría la escasa vinculación que la ley española tendría con el supuesto.

Como consecuencia de lo anterior, entendemos que la interpretación del art. 18 como una norma de conflicto que señala la aplicación de la ley española debe venir acompañada necesariamente de una limitación de los supuestos en los que nuestros tribunales pueden declararse competentes. Es decir, tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, esa interpretación limitadora más necesaria si cabe. A su vez, la propia Ley aporta nuevos argumentos para ello. En particular, nuestros tribunales sólo deben resultar competentes para conocer de adopciones en las que el adoptando resida o vaya a ser trasladado para residir a nuestro país. En tales supuestos, la aplicación de la ley española está justificada, por cuanto es el Derecho del Estado donde se encuentra el centro de vida social del adoptando. En cualquier otro supuesto, la aplicación de nuestra ley no resulta justificada.

En apoyo de esta interpretación debe mencionarse la justificación del Grupo parlamentario catalán de Convergencia y Unió a la supresión del art. 21 introducida en el Senado:

⁸ R. Arenas García y C. Gonzalez Beilfuss, “La Ley 54/2007 de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI*, vol 17, 2009, p. 9.

⁹ C. Esplugues Mota, “La nueva ley española de adopción internacional diciembre 2007: ¿una ocasión perdida?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, n° 2, p. 370, S. Alvarez Gonzalez, “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 ss, esp. p. 49. En relación con el régimen anterior de la LOPJ (que contenía los mismos foros de competencia), S. Álvarez González, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 179 ss, esp. p. 188.

“Teniendo en cuenta que las reglas para la determinación de la competencia de las autoridades españolas contenidas tanto en el art. 14 como en el 15 de la propia ley, resulta absolutamente innecesaria esta disposición, que sólo induce a confusión”

A pesar de la defectuosa redacción de la justificación y de la brevedad de la misma, por lo menos se pueden entender que la supresión del art. 21 está relacionada con los arts. 14 y 15. En concreto, la eliminación de la norma sobre la ley aplicable a las adopciones en las que el adoptando reside o va a ser trasladado a un país extranjero, parece estar relacionada con una limitación de la competencia de nuestros tribunales a aquellas adopciones para las que la LAI sí ha previsto cual es la ley aplicable: *aquellas en las que el adoptando reside en España, o haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España*. Ello es así porque, según se dice, una disposición para determinar la ley aplicable a las demás adopciones —las regidas por el art. 21— “es absolutamente innecesaria” e “induce a confusión”.

Igualmente, debe observarse que esta interpretación es coherente con la drástica limitación de las situaciones en las que resulta posible la adopción consular, según la reforma introducida en el art. 17. Parece, pues, que la intención del legislador era limitar la competencia de nuestras autoridades, tanto de los consules como de los órganos jurisdiccionales.

La interpretación estaría en línea con la necesidad defendida por parte de la doctrina de eliminar los foros exorbitantes y, así, garantizar el respeto por el art. 24 CE y evitar que nuestros tribunales puedan constituir adopciones claudicantes. Concuerda también con la idea defendida por algunos autores de que el interés del menor sólo queda garantizado si, en vez de ofrecer un amplio abanico de foros de competencia, se limita la competencia de nuestras autoridades a supuestos que presentan una estrecha vinculación con la situación.

En base a esta interpretación, los tribunales españoles deberían declinar su competencia para constituir adopciones internacionales en aquellos supuestos en los que el adoptando reside en España, o haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país. Para alcanzar este resultado pueden utilizar dos argumentos no necesariamente excluyentes: uno ya conocido, consistente en el desarrollo judicial del art. 14; otro nuevo, propiciado, a mi modo de ver, por la reforma de la LAI.

Siguiendo la tesis de los profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, los tribunales españoles podrían *desarrollar judicialmente* el art. 14 y en base a la habilitación de la Exposición de Motivos declinar su competencia, aunque formalmente resultara aplicable alguno de los foros de competencia, cuando el adoptando tuviera su residencia en el extranjero y no fuera a ser trasladado a España después de la adopción. A mi modo de ver, esta solución en-

cuentra apoyo en la nueva redacción del art. 2 LOPJM donde se indica que “[e]n la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten [...] los Tribunales, [...] primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Existiría por tanto una norma habilitante para dejar de aplicar los arts. 14 o 15. Debe observarse que esta norma está complementada por el art. 2.5º LOPJM, de acuerdo con el cual “[t]oda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso”. La limitación competencial estaría justificada, no sólo en el posible atentado al interés superior del menor, sino también a la imposibilidad de alguna de las personas involucradas de hacerse escuchar en el mismo.

Además, debe recordarse que esta disposición encuentra su razón de ser en el art. 3 del Convenio de Nueva York de 1989 sobre los derechos del niño, cuyo contenido es similar al art. 2 LOPJM pero su rango jerárquico es superior. Así, resultaría posible defender que un juez debe dejar de aplicar un foro exorbitante del art. 14 o 15 si entiende que con ello se estaría incumpliendo el mandato convencional según el cual toda medida de protección del niño debe tener por consideración primordial el interés superior del niño.

En segundo lugar, el actual tenor del art. 18 puede servir de fundamento para que los tribunales españoles se abstengan de constituir la adopción en aquellos supuestos en los que el adoptando no reside ni va a ser trasladado a España para residir. El argumento sería que fuera de estos supuestos la LAI no establece cual es la ley aplicable a la adopción, por lo que ésta no podría llegar a constituirse. Resultaría contrario a los principios de economía procesal y de la buena administración de justicia declararse competentes en supuestos en los que el tribunal no va a poder constituir la adopción.

A esta opción interpretativa se le puede criticar que limitaría enormemente la competencia de nuestras autoridades, perjudicando uno de los objetivos en la materia: la protección del interés superior del menor. Efectivamente, tres de los cuatro foros de competencia actualmente en vigor perderían su eficacia: nacionalidad española de adoptante o adoptando, y residencia habitual en España del adoptante. Resulta verosímil pensar que en algunos de estos supuestos estaría justificado atribuir la competencia a nuestros tribunales porque la adopción tendría una vinculación razonable con nuestro país y beneficiaría el interés superior del menor. Pero, en tales casos, tras la modificación de la LAI, la ley aplicable sería la española la cual, como hemos dicho, no presentaría una vinculación suficiente con el supuesto.

Además, según se ha explicado, no es una opinión unánime que el interés superior del menor quede mejor protegido por ofrecer un mayor número de foros

de competencia para que nuestras autoridades puedan constituir la adopción. Algunos autores opinan –en mi opinión acertadamente– que dicho objetivo sólo resulta protegido si la competencia se atribuye a autoridades que presenten una estrecha vinculación con la adopción.

Así, volviendo por última vez al ejemplo de los adoptantes españoles residentes en Bélgica, a pesar de su nacionalidad, los tribunales españoles deberían declinar su competencia para constituir la adopción del adoptando de Laos. La razón para declinar la competencia sería doble. Por un lado, el actual art. 18 no prevé un Derecho aplicable a esa adopción, por lo que la no podría constituirse. Por otro, la protección del interés superior del menor debería obligar a los tribunales españoles a declinar su competencia por cuanto los tribunales belgas están mejor situados para constituir la adopción –son al fin y al cabo, las autoridades del Estado donde el menor va a desarrollar su vida social–. Sin duda la constitución de la adopción ante nuestros tribunales era la preferencia de los adoptandos, pero tal y como establece el art. 2 LOPJM los intereses de estas personas están en inferioridad en relación con el interés superior del menor.

III. Las dudas interpretativas derivadas de la supresión de la referencia a la LOPJ en el art. 32, relativo a la competencia judicial internacional en materia de “otras medidas de protección del menor”

Como es conocido, el Título III de la LAI (arts. 32–34) incorpora normas sobre “otras medidas de protección de menores”. La doctrina se ha cuestionado la utilidad de las mismas teniendo en cuenta que ya existen otros instrumentos en nuestro sistema de DIPr que se encargan de esta materia¹⁰. En concreto el RB II, el CLH 1996, los art. 9.4º y 9.6º Cc, la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Dicho conglomerado de normas dificulta la identificación del instrumento aplicable, circunstancia que perjudica la consecución del interés superior del menor, por lo que no está de más que el propio legislador aporte un poco de luz al respecto. Esta es la función de los arts. 32 a 34, los cuales en palabras de F. Garau Sobrino son “simples normas didácticas” relativas a los tres sectores del DIPr¹¹.

¹⁰ Para S. Alvarez Gonzalez (“La Ley...”, *loc. cit.*, p. 45), “desde un punto de vista sistemático es discutible su inclusión en una ley sobre adopción internacional...”. También indica que la inminente entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 hace innecesarias las disposiciones que la LAI dedicaba a estas instituciones.

¹¹ F. Garau Sobrino, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 282–289. En el mismo sentido, para A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (“Críticas y contracríticas ... ”,

De las modificaciones que han sufrido las tres normas, ha llamado nuestra atención la del art. 32, relativo a la competencia judicial internacional de nuestras autoridades para la adopción de otras medidas de protección del menor. El antiguo art. 32 LAI establecía:

“La competencia para la constitución de las demás medidas de protección de menores se regirá por los criterios recogidos en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España. En su defecto, se observará lo previsto en el art. 22.3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

Con la reforma introducida por la Ley 26/2015 a dicha redacción se le han añadido referencias expresas al RB II y al CLH 1996, y se ha suprimido la referencia a la LOPJ:

“La competencia para la constitución de las demás medidas de protección de menores se regirá por los criterios recogidos en los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España, en particular por el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y por el Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

Teniendo en cuenta el carácter de “simples normas didácticas” destinadas a clarificar la prelación de fuentes, surgen dudas en cuanto al significado de la supresión. ¿Debe entenderse que esta supresión no afecta al sistema de fuentes en la materia? ¿o debe entenderse que al eliminar la referencia a la LOPJ el legislador está indicando que la misma no resulta aplicable en esta materia y que, por lo tanto, de no resultar competentes nuestros tribunales ni por el RB II ni por el CLH 1996, deberían declararse de oficio incompetentes?

A primera vista es lógico entender que la supresión de la referencia no debe tener ningún efecto en el sistema de prelación de fuentes más allá de la inseguridad que genera cuando la misma se produce en una norma destinada, precisamente, a aclarar este extremo. No obstante, cabe observar que una interpretación en el sentido de que la supresión si tiene efectos en el sistema de fuentes, podría resultar beneficiosa.

En particular, la falta de aplicación de los foros de la LOPJ en la materia eliminaría los problemas que se deriva del carácter exorbitante de alguno de esos foros. Efectivamente, de manera coherente con la regulación internacional en la

loc. cit., p. 86): “Los arts. 32 y 33 LAI constituyen, por tanto, mera “normas recordatorio” cuyos únicos objetivos radican en aclarar a los operadores jurídicos cuál es la normativa de DIPr que determina la competencia y la Ley aplicable al acogimiento internacional de menores”.

materia, el legislador de la LO 7/2015¹² ha procedido a unificar los foros de competencia en materia de protección de menores y de responsabilidad parental. Así, el actual art. 22 *quáter* d) establece:

“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”

Esta unificación de los foros de competencia supone que el problema ya denunciado por la doctrina del carácter exorbitante de los foros en materia de filiación y relaciones paterno-filiales¹³ –nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante– ahora también se extiende a las medidas de protección del menor. Desafortunadamente, el legislador no ha aprovechado la ocasión para solucionar el presunto error que se cometió en la redacción del antiguo art. 22.3º LOPJ e introducir la conjunción “y” en vez de la “o”: “el demandante sea español y resida habitualmente en España”¹⁴. Lo único que ha hecho para rebajar hasta cierto punto la exorbitancia de estos foros es introducir –si bien de manera defectuosa– la condición de que la residencia en España del demandante debe ser superior a seis meses. En definitiva el legislador de la LO 7/2015 no sólo no ha solucionado el problema que existía con la anterior redacción de estos foros sino que lo ha incrementado.

Este problema se solucionaría de interpretarse que la supresión de la referencia a la LOPJ en el art. 32 LAI supone un mandato a nuestros tribunales para que si no resultan competentes de acuerdo con el RB II o el CLH 1996 se declaren de oficio incompetentes. Esta interpretación no encuentra obstáculo ni en el RB II (aplicable cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, según el art. 61.a), ni en el CLH 1996 (aplicable cuando el menor no tenga su residencia en un Estado miembro)¹⁵. Como se recordará, el Informe explicativo de P. Lagarde¹⁶ indica que, en caso de no resultar aplicables ninguno de los foros

¹² LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.2015).

¹³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Granada Comares, 2015, p. 300 (en relación con la filiación) y 427 (en relación con las relaciones paterno-filiales).

¹⁴ J.C. Fernandez Rozas y S. Sanchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Madrid, Thomson-Reuters, 2015, punto. 368; F. Garcimartin Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Reuters, 2016, punto 9.13.

¹⁵ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 400–401. Los autores hacen la salvedad de los menores sin residencia habitual en un Estado miembro y mayores de 18 años según su ley nacional. En estos casos se aplica la LOPJ.

¹⁶ Disponible en <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>. “39 L'article 5 suppose que l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat contractant. Dans le cas contraire, l'article 5 n'est pas applicable et

de este instrumento, los tribunales pueden aplicar sus normas de producción interna (en el caso de España, LOPJ). Ahora bien, nada impide que un Estado establezca que fuera de los casos previstos en el Convenio, sus tribunales no pueden declararse competentes.

La jurisprudencia reciente demuestra que la cuestión reviste implicaciones prácticas. Así, se pueden citar dos asuntos en los que nuestros tribunales se declararon incompetentes por considerar que el asunto presentaba una escasa vinculación con España pero en los que, en realidad, de acuerdo con el antiguo Art. 22.3º LOPJ deberían haberse declarado competentes. Así, en el AAP Salamanca nº 87/2005, de 30 noviembre¹⁷ relativo a la atribución de la guarda y custodia de una menor residente en Costa Rica solicitada por su madre, residente en España, el tribunal se declara incompetente porque califica la cuestión como “medida de protección de la persona o bienes de menores o incapacitados” y no como “responsabilidad parental”¹⁸. Esto le lleva a sostener que el único foro aplicable es el de la residencia habitual del menor por lo que, a pesar de la residencia en España de la demandante, el tribunal se declara incompetente. En el Auto AP Soria 52/2010 de 16 julio¹⁹, relativo a una demanda de remoción de tutor e instauración de nueva tutela en la que el menor y la parte demandada residen en Brasil y el demandante reside en España, el juez califica la acción como de “responsabilidad parental” pero erróneamente entiende que el único foro aplicable es el de la residencia habitual del menor en España y, por lo tanto, se declara incompetente. Con el nuevo art. 22 quáter d) LOPJ los argumentos para declinar su competencia desaparecerían, obligando a nuestros tribunales a declararse competentes en supuestos escasamente conectados con nuestro país. La interpretación propuesta lo evitaría: al no resultar aplicable ninguno de los foros de competencia del RB II y el CLH 1996, ambos tribunales deberían declararse de oficio incompetentes sin necesidad de acudir al art. 22 quáter d).

A pesar de las ventajas que presenta esta interpretación de la supresión de la referencia a la LOPJ en el art. 32 LAI, la misma no es sostenible por diversas razones. En primer lugar, porque con esta interpretación se limitan los supuestos

les autorités des Etats contractants ne sont compétentes en vertu de la Convention que sur la base d'autres dispositions de celle-ci (art. 11 et 12). Mais rien ne les empêche de se reconnaître compétentes, en dehors de la Convention, sur la base des règles de droit international privé de l'Etat dont elles relèvent”. Ahora bien, cuando el tribunal de origen se ha declarado competente en atención a un foro previsto en su legislación interna, el tribunal requerido puede controlar la competencia de dicho tribunal y, en su caso, denegar el reconocimiento de la decisión” (ap. 84).

¹⁷ AC/2005/2334

¹⁸ La misma calificación se otorga en la SAP Lerida 10 febrero 2003 (AC/2003/575)

¹⁹ JUR/2010/336545

en los que nuestros tribunales se pueden declarar competentes. Ello podría afectar al interés superior del menor.

Un ejemplo de nuestra jurisprudencia pone de manifiesto este problema. En el AAP Murcia 21 julio 2011²⁰, la autoridad española se declara competente para el otorgamiento en exclusiva de la patria potestad a una mujer de nacionalidad ecuatoriana residente en España sobre un hijo residente en Ecuador (el padre estaba en paradero desconocido). La calificación de la demanda como “responsabilidad parental” permite al juez declararse competente en base al foro de la residencia del demandante del antiguo art. 22.3º LOPJ. Gracias a ello, fue posible atribuir la patria potestad exclusiva que solicitaba la madre ecuatoriana y de esta manera instar un visado para que el menor pudiera venir a España a vivir con ella. Sin duda, esta resolución constituye un claro ejemplo en el que la asunción de competencia de acuerdo con un foro que *in abstracto* puede ser considerado exorbitante favorece el interés superior del menor en un caso concreto.

Otro ejemplo en el que nuestros tribunales se declararon competentes con criterios ciertamente forzados para garantizar la protección del interés superior del menor es la SAP Murcia 62/2013, de 31 enero²¹. Se trata de una solicitud de guarda y custodia –calificada igualmente como “medida de protección de la persona o bienes de menores o incapacitados”– de un menor residente en Bolivia con sus abuelos, en la que ambos padres tenían su residencia en España. El tribunal se declara competente porque considera que a pesar de vivir actualmente en Bolivia, la residencia habitual de la menor sigue estando en España, país donde se encuentra su núcleo familiar. La residencia en Bolivia es considerada como transitoria a pesar de durar casi un año. Con los nuevos foros de competencia habilitados por el art. 22 *quáter* d) no sería preciso llevar a cabo interpretaciones forzadas del concepto de residencia habitual del menor, pues la residencia habitual en España del demandante sería suficiente²².

Estos dos ejemplos de la práctica jurisprudencial ponen de manifiesto que la interpretación propuesta –la supresión de la referencia a la LOPJ en el art. 32 implica que ya no resulta aplicable en la materia– no favorece el interés superior del menor.

²⁰ El asunto aparece citado en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 425.

²¹ JUR/2013/90484

²² La sentencia arroja otros comentarios interesantes. El primero es que el juez acaba declarándose competente por el antiguo art. 22.3º LOPJ –cuando en realidad debería haber aplicado el art. 8 RB II–. El segundo que no tiene en cuenta el foro del domicilio del demandado que en el asunto parece ser el marido y se encuentra en España.

Existe, además, otro argumento de peso para desechar la interpretación propuesta: de haber querido derogar los foros de competencia relativos a otras medidas de protección de menores, el legislador lo habría hecho en la propia LOPJ. Al no haberlo hecho, las autoridades están obligadas a su aplicación. Por consiguiente, parece más aconsejable interpretar que *la supresión en el art. 32 LAI de la referencia a la LOPJ no tiene ningún efecto en el sistema de fuentes*: en los casos no cubiertos por el RB II y el CLH 1996, el juez español debe aplicar los foros de la LOPJ para establecer su competencia. Esto no significa que los foros del régimen autónomo no sean manifiestamente mejorables. Hay casos como el del AAP Murcia 21 julio 2011 en los que la competencia de los tribunales españoles cuando el demandante es español o reside habitualmente en España resulta justificada para garantizar el interés superior del menor. Pero hay otros –como los que dieron lugar al AAP Salamanca nº 87/2005, de 30 noviembre y el AAP Soria nº 52/2010, de 16 julio– en los que puede que no sea así. Para asegurar que, a pesar de resultar aplicable un foro exorbitante, la competencia de nuestros tribunales resulta claramente justificada, debería haberse introducido un inciso final en el art. 22 *quáter* d) LOPJ que estableciera que nuestros tribunales serán competentes en atención a la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante “*siempre que la competencia responda al interés superior del menor*”²³.

Ante la falta de ese inciso en la redacción actual de la disposición, ¿es posible alcanzar ese mismo resultado? Dicho de otra manera: ¿puede un tribunal español declararse incompetente cuando el demandante es nacional o reside en nuestro país si considera que su competencia no respondería al interés superior del menor? De nuevo, la solución pasaría por recurrir al art. 3 CNY 1989 y al art. 2 LOPJM y entender que de adoptarse dicha medida –declaración de competencia en atención a un foro exorbitante– resultaría incompatible con el mandato convencional de garantizar el interés superior del niño.

IV. Valoraciones finales

El legislador no ha estado acertado ni en la supresión del art. 21 LAI, ni en la regulación de los foros de competencia en materia de responsabilidad parental y protección de menores del nuevo art. 22 *quáter* d) LOPJ.

Para colmar la laguna generada por la primera disposición se propone interpretar que el art. 18 LAI establece la aplicación de la ley española acompañada de una limitación de la competencia judicial de nuestras autoridades a aquellos

²³ Se trata de una fórmula que no es extraña en nuestro ordenamiento por cuanto se utilizan en el art. 12 RB II y el art. 10 CLH 1996 como condición para admitir la *prorrogatio fori*.

supuestos en los que el adoptando reside en España o vaya a ser trasladado a nuestro país para fijar aquí su residencia. Para ello, el aplicador del Derecho puede dar preferencia al art. 2 LOPJM y art. 3 CNY 1989 y dejar de aplicar el resto de foros de los arts. 14 o 15 si entiende que con ello se estaría incumpliendo el mandato establecido por estas normas según el cual toda medida de protección del niño debe tener por consideración primordial el interés superior del niño. Alternativa o cumulativamente, el órgano judicial puede argumentar para declinar su competencia que con ello se potencia la economía procesal y la buena administración de justicia pues se trata de supuestos para los que la LAI no establece una ley aplicable y en los que, por lo tanto, no podría llegar a constituirse la adopción.

La solución al segundo problema –el del carácter exorbitante de dos de los foros del art. 22 *quáter* d)– también pasa por recurrir a las normas que instauran el “interés superior del menor” como principio fundamental de esta rama del ordenamiento. La supresión de la referencia a la LOPJ no debe interpretarse como que el legislador ha querido que de no ser competentes de acuerdo con el RB II o el CLH 1996, nuestros tribunales se declaren de oficio incompetentes. Aunque esta interpretación reforzaría el efecto útil del Convenio, ello llevaría a resultados contrarios a este principio. Por lo tanto, el art. 22 *quáter* d) LOPJ debe seguir siendo aplicado por nuestros tribunales, pero con correcciones en aquellos casos en los que la asunción de competencia de acuerdo con un foro presuntamente exorbitante no respondiera al interés superior del menor. En tal caso, nuestros tribunales deberían declinar su competencia pues de lo contrario estarían adoptando una medida –declaración de competencia– incompatible con los art. 2 LOPJM y art. 3 CNY 1989.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 39 ss.
- Álvarez González, S.: “Adopción internacional y sociedad multicultural”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 179 ss.
- Arenas García, R. / González Beilfuss, C.: “La Ley 54/2007 de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *REEI*, vol. 17, 2009, pp. 9 ss.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 35 ss.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007 de 28 diciembre 2007 sobre adopción internacional*, Granada, Comares, 2008.

- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. y Caamiña Domínguez, C.M.: “Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado”, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters, 2011, pp. 505–658.
- Espinar Vicente, J. M.: “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, 2008, nº 18, 16–31, octubre 2008, pp. 1 ss.
- Esplugues Mota, C.: “La nueva ley española de adopción internacional diciembre 2007: ¿una ocasión perdida?”, *RDIPP*, 2008–II, pp. 370 ss.
- Garau Sobrino, F.F., “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 282–289.
- Gómez Campello, E.: “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional, *REEI*, vol. 18, 2009, pp. 17 ss.

Recepción: 29.3.2016
Aceptación: 10.5.2016

NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESTATAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE ADULTOS Y DE MENORES

Carmen VAQUERO LÓPEZ *

SUMARIO: I. Introducción: el alcance de las reformas legislativas julio 2015. II. El nuevo sistema de Derecho internacional privado español en materia de protección de adultos. 1. Las normas de competencia judicial internacional aplicables en materia de capacidad y medidas de protección de las personas mayores o de sus bienes. 2. La nueva norma de conflicto de leyes aplicable a las personas mayores de edad: un nuevo punto de conexión y una posibilidad de adaptación de figuras extranjeras al ordenamiento español. III. La revisión del Derecho internacional privado español de protección de menores a partir de una nueva configuración del principio de “*interés superior del menor*”. 1. Nuevos foros de competencia judicial internacional. 2. La revisión de las soluciones conflictuales. 3. Nuevas normas en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras. IV ¿Era posible otra reforma?

RESUMEN: Las reformas legislativas aprobadas en el mes julio 2015 han supuesto un cambio sustancial del sistema español de Derecho internacional privado que afecta, de manera particular, al régimen de protección de adultos y de menores. Las nuevas disposiciones pretenden lograr una mejor tutela de quienes, por su propia condición, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Con esta finalidad se revisan los foros de competencia judicial internacional, se adoptan nuevas normas de conflicto de leyes y se delimita un concepto jurídico hasta ahora indeterminado, el *interés superior del menor* que, junto al principio de *mayor interés del adulto* que subyace a las nuevas disposiciones, condicionan el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en estos ámbitos. Sin embargo, la falta de coherencia del nuevo sistema compromete la eficacia de estas disposiciones y obliga a reflexionar sobre la necesidad de llevar a cabo *otra* reforma de nuestro Derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: PROTECCIÓN DE ADULTOS – PROTECCIÓN DE MENORES – VULNERABILIDAD – DISPERSIÓN NORMATIVA – INCOHERENCIA.

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad de Valladolid. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2012–35615 sobre “La protección jurídica de las personas con discapacidad: análisis y propuesta de reforma del Derecho español” dirigido por C. Guilar-te Martín–Calero.

ABSTRACT: *New Rules on National Private International Law in matter of Protection of Adults and Minors*

On July 2015, the Spanish legislative has reformed your system of Private International Law. This reform concerns, particularly, the system of protection of adults and children. The news regulations claim to get better protection for those who are in a vulnerable situation because of their own condition. In order to accomplish the expected results the legislative review the rules on jurisdiction, adopt the new conflict of law rules and define the concept of the best interest of the child, a concept that, with the principle of the interest of the adult, determine the recognition and enforcement of foreign judgments. However, the lack of coherence of new system compromise the efficacy of these solutions and obliges to think about the need to make other reform of Spanish system of Private International Law.

KEYWORDS: PROTECTION OF ADULTS – PROTECTION OF CHILDREN – VULNERABILITY – DISPERSAL OF REGULATIONS – INCOHERENCE.

I. Introducción: el alcance de las reformas legislativas julio 2015

El pasado mes julio 2015 el sistema español de Derecho internacional privado (DIPr) fue objeto de una profunda reforma que afectó a prácticamente todas las materias que integran el contenido de nuestra disciplina.

En solo treinta días nuestro legislador revisó el sistema de competencia judicial internacional de la LOPJ¹, modificó las normas de conflicto de leyes del Código Civil aplicables en materia de forma de celebración del matrimonio y de separación judicial y divorcio², dio nueva redacción a las normas de conflicto aplicables en materia de protección de menores e introdujo una nueva disposición para la protección de adultos³, llevó a cabo una profunda reforma de la Ley de Adopción Internacional (LAI)⁴, estableció un nuevo procedimiento en la LEC para la adopción de medidas en materia de sustracción internacional de menores⁵, y promulgó las muy esperadas Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV)⁶ y Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil (LCJIC)⁷.

¹ Arts. 22 a 22 *nonies* LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 22.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/25, <https://aedipr.com/documentos/>.

² Arts. 49 y 107 Cc modificados conforme a la disp. final 1ª Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. BOE 3.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/21, <https://aedipr.com/documentos/>.

³ Arts. 9.4º y 9.6º Cc, modificados por el artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 29.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/28, <https://aedipr.com/documentos/>.

⁴ Art. 3º Ley 26/2015 (*cit.*) y arts. 41 y 42 LJV.

⁵ Arts. 778 *quáter* a 778 *sexies* LEC introducidos por la disp. final 3ª.10 LJV.

⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, *cit.* nota 2.

⁷ Ley 29/2015, de 30 julio 2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil. BOE 31.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/29, <https://aedipr.com/documentos/>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico esta prodigalidad legislativa se explica por la (urgente) necesidad de adaptar nuestro sistema de DIPr a las exigencias del Derecho comunitario y de acercarlo a soluciones de Derecho comparado más atentas a los cambios producidos en nuestra sociedad. Con esta finalidad se han establecido nuevos foros de competencia judicial internacional, en muchos casos reproduciendo las soluciones de los Reglamentos comunitarios promulgados en la materia, lo que lleva a la falta de virtualidad jurídica de las soluciones españolas, condicionadas por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (UE). Del mismo modo, se han promulgado nuevas normas de conflicto de leyes con puntos de conexión que permiten una mejor (más apropiada) localización de los supuestos de hecho, favoreciendo la consecución de objetivos de justicia material. Se han regulado también nuevos (y esperados) procedimientos de reconocimiento y ejecución de documentos públicos y de decisiones judiciales extranjeras sobre la base de un principio favorable al reconocimiento que permite la continuidad jurídica de las relaciones en el espacio inherente a la función del DIPr. Finalmente, se ha articulado un régimen interno de asistencia judicial internacional ajeno al (inapropiado) principio de reciprocidad que inspiraba nuestro anterior sistema.

Todas estas reformas afectan de manera particular al régimen de DIPr español en materia de protección de adultos y de menores, a cuyo análisis dedicaremos las siguientes páginas en un intento de sistematizar las nuevas disposiciones y de ayudar a su aplicación práctica. Efectivamente, la dispersión de las reformas llevadas a cabo, que nos obliga acudir a cinco leyes diferentes, y la falta de coherencia entre las distintas normas promulgadas hacen más difícil la solución por parte de los operadores jurídicos de los asuntos litigiosos que se plantean en estos ámbitos. Es precisamente esta dificultad, que compromete tanto la seguridad jurídica como la eficacia de las nuevas disposiciones, la que nos obliga a cuestionar la bondad de unas reformas que, en la mayor parte de los casos, resultaban absolutamente necesarias.

II. El nuevo sistema de Derecho internacional privado español en materia de protección de adultos

Un nuevo foro de competencia judicial internacional contenido en el art. 22 *quáter* b) de la LOPJ y una nueva norma de conflicto de leyes introducida por el artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que da nueva redacción al párrafo segundo del art. 9.6º Cc, nos permiten hablar de un *nuevo sistema de DIPr español en materia de protección de adultos*.

En este nuevo sistema se protege a las personas mayores por su condición de especial vulnerabilidad⁸, en clara consonancia con las nuevas tendencias de Derecho comparado, orientadas a flexibilizar la tradicional concepción de la protección de adultos –por su falta de capacidad jurídica y de obrar– mediante la adopción de medidas de tutela que no presuponen necesariamente la previa declaración de incapacidad del sujeto. Nuevas tendencias que se recogen en el Convenio de La Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional de adultos⁹, y de las que nuestro legislador ya se había hecho eco con la promulgación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁰. En efecto, a través de esta Ley se introducen en nuestro ordenamiento jurídico nuevas figuras como la autotutela o el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, que permiten mejorar la protección de nuestros mayores, sin necesidad de que hayan sido declarados incapaces, cuando en ellos concurre una situación de dependencia para el ejercicio de las actividades de la vida diaria.

Además, al igual que sucede en el ámbito de la protección de menores, en el nuevo sistema de protección de adultos se observa una clara incidencia de la normativa internacional sobre derechos fundamentales, particularmente de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006¹¹, que obliga a nuestro legislador a actuar sobre la base del respeto del principio de mayor interés del adulto, directamente vinculado a la dignidad de la persona que se encuentre en una situación de dependencia, incapacidad o discapacidad.

Sobre la base de este principio y con el fin de proteger a los adultos por su especial situación de debilidad nuestro legislador ha revisado los foros de competencia de la LOPJ aplicables en esta materia y ha promulgado una nueva norma

⁸ Ampliamente, A. Borrás, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1286–1308. También sobre la necesidad de dotar a los mayores de mecanismos de protección asistencial similares o análogos a los articulados para los menores de edad, *vid.* A. Durán Ayago, “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, *La Ley*, 2004, pp. 443–470.

⁹ En vigor desde el 1 enero 2009, ha sido ratificado por Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Mónaco, Reino Unido, Irlanda, República Checa y Suiza. Sobre este Instrumento, *vid.* P. Lagarde, “La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, pp. 159–179. En particular, sobre el ámbito de aplicación material de este Convenio, dirigido a tutelar a los adultos por su especial situación de vulnerabilidad, *vid.* P. Franzina, “La Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana”, *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 756–764.

¹⁰ BOE 19.11.2003.

¹¹ BOE 21.3.2008.

de conflicto de leyes introduciendo un apartado segundo en el art. 9.6º Cc específicamente referido a las personas mayores de edad.

1. Las normas de competencia judicial internacional aplicables en materia de capacidad y medidas de protección de las personas mayores o de sus bienes

En el nuevo marco establecido por el legislador español para la protección de adultos, el art. 22 *quáter* b) LOPJ atribuye competencia judicial internacional a los tribunales españoles “(e)n materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”.

Se mantiene, por tanto, el mismo y razonable foro de competencia que en el antiguo art. 22.3º LOPJ/1985, sin embargo en el nuevo precepto se modifica el supuesto de hecho de la norma que ya no se refiere a la *incapacitación*. Este término desaparece del texto de todas las leyes de reforma aprobadas en julio de 2015 y se sustituye por la expresión *personas con capacidad modificada judicialmente* tal y como corresponde a un (nuevo) sistema de protección de adultos basado en el complemento de la capacidad, la asistencia y el apoyo, y construido sobre el principio de autonomía individual de la persona mayor y la preservación máxima de su capacidad jurídica. Por otra parte, el supuesto de hecho del nuevo art. 22 *quáter* b) LOPJ conserva su formulación amplia permitiendo subsumir en el ámbito de aplicación material de la norma todas las posibles formas de protección de los adultos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

Resulta igualmente apropiado que nuestro legislador mantenga, como en la solución de 1985, idénticos foros de competencia judicial internacional para decidir la falta de capacidad de una persona y las medidas que deben adoptarse para su protección o la de sus bienes, pues habitualmente éstas suelen adoptarse en el mismo procedimiento que en el que se decide aquélla. Por la misma razón debe valorarse positivamente el hecho de que el art. 9 LJV remita a las normas de competencia judicial internacional de la LOPJ la determinación de la competencia de nuestros tribunales para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria afectados por un elemento de internacionalidad.

Merece también una valoración positiva la norma del art. 22 *sexies* LOPJ que, como el antiguo art. 22.3º LOPJ/1985, mantiene la competencia de los tribunales españoles para la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o de bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España, dado el carácter urgente que necesariamente revisten estas medidas.

Más discutible parece la aplicación, en la materia que nos ocupa, de la solución del art. 22 *ter* 4 LOPJ en cuya virtud se permite a las partes derogar la com-

petencia de los tribunales españoles mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero (*derogatio fori*). Conforme a lo dispuesto en este precepto, en ausencia de norma institucional o convencional el tribunal español inicialmente competente deberá suspender el procedimiento y solo podrá conocer del asunto subsidiariamente, si los tribunales extranjeros designados en el acuerdo de elección de foro hubieran declinado su competencia. Esta solución viene a colmar una importante laguna de nuestro ordenamiento jurídico y resulta particularmente interesante en el ámbito del comercio internacional, sin embargo, no se compadece con la función protectora que se persigue con el foro especial del art. 22 *quáter* b) LOPJ. En general, debe lamentarse que nuestro legislador no haya limitado el alcance de la *derogatio fori* en todos aquellos litigios sometidos a un foro de protección en los que existe una *parte débil* especialmente necesitada de tutela¹².

Por el contrario, más compatible con la finalidad tuitiva de las nuevas disposiciones en materia de protección adultos puede llegar a ser –si nuestro país ratifica el Convenio de La Haya de 2000 anteriormente referido– la nueva previsión del párrafo segundo del art. 22 *octies* 3 LOPJ. Este precepto permite a los tribunales españoles conocer de un asunto ante una eventual declinación de la competencia por parte de los tribunales de otros Estados conectados con el supuesto litigioso cuando existe una vinculación del mismo con nuestro país. Con carácter general, la buena administración de justicia y el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva que pretende alcanzar el legislador español con la reforma de la LOPJ justifican la adopción de este *foro de necesidad*. Pero además, en el ámbito de la protección de adultos, este nuevo foro de competencia judicial internacional permitiría a nuestros tribunales conocer de aquellos casos en los que un tribunal, al amparo de lo dispuesto en el art. 8 del Convenio de referencia, decline su competencia a favor de nuestros tribunales cuando exista una especial vinculación con el territorio español, por ejemplo cuando el adulto ostente la nacionalidad española o tenga bienes situados en nuestro territorio¹³.

¹² Límite apuntado por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 110.

¹³ Sobre esta forma de “transferencia de competencia”, *vid.* D.J. Vicente Blanco, “La protección de los adultos en el Derecho internacional privado codificado por la Conferencia de La Haya: el Convenio de 13 enero 2000 y sus soluciones”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, nº 8, 2011, pp. 11 y 12. Para P. Franzina este mecanismo “encarna una flexibilidad orientada a la satisfacción del objetivo material del Convenio, la realización del mejor interés del adulto”, pero además, al admitir la posibilidad de transferir la competencia a las autoridades del Estado escogidas por el adulto para adoptar medidas relativas a su protección, el Convenio, sin consentir una verdadera prorrogación voluntaria de la competencia, “reafirma el valor de la autodeterminación del interesado y facilita, también en el ámbito de la competencia, la planificación de los acontecimientos posteriores a una pérdida de autonomía”; *vid.* “La Convenzione

2. *La nueva norma de conflicto de leyes aplicable a las personas mayores de edad: un nuevo punto de conexión y una posibilidad de adaptación de figuras extranjeras al ordenamiento español*

Desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable a la protección de adultos debe destacarse la modificación del art. 9.6º Cc llevada a cabo por el artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio. El nuevo precepto introduce, en su párrafo segundo, una norma de conflicto de leyes específica para la “*protección de las personas mayores de edad*” que estarán sometidas a la ley de su residencia habitual, a salvo las medidas provisionales o urgentes para su protección, que se adoptarán conforme a lo establecido en la ley española.

Esta solución, que lamentablemente no se ha visto acompañada de una revisión del art. 9.1º Cc en el que se mantiene la conexión *nacionalidad* en materia de estatuto personal, permite alcanzar una perfecta identidad entre *forum* y *ius*, que no podía lograrse al amparo de lo dispuesto en el antiguo art. 9.6º Cc, y responde a los principios de proximidad y de *mayor interés del adulto* que informan el nuevo sistema de protección de mayores¹⁴. Sin embargo, el precepto no permite, ni siquiera de forma limitada, el ejercicio de la autonomía conflictual impidiendo extender al ámbito del DIPr la misma autonomía de la voluntad (material) que los arts. 223, 224 y 234 Cc reconocen a los adultos para adoptar cualquier disposición sobre su propia persona o sus bienes en previsión de su futura incapacidad¹⁵.

El nuevo precepto del Cc soluciona también un eventual problema de conflicto móvil para el supuesto de cambio de residencia habitual del adulto declarando aplicable la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. A estos efectos debe tenerse en cuenta que nuestro legislador no ha previsto un procedimiento especial para el reconocimiento de las medidas de protección adoptadas a

dell’Aja...”, *loc. cit.*, pp. 780–781.

¹⁴ Téngase en cuenta que a pesar de que el legislador español en algunos momentos se refiere indistintamente al “interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente” (cf. art. 60 LJV), el único *interés superior* es el del menor, mientras que al adulto se le reconoce solamente un *mejor interés*.

¹⁵ Una posibilidad que sí reconoce en cambio el art. 15 Convenio de La Haya sobre protección internacional de los adultos, de 3 enero 2000. En general, sobre estos “límites de proximidad a la autonomía conflictual”, que operan reduciendo la elección de ley a “conexiones objetivas que presentan un grado de vinculación personal y social del individuo”, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, p. 217. También, P. Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, p. 430.

favor de un adulto en otro Estado, por lo que serán de aplicación las soluciones generales de los arts. 41 ss LCJIC y de los arts. 11 y 12 LJV. No obstante, del mismo modo que en las resoluciones que afecten a menores la compatibilidad de una decisión extranjera con nuestro orden público deberá “valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor”¹⁶, en los procesos en los que esté implicado un adulto deberá tenerse en cuenta su “mejor interés” para aplicar la excepción de orden público y deberá denegarse el reconocimiento de una decisión extranjera sobre esta materia si la medida de protección hubiera sido adoptada en el marco de un proceso en el que no se hubiera dado al adulto la posibilidad de ser oído¹⁷.

Por otra parte, en materia de protección de adultos (también para la protección de menores) resulta particularmente interesante la posibilidad introducida por los arts. 44.4º y 61 LCJIC de *adaptar* una resolución o un documento extranjero que contenga una medida desconocida en nuestro ordenamiento jurídico a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Sin duda estas nuevas disposiciones permitirán el reconocimiento en nuestro país de instituciones como el *trust* anglosajón constituido en beneficio de menores y de personas con discapacidad, cuya función puede asimilarse a la figura del patrimonio especialmente protegido que se regula en el ordenamiento jurídico español¹⁸. Esta adaptación puede también cumplir, por lo tanto, una función materialmente orientada a proteger a las personas mayores que se corresponde con el principio de “*mayor interés del adulto*”.

III. La revisión del Derecho internacional privado español de protección de menores a partir de una nueva configuración del principio de “*interés superior del menor*”

El legislador español, a través de las leyes promulgadas en el mes julio 2015, ha modificado también el régimen de protección de menores en el ámbito del DIPr, un régimen que limita y condiciona –tanto en el ámbito de la competencia

¹⁶“(P)udiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequátur que si la resolución afecta a menores de edad y se hubiere dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento de España, no cabrá el exequátur”. Cf. ap. VIII del Preámbulo de la Ley.

¹⁷ Una causa de denegación del reconocimiento de la decisión que expresamente recoge el art. 22.2º.b) Convenio de La Haya sobre protección internacional de los adultos, de 13 enero 2000.

¹⁸Sobre las analogías, funcionales y estructurales, entre el patrimonio especialmente protegido creado por la Ley 41/2003 y el *trust* anglosajón, *vid.* S. Martín Santiesteban, “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al *trust*?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 612, 2004, pp. 1–6.

judicial internacional como en el de la ley aplicable— la aplicación de las reglas específicas sobre filiación y patria potestad, lo que justifica que tratemos también en esta sede las disposiciones de las nuevas leyes que afectan a ambas instituciones.

El nuevo sistema español de protección de menores se ha visto particularmente afectado por la nueva configuración del principio de *interés superior del menor*, un principio que informa todas las disposiciones adoptadas en este ámbito por mandato de la normativa internacional sobre derechos fundamentales¹⁹. Es comúnmente aceptado por la doctrina que, en tanto que principio informador de este sector de nuestro ordenamiento jurídico, la puesta en práctica del *interés superior del menor* no puede prescindir de cierta flexibilidad en su concreción²⁰, de manera que deberán ser los jueces quienes, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, delimiten su alcance²¹. Precisamente, con la finalidad de favorecer la delimitación de este concepto jurídico indeterminado, el artículo primero número dos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia —que desarrolla el mandato constitucional del art. 39 de nuestra Constitución para la protección social, económica y jurídica de la familia— ha modificado el contenido del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LPJM). En el nuevo precepto el *interés superior del menor* se configura como un *derecho sustantivo*²², no solo como un principio general de carácter interpretativo, a través de una fórmula en la que se especifican detalladamente los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar su aplicación al caso concreto y los elementos que deben ponderarse a tales efectos²³.

Sin duda el art. 2 LPJM servirá para evitar situaciones como las que dieron lugar a la reciente decisión de nuestro Tribunal Constitucional²⁴, en la que se resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial

¹⁹ Vid. A. Borrás: “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *RJC*, vol. 93, nº 4, 1994, pp. 915–967.

²⁰ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional...*, op. cit., p. 347.

²¹ Sin adoptar decisiones que traduzcan manifestaciones de la particularidad cultural o social de una determinada comunidad nacional, como denuncia E. Pérez Vera. Vid. “El derecho de protección de los menores”, *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1309.

²² Cf. ap. II del Preámbulo de la Ley.

²³ A través de la (extensa) redacción del art. 2 LPJM, el legislador español introduce en nuestro ordenamiento jurídico la triple dimensión del *interés superior del menor* —como derecho, como principio de interpretación y como norma de procedimiento— que tiene según el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas; vid. la Observación General nº 14, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 febrero 2013) CRC/C/GC/14.

²⁴ STC 16/2016, de 1 febrero 2016 (BOE 7.3.2016).

efectiva en el marco de un proceso de restitución de un menor como consecuencia de un traslado ilícito en el que la dilación del proceso tuvo como consecuencia una modificación de las circunstancias del menor que no fueron consideradas por el juez de instancia, desatendiendo su *interés superior*. Con buen criterio, nuestro Alto Tribunal sentencia que la *lamentable* dilación del procedimiento tendente a la restitución

“... no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio (...). En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual”;

circunstancias a las que expresamente se refiere el nuevo art. 2 LPJM.

Sin embargo este precepto no servirá para solucionar otro de los principales problemas que plantea la protección del menor en el ámbito internacional, la determinación de la filiación de quienes han sido gestados por sustitución fuera de nuestras fronteras al amparo de un ordenamiento jurídico que permite esta forma de reproducción asistida prohibida en nuestro país.

La Conferencia de La Haya ya ha señalado que los avances en este campo deben centrarse, en primer lugar, en el ámbito del reconocimiento²⁵, donde el principio de *interés superior del menor* cumple una *función catalizadora* del contenido del orden público. Pero quienes defendemos una solución directamente material –y no materialmente orientada– de este problema²⁶, entendemos que el nuevo art. 2 LPJM no es suficiente. Es necesaria una regulación de los contratos de gestación subrogada que no obligue a la determinación de la filiación por el parto y que permita reconocer una *filiación intencional*²⁷, basada en la conexión entre procreación y libre desarrollo de la personalidad.

²⁵ Vid. Rapport de la réunion de février 2016 du Groupe d’experts relatif au Projet filiation/maternité de substitution. Doc. Prél. n° 3. <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>. Es también la propuesta de H. Fulchiron: “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international?”, *Journ. dr. int.*, 2014, n° 2, pp. 580–587 y de M. Engel: “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?”, *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Amberes, Intersentia, 2014, pp. 1–22.

²⁶ Vid. C. Vaquero López, “La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, en J. Soroeta Licerias (dir.), *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho internacional para su protección. XVII Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 291–332.

²⁷ A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, p. 274.

Más allá de este particular problema del tráfico jurídico internacional de nuestros días, veamos cuáles han sido las reformas del DIPr de menores y en qué medida las nuevas soluciones garantizan el “*interés superior del menor*”.

1. Nuevos foros de competencia judicial internacional

La minuciosa delimitación del principio de *interés superior del menor* que lleva a cabo el nuevo art. 2 LPJM no se compadece con la (desafortunada) regulación de los foros de competencia judicial internacional en materia de protección de menores.

Por un lado, porque el nuevo art. 22 *quáter* d) LOPJ se refiere conjuntamente a la filiación, las relaciones paterno-filiales, la protección de menores y la responsabilidad parental, sin tener en cuenta que, aunque se trata de materias estrechamente relacionadas regulan cuestiones diferentes y han sido objeto de distinto tratamiento en el ámbito del Derecho convencional y comunitario.

Efectivamente, en materia de *filiación* y de *relaciones paternofiliales* no existen convenios internacionales ni disposiciones de Derecho comunitario que permitan identificar el tribunal internacionalmente competente, de manera que la competencia judicial internacional de nuestros tribunales deberá determinarse conforme a las soluciones de Derecho interno español. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad parental la primacía del Reglamento (CE) n° 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, “Bruselas II bis” (RB II bis), y la superioridad jerárquica del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, confieren a la solución de la LOPJ un carácter absolutamente residual. Lo mismo sucede en materia de *protección de menores* pero además, en este ámbito, sorprende que la solución del art. 22 *quáter* d) LOPJ no se corresponda con la nueva redacción del art. 32 LAI conforme a la cual la competencia para la constitución de las medidas de protección del menor se determinará por remisión directa al Reglamento comunitario y al Convenio de La Haya antes referidos²⁸.

Desde otro punto de vista debe lamentarse que nuestro legislador persista en su error y no corrija la redacción del antiguo art. 22.3° LOPJ 1985 tantas veces denunciada por la doctrina²⁹. Al mantener la conjunción disyuntiva “o” entre los

²⁸ Vid. apartado treinta del artículo tercero de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

²⁹ J.C. Fernández y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, op. cit., pp. 436–437.

distintos foros y atribuir la competencia judicial internacional a nuestros tribunales “cuando el hijo o el menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España”, continúa extendiéndose de manera injustificada la competencia de los tribunales españoles en las acciones interpuestas por los progenitores. Olvida también nuestro legislador que manteniendo este foro de competencia exorbitante en materia de filiación se limita la operatividad del foro de accesoriedad del art. 3.c) del Reglamento (CE) nº 4/2009, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, “Bruselas III” (RB III). En virtud de este precepto se permite a las partes acumular la acción de alimentos y la acción relativa al estado de las personas “*salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes*”, lo que particularmente sucede si entra en juego el foro de la nacionalidad del actor que en materia de filiación mantiene el art. 22 *quáter* d) LOPJ.

Por otro lado, la revisión de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) por el artículo tercero de la Ley 26/2015 no parece facilitar la solución de los problemas que plantea la filiación adoptiva, comprometiendo el principio de “*interés superior del menor*”.

El primer problema puede plantearse con la modificación del art. 1 LAI por el que se introduce un nuevo concepto de adopción internacional. Conforme a la nueva solución se entiende por adopción internacional “aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción es España”. Sin embargo este nuevo concepto, que se condice con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, sólo será de aplicación a los efectos del Título I LAI sin que pueda extenderse a las disposiciones de DIPr. aplicables en materia de adopción internacional y otras medidas de protección de menores.

En segundo lugar llama la atención que el legislador no revise los foros exorbitantes del art. 14 LAI manteniendo la competencia de nuestros tribunales cuando el adoptando o el adoptante sean españoles o residan habitualmente en España, lo que favorece la constitución de adopciones claudicantes³⁰.

³⁰ Sobre este riesgo de *inestabilidad* de las adopciones constituidas al amparo del ordenamiento español, Vid. M. Herranz Ballesteros, “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objeti-

Pero lo que sobre todo sorprende es que cuando se modifica la rúbrica del art. 15 LAI, referido ahora a la “competencia judicial internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción no plena en supuestos internacionales”, no solo no se revisen los criterios de competencia judicial internacional y se mantenga la competencia de las autoridades españolas, que no han podido constituir una adopción simple, sino que no se tenga en cuenta lo dispuesto en el nuevo art. 42 LJV. De conformidad con lo establecido en este precepto los tribunales españoles serán competentes para conocer del mismo supuesto de hecho que regula el art. 15 LAI si el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción, o si ha sido o va a ser trasladado a nuestro país con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual, o si el adoptante tiene la nacionalidad española o reside habitualmente en territorio español. En consecuencia, para un mismo supuesto de hecho los operadores jurídicos se encuentran con dos disposiciones distintas contenidas en dos leyes diferentes, ambas de carácter especial. La inseguridad jurídica que ello provoca compromete sin ninguna duda el *interés superior del menor* y pone en causa la bondad de la reforma en este ámbito.

2. La revisión de la soluciones conflictuales

Desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable en materia de protección de menores merece una valoración positiva la nueva solución del art. 9.6º Cc que declara aplicable las disposiciones del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, cuyo carácter universal (art. 20) ya había desplazado a las disposiciones de Derecho interno español, tanto para los conflictos de leyes interregionales como internacionales, dejándolas vacías de contenido. Con la misma finalidad el apartado treinta y uno del artículo tercero de la Ley 26/2015, de 28 de julio, da nueva redacción al art. 33 LAI y en su virtud la determinación de la ley aplicable a otras medidas de protección de menores deberá realizarse mediante una remisión directa a las disposiciones de origen internacional, en particular, las del Convenio de la Haya de 1996.

También acertada nos parece la solución establecida para la determinación de ley aplicable a la filiación por naturaleza en el nuevo art. 9.4º Cc. El precepto modifica el supuesto de hecho de la norma, antes referido “(a)l carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paternofiliales” y, más preciso, se refiere a la *determinación* de la filiación, esto es, al establecimiento

vo a cualquier precio en materia de adopción internacional?”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 487–510.

del vínculo y a su *carácter*, así como al *ejercicio de la responsabilidad parental*. Pero la mejora de la norma se deja sentir principalmente en la modificación de los distintos puntos de conexión.

En primer lugar, porque se sustituye la conexión *nacionalidad* por la de *residencia habitual* del hijo, una conexión que refleja mejor el medio familiar y socioeconómico en el que se desenvuelve la persona y que se corresponde con las tendencias de Derecho convencional y comparado³¹. En segundo lugar, porque se concreta el momento en el que habrá de apreciarse la residencia habitual del hijo, evitando de este modo eventuales problemas de conflicto móvil. Finalmente, en tercer lugar, la nueva solución supone una importante mejora en el sistema de protección de menores porque se articulan varios puntos de conexión subsidiarios materialmente orientados a determinar la filiación. En efecto, la ley de la residencia habitual del hijo y en su defecto la ley española, se aplicarán no solo cuando la conexión precedente no pueda identificarse sino también cuando la ley a la que conduzca dicha conexión no permita determinar la filiación. No obstante, no debe olvidarse que la ley material española no reconoce determinadas formas de filiación, como la derivada de la gestación por sustitución, por lo que tampoco este cambio conflictual servirá para solucionar este problema.

Desde otro punto de vista, el nuevo art. 9.4º Cc supone una mejora en la forma de determinación de la ley aplicable al *contenido de la filiación y el ejercicio de la responsabilidad parental*, pues contiene una remisión directa a las soluciones del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 (arts. 16 a 21), cuyo carácter universal ya había dejado vacío de contenido el antiguo art. 9.4º Cc.

Menos satisfactoria nos parece la solución aplicable en materia de filiación adoptiva. Por un lado porque se mantiene la posibilidad de que los cónsules puedan constituir una adopción internacional, aunque el nuevo art. 17 LAI solamente permite la adopción *consular* en aquellos casos en los que no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública –cuando concurren las circunstancias 1ª, 2ª y 3ª del art. 176.2º Cc–, evitando de este modo que el cónsul tenga que hacer las veces de dicha Entidad. Por otro lado porque al suprimirse la división por secciones del Capítulo II del Título II y el art. 21 LAI se genera una importante laguna legal. Efectivamente, al mantener la solución del art. 18 LAI y el mandato de aplicación unilateral de la ley española “cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción o

³¹ En general, sobre la utilización de los criterios de nacionalidad y residencia habitual para determinar la ley aplicable a las instituciones propias del estatuto personal, *vid.* A. Rodríguez Benot: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2010, pp. 186–202.

cuando haya sido o vaya a ser trasladado a nuestro país con el fin de fijar aquí su residencia habitual”, no se resuelve la cuestión de la ley aplicable a la adopción internacional cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España y no haya sido o no vaya a ser trasladado a nuestro país con la intención de fijar aquí su residencia. A este respecto debemos indicar que si el nuevo ámbito de aplicación material de la LAI se hubiera extendido a las disposiciones de DIPr no se plantearía esta laguna, lo que de nuevo pone de manifiesto la grave falta de coherencia de las reformas julio 2015.

3. Nuevas normas en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras

Finalmente, las reformas llevadas a cabo por nuestro legislador afectarán también al reconocimiento en nuestro país de las decisiones extranjeras adoptadas en materia de protección de menores.

En este ámbito debemos destacar, en primer lugar, la introducción de una nueva DF 22ª en la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, “Bruselas II bis” (RB II bis). No obstante, teniendo en cuenta que las disposiciones de este Instrumento entraron en vigor el 1 marzo 2005 y que las medidas para su aplicación han sido adoptadas diez años más tarde, no podemos dejar de lamentar la desidia de nuestro legislador para dar cumplimiento al mandato de disposiciones de Derecho comunitario.

En segundo lugar, el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de protección de menores se verá afectado por las nuevas disposiciones de los arts. 41 ss LCJIC ya mencionadas que si bien no establecen un régimen específico en esta materia sí obligan a la consideración del *interés superior del menor* como principio que debe modular la aplicación de la excepción de orden público³², y como norma de procedimiento que requiere el respeto de determinadas garantías procesales estrictas. Del mismo modo, las soluciones de los arts. 11 y 12 LJV serán aplicables para el reconocimiento de los documentos públicos y las decisiones judiciales extranjeras adoptadas en materia de protección de menores, siempre bajo el tamiz del *interés superior del menor* por mandato de lo dispuesto en el art. 2 LPJM. A este respecto debemos indicar que, en la medida en que nuestro legislador mantiene el control de ley aplicada para el reconocimiento de

³² En el mismo sentido, *vid.* STJUE 19 noviembre 2015, as. C-455/15 PPU: P. y Q., comentada por S. Álvarez González, “Traslado ilícito de menores, competencia judicial y orden público”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, 2016, pp. 1-10.

documentos públicos extranjeros (DA 3ª LJV), el reconocimiento en España de los certificados de nacimiento de menores gestados por sustitución fuera de nuestro país seguirá denegándose cuando la ley material aplicable a la determinación de la filiación del menor sea la ley española, por lo que insistimos en la necesidad de llevar a cabo una reforma de Derecho material.

En tercer lugar, hemos de detenernos en la DF 3ª.10 LJV que introduce un nuevo Capítulo IV bis en la LEC sobre “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” (arts. 778 *quáter* a 778 *sexies*). La nueva regulación mejora sensiblemente la llevada a cabo en 1996, cuando se articuló un procedimiento específico para adoptar las medidas pertinentes en supuestos de sustracción internacional de menores a través de los arts. 1.901 a 1.918 LEC cuya vigencia se mantuvo tras la Ley 1/2000, de 7 de enero (DF 19ª LPJM). Es cierto que lamentablemente, como en la regulación que ahora se deroga (DD única LJV), se limita el ámbito de aplicación de este procedimiento especial a los supuestos en los que sea aplicable un Convenio internacional o un Instrumento de Derecho comunitario³³. De este modo, en ausencia de un cauce de cooperación judicial convencional o institucional, quien solicite la restitución del menor ante los tribunales españoles deberá hacerlo en el marco de un procedimiento sin el carácter urgente y preferencial que reviste el procedimiento especial de restitución de menores³⁴. Sin embargo, se introducen mejoras sustanciales, particularmente, en relación con la regulación del recurso de apelación, pues frente a la solución del antiguo art. 1.908 LEC que únicamente admitía el recurso de apelación en un solo efecto (devolutivo), el nuevo art. 778 *quinquies* LEC, en su ap. 11, permite un recurso de apelación con efectos suspensivos que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días. Se favorece así una mejor protección del derecho a la tutela judicial efectiva del requirente y del requerido sin perjudicar el *interés superior del menor*, que queda garantizado por su inmovilidad y la rapidez en la solución judicial³⁵.

³³ Vid. E. Rodríguez Pineau: “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”, *La Ley*, nº 1, 2000, pp. 1753–1754. En el mismo sentido, Vid. S. Calaza López: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *La Ley*, nº 8564, 2015, p. 2.

³⁴ Insiste en la urgencia de este procedimiento la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores https://www.fiscal.es/fiscal/PA_Web/App_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14.

³⁵ Vid. E. Rodríguez Pineau, “Sustracción internacional...”, *loc. cit.*, pp. 6–7 y 15 y S. Álvarez González en “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002, p. 62. Considera también que se trata de una solución adecuada, M. Herranz Ballesteros en “La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002”, *Revista de Derecho Privado*, nº 86, 2002, p. 767.

Finalmente, debemos considerar las modificaciones introducidas en relación con los requisitos que deben reunir las adopciones constituidas por autoridades extranjeras (art. 26.1º LAI) o las decisiones relativas a instituciones de protección de menores acordadas por autoridades extranjeras (art. 34 LAI) para ser reconocidas en España. Las nuevas soluciones merecen una valoración globalmente positiva, por un lado, porque ya no se exige un control, carente de sentido, de la competencia de la autoridad extranjera conforme a su propio Derecho, sino que solo se requiere que el supuesto presente *vínculos razonables* con el Estado extranjero cuyas autoridades han constituido la adopción (art. 26.1.1º LAI) o la institución de protección del menor de que se trate (art. 34.1.2º LAI), evitando que la situación jurídica constituida en el extranjero responda a un foro exorbitante según los criterios de proximidad del sistema español. Por otro lado, debe alabarse que se haya suprimido el atípico control de la ley aplicada que se exigía en el sistema anterior y se exija un control de compatibilidad con nuestro orden público que habrá de llevarse a cabo bajo el prisma del “*interés superior del menor*” (arts. 26.1.2º y 34.1.3º LAI).

VI. ¿Era posible otra reforma?

La profusión de normas convencionales e institucionales promulgadas en los últimos años en materia de protección de adultos y de menores obligaba a una revisión del DIPr español. En muchos aspectos nuestro legislador ha mejorado sensiblemente las soluciones de fuente interna vigentes hasta el momento de la reforma, orientando materialmente las normas hacia la satisfacción de los intereses de los menores y de los adultos. Pero su insistencia en llevar a cabo sucesivas reformas parciales y la falta de consideración de sus propias previsiones legales comprometen la bondad de la reforma y atentan contra la seguridad jurídica.

No era éste el sistema de Derecho internacional privado que queríamos para el siglo XXI³⁶. Un sistema disperso, incoherente y laberíntico, que hace muy difícil su comprensión y su aplicación por los operadores jurídicos. Frente a esta forma de codificación de las normas estatales de Derecho internacional privado, el profesor J.D. González Campos planteaba ya hace quince años la adopción de una “Ley general de Derecho internacional privado” que permitiría superar la fragmentación o dispersión normativa que caracteriza nuestro sistema, conocer mejor las relaciones entre las distintas normas, asegurando su coherencia interna

³⁶ Parafraseando a F.F. Garau Sobrino, “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 140–158.

y facilitando su aplicación, y alcanzar un mayor grado de certeza y de previsibilidad en la solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional³⁷.

Quizás una solución en este sentido habría permitido a nuestro legislador tener una visión global del sistema español de DIPr que, por ejemplo, evitara una consideración de la prueba del Derecho extranjero como un asunto estrictamente procesal y permitiera una regulación de esta cuestión materialmente orientada a satisfacer los mismos intereses que persiguen normas de conflicto de leyes como las adoptadas para la protección de adultos y de menores.

Efectivamente, conforme a lo dispuesto en el art. 33.3º LCJIC “(c)on carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Más allá del tenor literal del precepto, que comienza con una inexactitud pues son muchas las decisiones judiciales sobre la falta de prueba del Derecho extranjero que desmienten el carácter *excepcional* de este problema³⁸, y que olvida que además de la *vigencia* y el *contenido* del Derecho extranjero es necesaria una prueba de su interpretación y aplicabilidad al caso, la solución de este problema no nos convence. Al menos en un ámbito como el que nos ocupa, preferimos un modelo de aplicación de oficio del Derecho extranjero que, entre otras consecuencias, tendría la virtud de garantizar el efecto útil de las (cada vez más numerosas) normas de conflicto de leyes comunitarias que llevan a la aplicación de un Derecho que no es el nuestro³⁹, pero sobre todo que no comprometería la eficacia de las nuevas disposiciones materialmente orientadas a proteger a los adultos y a los menores.

En definitiva, entendemos que era necesaria una reforma de nuestro DIPr que hubiera seguido un “razonamiento basado en la coherencia” que facilitara a los operadores jurídicos la aplicación de las normas⁴⁰. De este modo, se garantizaría la seguridad jurídica y se contribuiría a una justicia material del resultado de

³⁷ Vid. J.D. González Campos, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. LII-2, 2002, pp. 351 ss.

³⁸ Vid. L. Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483-503.

³⁹ Vid. P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, Madrid, *La Ley*, 2011. <<http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>>

⁴⁰ Conforme al cual la toma de decisiones jurídicas se lleva a cabo a través de “un proceso mediante el cual los decisores reconstruyen la representación mental del problema a resolver y convierten un problema de decisión difícil en uno fácil”; vid. A. Amaya, “La coherencia en el derecho”, *DOXA*, nº 35, 2012, p. 68.

todo punto deseable cuando están en juego los *intereses* de las personas que necesitan una especial protección de nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002, pp. 41–64.
- : “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.
- : “Traslado ilícito de menores, competencia judicial y orden público”, *La Ley Unión Europea*, nº 33, 2016, pp. 1–10.
- Amaya, A.: “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 35, 2012, pp. 59–90.
- Borrás, A.: “El ‘interés del menor’ como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *RJC*, vol. 93, nº 4, 1994, pp. 915–967.
- : “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1286–1308.
- Calaza López, S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *La Ley*, nº 8564, 2015, pp. 1–12.
- Carballo Piñeiro, L.: “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503.
- Durán Ayago, A.: “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, *La Ley*, 2004, pp. 443–470.
- : “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265–308.
- Engel, M.: “Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?”, *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Bélgica, Intersentia, 2014, pp. 1–22.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015.
- Franzina, P.: “La Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana”, *Riv. dir. int.*, nº 3, 2015, pp. 748–814.
- Fulchiron, H.: “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?”, *Journ. dr. int.*, nº 2, 2014, pp. 563–588.
- Gannagé, P.: “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, nº 3, pp. 425–433.
- Garau Sobrino, F.F.: “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 140–158.
- González Campos, J.D.: “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, vol. 52, nº 2, 2002, pp. 351–370.

- González Martín, N.: “Sustracción internacional parental de menores. Dos casos para la reflexión. México (amparo directo en revisión) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *REEI*, nº 29, 2015, pp. 1–37.
- Herranz Ballesteros, M.: “La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002”, *Revista de Derecho Privado*, nº 86, 2002, pp. 754–770.
- : “La búsqueda de la armonía internacional de soluciones: ¿un objetivo a cualquier precio en materia de adopción internacional?” en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 487–510.
- Lagarde, P.: “La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale de adultes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 2, 2000, pp. 159–179.
- Lázaro González, I. E.: “El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, nº 114, 2016, pp. 18–26.
- Martín Santiesteban, S.: “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 612, 2004, pp.1–6.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, Madrid, *La Ley*, 2011. <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>.
- Pérez Vera, E.: “El derecho de protección de los menores”, *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp.1299–1322.
- Rodríguez Benot, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2010, pp. 186–202.
- Rodríguez Pineau, E.: “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”, *La Ley*, nº 1, 2000, pp. 1749–1758.
- Sánchez Lorenzo, S.: “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 207–230.
- Vaquero López, C.: “La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, en J. Soroeta Liceras (dir.): *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho internacional para su protección. XVII Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 291–332.
- Vicente Blanco, J. D.: “La protección de los adultos en el Derecho internacional privado codificado por la Conferencia de La Haya: el Convenio de 13 enero 2000 y sus soluciones”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, nº 8, 2011, pp. 1–23.

Recepción: 4.4.2016

Aceptación: 6.6.2016

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Antonia DURÁN AYAGO *

SUMARIO: I. Contexto de la reforma. II. Abriendo nuevas vías de protección; encorsetando el interés superior del menor. Buena voluntad frente a eficacia. 1. A vueltas con el interés superior del menor. 2. Menores extranjeros no acompañados. 3. Protección de menores españoles en el extranjero. III. Afán reformista en el art. 9 Cc y la introducción de un nuevo supuesto de doble nacionalidad en el art. 19 Cc. 1. Modificación de los aps. 4º, 6º y 7º del art. 9 Cc. 2. Doble nacionalidad en el art. 19 Cc. 3. Cambios más relevantes en la normativa interna de adopción. IV. Alcance de la reforma de la Ley de Adopción internacional. 1. Análisis del contexto en que se ha producido la reforma. Balance de la vida de la Ley 54/2007. 2. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley 3. Reparto de competencias 4. Alcance de la reforma en las normas de Derecho internacional privado: A) Cambios en competencia judicial internacional; B) Cambios en Derecho aplicable; C) Cambios en los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras; D) Otras medidas de protección internacional de menores. V. Consideraciones finales.

RESUMEN: La reforma del sistema de protección de menores que ha traído consigo la Ley 26/2015 junto con la Ley Orgánica 8/2015 ha sido profunda y ambiciosa. Desde la perspectiva internacional, sus principales consecuencias se encuentran en la nueva redacción de los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 Cc y sobre todo en la extensa modificación de la Ley de Adopción internacional. Tan intensa ha sido la reforma que podemos decir que nos encontramos ante una nueva Ley de Adopción internacional. En este trabajo pretendemos analizar desde una perspectiva realista y crítica el alcance de las reformas y las inconsistencias que introducen en el sistema algunas de ellas.

PALABRAS CLAVE: PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS – ADOPCIÓN INTERNACIONAL – FILIACIÓN NATURAL.

ABSTRACT: *International Aspects of the Reform of the System of Child Protection. Special Reference to International Adoption*

The reform of child protection system that has brought the Law 26/2015 with the Organic Law 8/2015 has been profound and ambitious. From an international perspective, its main consequences are in the new wording of paragraphs 4, 6 and 7 of Article 9 Cc and especially in the extensive modification

of the International Adoption Act. So intense has been the reform we can say that we are facing a new Act on International Adoption. In this work we try to analyze from a realistic and critical perspective the scope of the reforms and the inconsistencies that introduce in the system some of them.

KEYWORDS: INTERNATIONAL CHILD PROTECTION – FOREIGN UNACCOMPANIED CHILDREN – INTERNATIONAL ADOPTION – BIOLOGICAL PARENTAGE.

I. Contexto de la reforma

1. El final de la pasada legislatura estuvo caracterizado por una eclosión normativa a todos los niveles que afectó también y de modo significativo al sistema autónomo de Derecho internacional privado español. Las dudas sobre las bondades de las reformas habidas son muchas. En algunas de ellas porque el legislador da muestras evidentes de no haber comprendido a estas alturas qué significa que el sistema español de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) esté conformado por normas de distinto origen (institucional o europeo, convencional e interno), y se afane por modificar un sistema de competencia judicial internacional que en buena parte ha quedado ya desplazado por las normas de origen europeo¹. En otras por haber sido poco ambicioso, habiendo desaprovechado la oportunidad de resolver problemas, como el relativo a la inscripción en el Registro Civil español de los hijos de españoles nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución². Y en muchas otras se aprecian incoherencias y difícil coexistencia como, por citar sólo un ejemplo, la distinta regulación que se propone sobre la conversión de la adopción simple en plena en dos textos legislativos diferentes, haciendo recaer sobre el operador jurídico la tarea de dirimir cuál de ellos debe prevalecer en su caso³.

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

¹ LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 22.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/25, <https://aedipr.com/documentos/>.

² Se estuvo a punto de hacerlo, modificando el art. 44 Ley 20/2011, del Registro Civil, aunque finalmente el Partido Popular retiró la enmienda que el propio partido había planteado en este sentido, y la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se publicó sin la solución esperada (BOE 14.7.2015). Puede consultarse la postura del Ministro de Justicia en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 11 diciembre 2014, p. 29, disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=%28DSCD-10-PL-248.CODI.%29#%28P%C3%A1gina27%29>, consultado el 28 marzo 2016.

³ En este sentido, y como desarrollaremos más tarde, el art. 42 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3.7.2015) ofrece una regulación diferente al art. 30 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

2. En este caudal legislativo, una de las reformas más ambiciosas ha sido la llevada a cabo en el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia para la que se han utilizado dos leyes, una de carácter orgánico, por afectar su regulación a derechos fundamentales, aunque dentro de ella también hay preceptos que tienen carácter ordinario, LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴ y otra de carácter ordinario, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵, que es en la que se llevan a cabo la mayoría de las modificaciones que afectan al sistema de protección de menores y, en particular, donde se encuentran los aspectos internacionales de esta reforma a los que vamos a prestar atención en este trabajo⁶.

Entre los argumentos esgrimidos para abordar esta profunda y ambiciosa reforma del sistema de protección de menores⁷ se alude a los casi veinte años que

⁴ BOE 23.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/26, <https://aedipr.com/documentos/>.

⁵ BOE 29.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/28, <https://aedipr.com/documentos/>.

⁶ Entre los artículos doctrinales que se han publicado analizando la reforma de estas Leyes destacan, M.P. Álvarez Olalla, "Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Aranzadi civil-mercantil*, 2014, vol. 2º, nº 4, pp. 37-49; G.A. Botana García, "La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2015; A.M. Gómez Megías, "Aspectos básicos de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección y la infancia y adolescencia", *Diario La Ley*, 30 julio 2015, nº 8593; M.I. de la Iglesia Monje, "Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés", *Diario La Ley*, de 24 julio 2015, nº 8590; I.E. Lázaro González, "La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia", *TOP Familia y sucesiones: cuaderno jurídico. Artículo Monográfico*, Ed. Jurídica SEPIN Junio 2015, disponible en <http://goo.gl/FyIeo9>, consultado el 6 diciembre 2016; A. López Azcona, "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2185, enero 2016, pp. 1-89; J. Moreno-Torres Sánchez, "Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Save the Children*, Málaga, 2015; C. Muñoz García, "Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: Mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme", *Diario la Ley*, de 27 junio 2014, nº 8342; A. Paniza Fullana, "La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, vol. 2, nº 8; M. Ureña Martínez, "Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, nº 15, pp. 145-148; C. Vaquero López, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9/2015.

⁷ Téngase en cuenta que aunque en este trabajo nos limitaremos a analizar una selección de las reformas introducidas en la Ley Orgánica de Protección jurídica del Menor, en el Código Civil y en la Ley de Adopción internacional, se han modificado también las siguientes Leyes: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley Orgánica

han transcurrido desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), la necesidad de adaptar nuestras leyes a las normas de carácter europeo e internacional de las que España forma parte⁸ y, fundamentalmente, y ello sobre todo en relación con la adopción internacional, en la necesidad de hallar una coordinación efectiva entre las competencias que tiene atribuidas el Estado⁹ y las que tienen las Comunidades Autónomas (en adelante, CC AA o Entidades Públicas¹⁰), para evitar situaciones indeseadas e innecesarias¹¹.

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Disposición recientemente derogada por la Disposición Derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa; Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado; Real Decreto de 14 septiembre 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁸ Según consta en los propios Preámbulos de ambas Leyes y, particularmente, en el de la Ley 26/2015, la nueva normativa ha venido impuesta por la exigencia de revisar el sistema español de protección de menores a la luz de los últimos Convenios internacionales ratificados por España sobre la materia, tales como el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 enero 1996 (BOE 21.2.2015), la Convención de derechos de las personas con discapacidad, de 13 diciembre 2006 (BOE 21.4.2008) y el Convenio europeo en materia de adopción de menores, de 27 noviembre 2008 (BOE 13.7.2011).

⁹ Como es sabido, el Estado tiene competencia exclusiva en lo relativo a las relaciones internacionales, la legislación civil y procesal y a la Administración de Justicia, además de la competencia exclusiva para elaborar normas de Derecho internacional privado (art. 149.1. 1º, 3º, 5º y 8º CE). Mientras que las CC AA tienen atribuida competencia en materia de asistencia social (art. 148.1º.20º CE) donde se ha venido subsumiendo la protección de menores. En los recientes Estatutos de Autonomías ya se hace referencia explícita a la protección de menores como competencia propia de las CC AA.

¹⁰ En la Disposición adicional primera de la Ley 26/2015 se especifica que se utilizará en los textos legales la expresión “Entidad Pública” referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente.

¹¹ Repárese, no obstante, que este tema ya estuvo presente en la redacción original de la Ley 54/2007, de Adopción internacional. Puede verse nuestro trabajo, A. Durán Ayago, “La nueva regulación de la adopción internacional”, en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid, Editorial La Ley, 2008, pp. 543–566.

3. En este trabajo vamos a ceñirnos al análisis únicamente de las reformas que afectan a cuestiones privadas relacionadas con el menor, que son muchas y de muy diverso tipo. Comenzaremos analizando el alcance de la nueva formulación del concepto del interés superior del menor, que pasa de ser concebido como principio a tener también su entidad como derecho sustantivo y como norma de procedimiento, y nos detendremos en una selección de las modificaciones que considero de mayor interés, como los cambios relacionados con los menores extranjeros no acompañados o la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento de normas de competencia para las Entidades Públicas cuando se trate de adoptar una medida de protección de un menor de nacionalidad española que no se encuentre en España, así como la organización de la protección del menor en España habiéndose adoptado en el extranjero las medidas de protección del mismo (epígrafe II). Los cambios que han experimentado los apartados cuarto, sexto y séptimo del art. 9 Cc son intensos y tienen consecuencias indirectas para todo el Título Preliminar del Código civil, por ello los analizaremos en detalle, poniéndolos en relación con la reforma de las reglas de competencia judicial internacional llevada a cabo por la LO 7/2015 (epígrafe III). Pero, sin duda, la reforma de mayor alcance en el ámbito del DIPr ha sido la llevada a cabo en la Ley de Adopción internacional; tan profunda ha sido la reforma en esta Ley que prácticamente todos sus preceptos han sido retocados, cuando no suprimidos (art. 21) o modificados por completo. Al análisis de la misma prestaremos especial atención (epígrafe IV). Terminaremos con unas consideraciones finales en la que expondremos la opinión que nos merece las cuestiones modificadas por la Ley 26/2015 (epígrafe V).

II. Abriendo nuevas vías de protección; encorsetando el interés superior del menor. Buena voluntad frente a eficacia

1. A vueltas con el interés superior del menor

4. Una de las cuestiones que se ha considerado oportuno modificar afecta a la espina dorsal de todo el andamiaje del sistema de protección de menores como es el concepto del interés superior del menor; concepto jurídico indeterminado que a raíz de la reforma deja en parte de serlo, pasando de ser concebido únicamente como principio axiológico a serlo también como derecho sustantivo y como norma de procedimiento (art. 2 LOPJM)¹². En este sentido, se incorpora

¹² Como se indica en la Exposición de Motivos de la LO 8/2015, “[e]s un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan pondera-

tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 mayo 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial¹³.

5. En tanto *derecho sustantivo*, se precisa que el menor tiene derecho a que su mejor interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Como *criterio interpretativo*, se asevera que si una norma jurídica puede interpretarse de diversas maneras, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, por último, como *norma de procedimiento*, se precisa que a la hora de adoptar cualquier medida administrativa o judicial cuyo destinatario sea un menor, el respeto al interés superior del mismo se traducirá en las siguientes garantías en el correspondiente procedimiento: a) derecho a ser informado, oído y escuchado; b) intervención en el proceso de profesionales cualificados; c) participación en el proceso de sus representantes legales o del defensor judicial en caso de conflicto de intereses y del Ministerio Fiscal; d) adopción de resoluciones motivadas; y e) recursos que permitan revisar aquellas decisiones que no hayan considerado como prioritario el interés del menor.

Además, el art. 2 LOPJM fija novedosamente, en línea con la Observación general nº 14 (2013), una serie de criterios generales y elementos comunes de ponderación a tener en cuenta para determinar en cada caso concreto el interés del menor y que, en todo caso, deben precisarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta la aplicación del principio del interés superior del menor. De no ser así, la decisión será susceptible del correspondiente recurso. En particular, los criterios comunes a tener en cuenta son: a) la protección a la vida y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas; b) los deseos y opiniones del menor, en función de su grado de madurez; c) la vida del menor en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; y

do a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”.

¹³ Disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf, consultado el 16 marzo 2016.

d) la preservación de la identidad, cultura, y religión del menor. Por otra parte, se contemplan como elementos generales de ponderación: a) la edad y madurez del menor; b) su especial vulnerabilidad; c) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; y d) la estabilidad en las soluciones adoptadas.

Finalmente, se fijan unos criterios de resolución de conflictos para el caso de colisión del interés superior del menor con cualquier otro interés legítimo. Así, como criterio prioritario, se otorga prevalencia a las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten los otros intereses en juego; y subsidiariamente, en caso de no ser posible conjugar todos los interés en juego, se atribuye prioridad el interés superior del menor¹⁴.

6. Tras este prolijo precepto, habría que preguntarse, en todo caso, el alcance real de esta reforma y su operatividad, y ello teniendo en cuenta que cada caso es diferente, por lo que será siempre el operador jurídico el que valore en función de las circunstancias lo que más conviene al menor y, en esta línea, los parámetros que ahora se han plasmado categóricamente en la Ley ya se venían aplicando¹⁵. Puede que un desarrollo tan extenso de este concepto genere más dudas que cuestiones resuelva, pues por mucho que quiera concretarse, el interés superior del menor no ha dejado de ser un concepto jurídico indeterminado¹⁶, en la medida en que siempre debe quedar un margen de discrecionalidad al operador jurídico para concretar en cada caso qué es lo que más conviene al menor.

2. Menores extranjeros no acompañados

7. Un acierto de la Ley 26/2015 es haber plasmado legalmente la obligación que tiene la Administración General del Estado de otorgar la autorización de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades públicas. No obstante, se trata de un acierto a medias, ya que sólo se otorgará una vez que se constate la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen (art. 10.4º LOPJM). Se trata de una restricción injustificada que a la postre puede introducir periodos de incertidumbre e inseguridad jurídica, agravada por el hecho de que en el procedimiento de repatriación regulado en el art. 35 de

¹⁴ Vid. A. López Azcona, “Luces y sombras...”, *loc. cit.*, nota a pie 109, pp. 40–41; I.E. Lázaro González, “La reforma del Sistema de Protección...”, *loc. cit.*

¹⁵ C. Vaquero López, “Nuevas normas...”, *loc. cit.*, considera que no era necesario concretar el concepto del interés superior del menor.

¹⁶ Sobre las dificultades de su concreción en un contexto intercultural, puede verse A. Durán Ayago, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (eds.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Editorial Colex, 2004, pp. 295–318.

la Ley Orgánica de Extranjería¹⁷ no hay una previsión para que expresamente se dicte una resolución que constate la imposibilidad de retorno¹⁸. Se subordinan dos aspectos que de por sí no tienen que depender el uno del otro, pues perfectamente puede procederse a la repatriación con posterioridad a que se haya otorgado la autorización de residencia al menor¹⁹.

8. Otra cuestión que por primera vez se ha introducido en la LOPJM es la relativa a la determinación de la edad, cuestión ésta de especial relevancia para los menores extranjeros no acompañados, pues considerarlos menores, aunque no haya datos fiables acerca de su minoría de edad, conlleva aplicarles un régimen de protección, frente a la expulsión que correspondería si se tratara de adultos en situación irregular en España. El art. 12 en su apartado cuarto determina que “[c]uando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”²⁰. Realmente, esta cuestión se abordaba ya y de forma más amplia en el art. 190 del Reglamento de Extranjería, pero es interesante su introducción en la LOPJM por cuanto se plasma en una Ley cuyo objetivo es garantizar la protección jurídica del menor.

9. Se incide, por otro lado, en la necesidad del retorno del menor con su familia al país de origen. En este sentido, el art. 19 *bis* en su apartado quinto, indica que “[e]n el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, inicián-

¹⁷ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; por la LO 11/2003, de 29 de septiembre; por la LO 14/2003, de 20 de noviembre; por la LO 2/2009, de 11 de diciembre; por la LO 10/2011, de 27 de julio; por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril; la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio; por la LO 4/2015, de 30 de marzo.

¹⁸ Consejo Fiscal, Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, 14 julio 2014 (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/14.pdf, consultado el 1 marzo 2016), p. 10.

¹⁹ Ha de tenerse en cuenta además que no se modifica el art. 196 apartado primero del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificado por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre; por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo y por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre), según el cual “[u]na vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el art. 35.7º LO 4/2000, de 11 de enero”.

²⁰ La redacción procede de la propuesta que realizó el Consejo Fiscal, pues inicialmente su redacción era otra, a saber, “[c]uando no pueda ser establecida con seguridad la edad de una persona y existan razones para pensar que es menor de edad, será considerada como tal a los efectos de lo previsto en esta Ley, en tanto se determina su edad”.

do el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad”.

Contrasta lo establecido en este precepto con lo regulado en el apartado quinto del art. 35 de la Ley de Extranjería, en el que se precisa que la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos²¹. Tras la modificación introducida en la LOPJM consideramos que la repatriación sólo cabrá si es al entorno familiar, nunca para ser tutelado por los servicios de protección de menores del Estado de origen²².

3. Protección de menores españoles en el extranjero

10. Se regula por vez primera, de un lado, la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y, de otro, el procedimiento a seguir en el caso de que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento.

11. En el primero de los casos, el apartado quinto del art. 18 LOPJM introduce como novedad significativa la formulación de reglas de competencia para las Entidades públicas españolas en los casos en que un menor nacional español se halle en situación de posible desprotección en el extranjero²³.

²¹ En términos parecidos se expresa el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados [BOE 16.10.2014], disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2014/10/16/pdfs/BOE-A-2014-10515.pdf>, consultado el 6 junio 2016.

²² En este sentido, Vid. A. Durán Ayago, “La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto”, en I.E. Lázaro González / B. Moroy Arambarri, *Los menores extranjeros no acompañados*, Madrid, Tecnos – Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2010, pp. 205–228, esp. pp. 223–224.

²³ El tenor literal del precepto es el siguiente: “En los supuestos en los que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiese determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Los posibles conflictos de competencia que pudieran originarse habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor,

12. Debo reconocer que este precepto me genera muchas dudas. Desde todos los ángulos. Desde la formulación del supuesto que aborda “posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional” y la necesidad de hallar la Entidad pública competente en España encargada de su protección, hasta los criterios de competencia que se diseñan para atribuir ésta, no olvidemos, a una Entidad pública, esto es, a una Comunidad Autónoma. En este sentido, estos criterios de competencia están estructurados entre sí de forma jerárquica, de manera que primero habrá que estar al primer criterio, si no se cumple, pasamos al siguiente y así sucesivamente. Por ello sorprende la referencia a los principios de celeridad y de interés superior del menor, para evitar dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo, en los casos de conflictos de competencia. No se entiende muy bien qué casos serían estos, si precisamente el precepto parece estar formulado de forma tal que se eviten estos conflictos...

13. Pero vayamos por partes. Partimos del hecho indiscutido de que las CC AA tienen competencia en materia de protección de menores en las medidas de carácter asistencial, esto es, las que se prestan por la Entidad pública cuando falla la medida institucional de protección, ya sea la patria potestad o la tutela. Por tanto, el alcance de la competencia es territorial²⁴. Esto es, cada Comunidad Autónoma ejerce su acción de protección sobre los menores que se hallen en su territorio. Por eso, no se entiende bien qué ha pretendido hacer el legislador en este caso.

Analizando el supuesto es posible deducir que se presta atención tanto a los menores españoles que se encuentren en el extranjero sobre los que la Entidad pública haya asumido su guarda o tutela antes del traslado a otro país como al resto de casos, esto es, siempre que la Entidad pública tenga conocimiento (no sabemos muy bien cómo) de que un menor español se encuentra en una “situación de posible desprotección”. En estos casos, considero que hubiera sido mejor aludir a un mecanismo de cooperación entre las autoridades españolas y las del Estado en que se encuentra el menor para, en su caso, poder instar a las autoridades de dicho Estado a que dicten medidas urgentes de protección del menor, cuestión ésta que realizarían conforme a sus normas de competencia, bien europeas, si se trata de un Estado miembro de la Unión Europea aplicando en este

evitando dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo. La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España”.

²⁴ A. Durán Ayago, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Colex, 2004, pp. 117 ss.

caso el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 [en adelante, Reglamento (CE) 2201/2003] o convenio internacional si lo hubiera o en su caso internas. Y una vez logrado esto, lo que sí sería posible es solicitar el traslado a España para que la protección se lleve a cabo en nuestro país en la Comunidad Autónoma que corresponda según las normas de competencia establecidas, lo que tendría sentido si sus familiares residieran en España o de alguna otra manera el menor se encontrara estrechamente vinculado con nuestro país, pero es cierto que en este caso ya nos encontraríamos ante la ejecución de una medida de protección adoptada en el extranjero en España, para cuyo caso está pensado otro precepto que veremos a continuación (art. 18.6º LOPJM).

Si los casos en los que el legislador estuviera pensando tuvieran que ver con una situación de desprotección derivada de algún tipo de catástrofe o de accidente que situara al menor en una situación de posible desamparo o de riesgo, y lo pertinente fuera poner en marcha una actuación de protección o asistencia consular, no se entiende muy bien el papel de las Entidades públicas, pues si así fuera, quienes tienen atribuida la competencia en primer término son con carácter general las autoridades del Estado en que el menor se halle para intervenir en situaciones de urgencia. Adelantar los criterios de competencia para que posteriormente el menor pueda ser tutelado o asistido por la Entidad pública no deja de ser llamativo, pues en buena medida supone extender el contenido de la ley española a un supuesto internacional, por tratarse en este caso de un menor de nacionalidad española.

14. Por lo que respecta a la ejecución de una medida de protección adoptada por autoridad extranjera que deba cumplirse en España, en el apartado sexto del mismo artículo se introduce una norma meramente narrativa en la que se indican los distintos regímenes a los que se deberá estar en función de la procedencia de la resolución de origen²⁵.

²⁵ El citado precepto indica que “[e]n los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España, se atenderá, en primer lugar, a lo previsto en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, o norma europea que lo sustituya. En los casos no regulados por la normativa europea, se estará a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de toda

En este sentido, tanto el régimen europeo [art. 56 Reglamento (CE) 2201/2003]²⁶ como el convencional [art. 33 Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (en adelante, CH 1996)]²⁷ contemplan medidas específicas para el caso de que el acogimiento de un menor haya sido adoptado en un Estado y deba ejecutarse en otro. Al tratarse de un procedimiento de cooperación de autoridades, se establece como necesario consultar antes de adoptar la medida a las autoridades del Estado donde deberá cumplirse la misma, puesto que sólo si éste Estado da su visto bueno, la medida podrá llevarse a efecto. En todo caso, y aun necesitando la aprobación previa del Estado en el que la medida de acogimiento haya de ejecutarse, es preciso lograr su ejecutividad en dicho Estado [art. 28 Reglamento (CE) 2201/2003 o art. 26 CH 1996 en función del régimen aplicable]²⁸. Cuando no exista Convenio, es recomendable actuar de la misma manera, puesto que sólo así se facilitará la ejecución de la medida (art. 34 LAI).

Si se tratara de una medida que se ha adoptado en el extranjero y que sólo con posterioridad, debido al cambio de las circunstancias, se considera preciso que se

normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores”.

²⁶ A cuyo tenor, “1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los arts. 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores. 2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento. 3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los arts. 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido. 4. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los arts. 8 a 15 decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro.”.

²⁷ Según el cual, “1. Cuando la autoridad competente en virtud de los arts. 5 a 10 prevea la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento o su protección legal por *kafala* o por una institución análoga, y esta colocación o este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado contratante, consultará previamente a la Autoridad Central o a otra autoridad competente de este último Estado. A este efecto le transmitirá un informe sobre el niño y los motivos de su proposición sobre la colocación o el acogimiento. 2. El Estado requirente sólo puede adoptar la decisión sobre la colocación o el acogimiento si la Autoridad Central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.”.

²⁸ Sobre el alcance del art. 56 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 y su relación con el art. 28, *Vid.* A. Durán Ayago, nota a la STJUE de 26 abril 2012, as.C-92/12 PPU: *Health Service Executive*, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 953-960.

desarrolle en otro Estado, será necesario en todo caso superar el procedimiento de ejecución que según el texto normativo que sea aplicable se precise.

15. Repárese en lo útil que hubiera sido establecer los criterios de competencia interna en estos casos, tanto para saber a qué Comunidad Autónoma consultar antes de adoptar el acogimiento, como para concretar la ejecución de la medida de protección, lo que perfectamente podría haberse hecho con las pautas dadas en el art. 18.5º LOPJM, anteriormente comentado.

III. Afán reformista en el art. 9 Cc y la introducción de un nuevo supuesto de doble nacionalidad en el art. 19 Cc

1. Modificación de los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 Cc

16. Dentro del Código civil, y por lo que respecta a normas específicamente de DIPr, se reforman los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 Cc, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos, respectivamente. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de las normas institucionales europeas o internacionales en las que nuestro país es parte y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho y de los puntos de conexión así como a su precisión temporal.

17. Se ha proporcionado una nueva redacción al art. 9.4º Cc²⁹, mejorándolo sustancialmente. Esta mejora se manifiesta, de un lado y en primer término, en la especialización de su supuesto de hecho, diferenciando ahora entre la ley aplicable a la determinación de la filiación, cuya concreción se hace directamente por el legislador en la primera parte del precepto, y la ley aplicable al contenido de la filiación y al ejercicio de la responsabilidad parental, remitiéndose en este caso al CH 1996.

²⁹ El contenido del actual art. 9.4º Cc es el siguiente: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

En lo que respecta la ley aplicable a la determinación de la filiación se apuesta por una estructura jerárquica en los puntos de conexión que convierte al precepto en una norma de conflicto materialmente orientada a hacer posible la determinación de la filiación. Además, estos puntos de conexión se fijan en el tiempo para evitar el conflicto móvil, remitiéndose al momento del “establecimiento de la filiación”³⁰. Ello implica que este momento será diferente en función del distinto modo en que se determine la filiación. Si la determinación es judicial (arts. 115.2º y 120.4º Cc), se atenderá al momento del inicio del procedimiento judicial. Si la determinación es extrajudicial, habrá que estar al momento de la inscripción en el Registro Civil (arts. 115.1º y 120.5º Cc), o al momento en que se realice la declaración conforme del padre (art. 120.1º Cc), o al momento en que se realice el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120.2º Cc) o al momento en que se resuelva el expediente registral (art. 120.3º Cc).

Por otro lado, y en lo relativo a la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza y adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, es destacable la introducción de un nuevo concepto en nuestro Derecho civil tomado de los textos internacionales en los que nuestro país es parte. Así, el concepto de “responsabilidad parental” se incorpora en el art. 154 párrafo segundo Cc, haciendo referencia a lo que hasta el momento de la reforma había venido entendiéndose como ejercicio de la patria potestad. Con una redacción un tanto ambigua, “[l]a patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”, el legislador justifica la utilización de este concepto en el art. 9.4º Cc. Quizás para una incorporación plena deberían haberse revisado y cambiado un mayor número de preceptos para que realmente la acogida del concepto fuera correcta³¹.

18. En todo caso, no hay que perder de vista que tanto en el Reglamento (CE) 2201/2003 como en el CH 1996 el concepto de responsabilidad parental es mucho más amplio que el que parece haber acogido la legislación española (ejercicio de la patria potestad). Tomando como referencia el Reglamento, se pueden distinguir distintas fases en su concreción. Y ello porque en el art. 2.7º del Reglamento se esboza un concepto amplio y genérico de lo que habrá de entenderse

³⁰ Para L. Carballo Piñeiro, “España: Ley aplicable al establecimiento de la filiación y a la protección de mayores”, en <https://cartasblogatorias.com/2015/12/08/espana-ley-aplicable-al-establecimiento-de-la-filiacion-y-a-la-proteccion-de-mayores/>, entrada del 8 diciembre 2015, consultada el 10 marzo 2016, “sigue abierto el problema del conflicto móvil en la medida en que no se entiende qué quiere decir el legislador con ‘el momento del establecimiento de la filiación’”.

³¹ Así, v.gr., los arts. 92.9º, 156, 157, 160, 162 y 164 Cc, entre otros.

por responsabilidad parental, incluyendo “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”³². Pero, antes en los apartados segundo y tercero del art. 1 del Reglamento, se realiza una concreción de dicho concepto en un doble sentido. De un lado, especificando qué materias deberán considerarse expresamente incluidas. Así, el derecho de custodia y el derecho de visita; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes³³. Y, de otro, enumerando las materias que expresamente están excluidas de su ámbito de aplicación, tales como la determinación y la impugnación de la filiación; las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como su anulación y revocación; el nombre y apellidos del menor; la emancipación; las obligaciones de alimentos; los fideicomisos y sucesiones; las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores³⁴.

Es, por tanto, un concepto que en los textos internacionales tiene un alcance que no coincide con el que parece habersele dado en la normativa española, lo que puede dar lugar a la postre a problemas de calificación. No hubiera estado de más una labor explicativa por parte del legislador para guiar adecuadamente al intérprete en estos casos.

19. El art. 9.6º Cc también experimenta un cambio significativo³⁵. De forma muy acertada se corrige su supuesto de hecho, antes bajo el término genérico e impreciso de “protección del incapaz”³⁶. Se indica que la ley aplicable a la protección de los menores es la determinada por el CH 1996 y la ley aplicable a las personas mayores la ley de su residencia habitual, cambiando el enfoque que

³² En similares términos, art. 1.2º CH 1996.

³³ Su referente en el CH 1996 es el art. 3.

³⁴ En términos parecidos, el art. 4 CH 1996.

³⁵ La dicción actual de este precepto es la siguiente: “La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo. La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección”.

³⁶ Cuestión ésta que critiqué y analicé ampliamente en A. Durán Ayago, *La protección internacional del menor desamparado...*, op. cit., passim.

antes giraba en torno a su ley nacional, precisando que se aplicará la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección. Se prevé, por otro lado, que si existe un cambio de residencia habitual de la persona mayor se aplicará la ley de la nueva residencia habitual sin perjuicio del reconocimiento de las medidas que se hubieran adoptado anteriormente en otro Estado para su protección.

España aún no ha ratificado el Convenio de La Haya de 13 enero 2000, sobre protección internacional de los adultos, en vigor desde el 1 enero 2009, aunque teniendo en cuenta el número de nacionales originarios de Alemania, Reino Unido y Francia que han establecido su segunda residencia en España³⁷, y habiendo estos tres Estados ratificado el Convenio, sería muy conveniente que nuestro país lo hiciera lo antes posible³⁸. Aun no habiéndolo ratificado, podría haberlo tomado como referencia para la nueva redacción del art. 9.6º Cc y, sin embargo, se aparta de él tanto en la forma de denominar a los sujetos a los que se aplica (“adultos”, el Convenio y “personas mayores” el Cc), como en la determinación de la ley aplicable, pues se opta en el Código civil por la aplicación de la ley de la residencia habitual del sujeto frente a la aplicación de la *lex fori* que acoge el Convenio en su art. 13, introduciendo una cláusula de flexibilización que le permite aplicar o tomar en cuenta la ley de otro Estado con la que el adulto tenga una vinculación estrecha. Desde otro ángulo, hay que calibrar el alcance que tiene este cambio de enfoque, de la ley de la nacionalidad a la de la residencia habitual, pues la capacidad sigue rigiéndose aún por la ley nacional (art. 9.1º Cc), lo que puede provocar desajustes.

20. Por último, el art. 9.7º Cc se limita a hacer una remisión al Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007 y añade “o texto legal que lo sustituya”, cuestión ésta que no se ha incluido en el resto de preceptos que también remiten a la aplicación de Convenios, cuando lo lógico hubiera sido proceder de la misma forma. Por otro lado, hay que precisar que en este caso el legislador parece ejercer de facilitador de la tarea al aplicador jurídico, aunque con ello se corre el riesgo de buscar atajos donde no debiera haberlos. En realidad, la aplicación del Protocolo no deriva de la ratificación individual y directa de España de este texto, sino de su remisión a él en el art. 15 Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 rela-

³⁷ Vid. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “Extranjeros residentes en España a 31 diciembre 2015”, disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes_Principales_Resultados_31122015.pdf, consultado el 29 marzo 2015.

³⁸ Así lo recomienda también el Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto...*, loc. cit., p. 56.

tivo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos³⁹ que es el texto que regula esta cuestión en el ámbito europeo.

21. La referencia que se realiza en estos apartados a las concretas normas convencionales o europeas que regulan estas materias sitúa al resto de preceptos del Título Preliminar del Código civil que también han sido desplazados por normas europeas, en una situación de incoherencia cuanto menos llamativa. Tal es el caso del art. 9.8º Cc, en materia de sucesiones, desplazado por el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁴⁰, del art. 10.5º Cc, cuyo espacio ha sido ocupado por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁴¹ o del art. 10.9 Cc, que en buena parte de su ámbito de aplicación ha sido desplazado por el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁴². Como bien apuntó el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, “la indicación del preciso instrumento internacional en un precepto y la omisión de su cita en otro puede hacer creer, erróneamente, que allí donde no se cita, no existe”⁴³.

22. Una última cuestión. Unos días antes de que se publicara la Ley 26/2015, aparecía en el BOE la Ley Orgánica 7/2015 que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las deficiencias que se encuentran en la reforma llevada a cabo en materia de competencia judicial internacional son evidentes a todos los niveles y ya han ido siendo puestas de manifiesto⁴⁴, pero ahora nos vamos a detener

³⁹ DO L 7 de 10.1.2009; corr. de errores, DO L 131 de 18.5.2011.

⁴⁰ DO L 201 de 27.7.2012; corr. de errores, DO L 344 de 14.12.2012 y DO L 60 de 2.3.2013.

⁴¹ DO L 177 de 4.7.2008; corr. de errores, DO L 309 de 24.12.2009.

⁴² DO L 199 de 31.7.2007.

⁴³ Consejo General del Poder Judicial (Pleno), *Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, 30 septiembre 2014 (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/15.pdf), p. 56.

⁴⁴ L. Carballo Piñeiro, “España: reforma del sistema de competencia judicial internacional e introducción de excepciones de litispendencia y conexidad internacionales”, en <https://cartasblogatorias.com/2015/08/13/espana-reforma-del-sistema-de-competencia-judicial-internacional-e-introduccion-de-excepciones-de-litispendencia-y-conexidad-internacionales/>, entrada del 13 agosto 2015, consultado el 16 marzo 2016; F.J. Garcimartín Alférez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”, en <http://almacendederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la->

únicamente en la relación de las normas de competencia judicial internacional que el legislador articula para estas materias; para filiación, protección de menores y mayores y para alimentos. Y ello para poner de manifiesto que en este sector ha desaparecido por completo la labor facilitadora que el legislador parece haber asumido con la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015. En el art. 22 *quáter* LOPJ no hay ninguna referencia a las normas europeas y convencionales que regulan estas materias, ni explícita ni implícita, y no sólo eso, la mayoría de los foros que se regulan han sido desplazados por los textos internacionales de los que España es parte. En la única materia de las citadas en la que no disponemos aún de régimen convencional ni institucional aparte de la protección de mayores, la determinación de la filiación, sigue persistiendo el foro exorbitante de la nacionalidad del demandante, foro que además ahora se ha incorporado también a una materia como la protección de menores, en la que antes de la reforma no existía. Por otro lado, llama la atención que se haga referencia en el apartado d) del art. 22 *quáter* a la materia de “filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental”, puesto que el término “responsabilidad parental”, si nos atenemos al concepto dado por el Reglamento (CE) nº 2201/2003 abarca la protección de menores y también las relaciones paterno-filiales y si nos fijamos en la incorporación realizada en el Código civil, bastaría con hacer referencia a la “filiación, relaciones paterno-filiales y protección de menores”, ya que la responsabilidad parental estaría incluida en las relaciones paterno-filiales. El problema es que hemos querido incorporar un concepto novedoso en nuestro ordenamiento, sin haber realizado antes una labor necesaria de adaptación.

2. Doble nacionalidad en el art. 19 Cc

23. Desde otro ángulo, en materia de nacionalidad, se ha introducido un nuevo apartado (el tercero) en el art. 19 Cc para prever el reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico español, de la doble nacionalidad en supuestos de adopción internacional, en aquellos casos en que la legislación del país de origen del menor adoptado prevé la conservación de su nacionalidad de origen.

El Código civil atribuye la nacionalidad española a todo menor de dieciocho años adoptado por español o española. Fuera de los casos regulados en la propia Constitución española (art. 11) o en los Convenios de doble nacionalidad que ha firmado España con buena parte de los Estados iberoamericanos, nuestro orde-

reforma-de-la-lopj/, entrada del 23 julio 2015, consultado el 16 marzo 2016; P.A. de Miguel Asensio, “La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)”, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/07/la-cuestionable-revision-de-las-normas.html>, entrada del 26 agosto 2015, consultado el 16 marzo 2016.

namiento jurídico no contempla la posibilidad de tener dos nacionalidades, es más, obliga a aquel que adquiere la nacionalidad española a renunciar a la nacionalidad de origen⁴⁵. Dado que la adopción de un menor de edad se hace por voluntad de otro, el ordenamiento jurídico español considera que si el derecho de nacionalidad del país de origen del menor prevé la conservación de su nacionalidad de origen, es preciso respetar esa nacionalidad. Es una forma de garantizar la protección del derecho del menor a preservar sus orígenes y su identidad cultural, mitigando la migración forzada que se esconde tras toda adopción transnacional, en la medida en que no depende ni se pone en marcha por la voluntad del emigrante (el menor), sino de quienes lo quieren hacer parte de su familia, los padres adoptivos⁴⁶. Y, por otro lado, con la atribución de la nacionalidad del país de acogida se garantiza la efectividad del derecho a la integración jurídica y social en España, de tal manera que la situación de doble nacionalidad durante la minoría de edad sería reflejo de la especial protección que estos derechos merecen⁴⁷.

3. Cambios más relevantes en la normativa interna de adopción

24. En la legislación interna de adopción se han introducido numerosas modificaciones con el objeto de adaptar el régimen jurídico de la adopción al Convenio europeo en materia de adopción de menores.

En este sentido, se modifica la diferencia de edad máxima entre adoptantes y adoptando fijándola en los cuarenta y cinco años, a cumplir por uno de los adoptantes en caso de adopción conjunta, límite que no habrá de cumplirse si se trata de la adopción de hermanos o si no es necesaria la propuesta administrativa previa. La diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado es de dieciséis años en atención a lo dispuesto en el art. 9.1º del Convenio europeo. Sigue inalterada la edad necesaria para adoptar que se sitúa en los veinticinco años, aunque si los adoptantes son pareja o matrimonio, bastará con que uno de ellos haya alcanzado esta edad.

⁴⁵ Según el art. 23.b) en relación con el art. 24.1 *in fine* Cc, no tienen que renunciar a su nacionalidad de origen para adquirir la española los nacionales originarios de países iberoamericanos, de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o los sefardíes originarios de España, independientemente de cuál sea su nacionalidad de origen.

⁴⁶ B. Trillat, “Une migration singulière: la adoption internationale”, *Actes du séminaire Nathalie-Masse, 25-27 mai 1992*, Centre international de l'enfance de Paris, pp. 15 ss; S. Adroher Biosca, “Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional”, en M. D. Adam Muñoz y S. García Cano (diras.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 137-160, esp. p. 138.

⁴⁷ Consejo General del Poder Judicial (Pleno), *Informe...*, *loc. cit.*, p. 58.

25. Se incorpora al art. 176 Cc una definición de la idoneidad para adoptar a fin de fortalecer la seguridad jurídica, y se incluye expresamente una previsión en función de la cual no podrán ser declarados idóneos para la adopción los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a una Entidad Pública.

26. En relación con la actuación de la Entidad Pública en el procedimiento judicial de adopción, se producen dos importantes novedades. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez, cuestión que no estaba claramente establecida; y, en segundo lugar, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción. En el art. 10 LAI que regula esta cuestión se añade un apartado quinto en virtud del cual, a fin de agilizar la tramitación de adopciones y evitar duplicidades innecesarias, se contempla la posibilidad de una declaración simultánea de idoneidad para la adopción nacional y para la internacional.

27. Se introduce un art. 176 *bis* Cc que regula *ex novo* la guarda con fines de adopción que sustituye al acogimiento preadoptivo. Esta previsión legal permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

28. En relación con el procedimiento de adopción, el art. 177 Cc añade, entre quienes deben asentir a la adopción, a la persona a la que esté unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. Por otra parte, con el fin de dar coherencia al sistema, se señala que, sin perjuicio del derecho a ser oídos, no será necesario el asentimiento de los progenitores para la adopción cuando hubieran transcurrido dos años sin ejercitar acciones de revocación de la situación de desamparo o cuando habiéndose ejercitado, éstas hubieran sido desestimadas. Igualmente se establece, en este artículo, que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días hasta la modificación vigentes, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio europeo de adopción (art. 5.5°).

29. En el art. 178 Cc se incluye, como una importante novedad, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídi-

cos entre el adoptado y su familia de procedencia, pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones (vínculos afectivos), lo que se denomina como adopción abierta⁴⁸. Para ello será necesario que en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el Juez, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de esa Entidad Pública, y consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. Los profesionales de la Entidad Pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no de su permanencia en el tiempo, a partir de una valoración de los resultados y consecuencias que la misma tenga para el menor, como prioridad absoluta, más allá del interés que pueda suponer para los adoptantes y su familia de origen.

Se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En unos casos está configurada como “un acuerdo privado entre las partes”, con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley.

La oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece, según consta en la Exposición de motivos de la Ley, a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida”, y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia de adopción, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho.

30. Por último, el art. 180 Cc refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, obligando a las Entidades Públicas a garantizarlo y mantener la información durante al menos cincuenta años desde la constitución de la adopción, obligación establecida en el Convenio europeo de adopción (art.

⁴⁸ Vid. un interesante análisis de esta figura en A. López Azcona, “Luces y sombras...”, *loc. cit.*, pp. 71–74.

22.5°), y al resto de entidades a colaborar con las primeras y con el Ministerio Fiscal. Este derecho ya había sido introducido en el art. 12 LAI, pero ahora se desarrolla y completa en el Código civil.

IV. Alcance de la reforma de la Ley de Adopción internacional

1. Análisis del contexto en que se produce la reforma. Balance de la vida de la Ley 54/2007

31. Desde 1997 hasta 2014 se han celebrado 52.895 adopciones internacionales en nuestro país⁴⁹. Si en 1990, en España se celebraron únicamente 100 adopciones internacionales, a partir de 1997, coincidiendo con la aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional (en adelante, CH 1993)⁵⁰, las adopciones internacionales comenzaron su progresión geométrica. Si en ese año se constituyeron 942; en 2004, año en que se alcanzó el pico más alto, fueron 5.541; en 2006, el número fue ligeramente inferior, con 4.472, tendencia a la baja que comenzó a manifestarse en 2005, con 5.423. A partir de 2007, coincidiendo con la aplicación de la Ley 54/2007 el descenso ha sido significativo. Si en 2007 se realizaron 3.648, en 2010 fueron 2.891, en 2012, 1.669 y en 2014, último año del que tenemos datos, fueron 824.

32. Hasta 2007 España ocupaba el primer puesto en términos relativos de países que más adoptaban en el extranjero. En la actualidad, según los datos correspondientes a 2014, nuestro país ocupa el quinto lugar, tras Estados Unidos, Francia, Italia y Canadá⁵¹. Ante este cambio de tendencia es obligado analizar los factores que han influido en ello, y es posible hacerlo atendiendo fundamentalmente a dos variables, una de naturaleza externa y otra de carácter interno. Si observamos los países en los que más ha adoptado España durante la época en que las adopciones internacionales eran más numerosas, China ocupa un lugar destacado, con un total de 15.830 adopciones que suponen casi el 30 % del total de adopciones llevadas a cabo durante los años 1997–2014. Es notable la bajada de adopciones celebradas por españoles en ese país a partir de 2005, siendo precisamente ese año en el que se alcanza el pico más alto con 2.753 adopciones,

⁴⁹ 2009: 3006; 2010: 2891; 2011: 2573; 2012: 1669; 2013: 1191; 2014: 824. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/img/estadisticadatos20092013.pdf>.

⁵⁰ En vigor para España desde el 1 noviembre 1995.

⁵¹ <https://assets.hcch.net/docs/3bead31e-6234-44ae-9f4e-2352b190ca21.pdf>, consultado el 19 febrero 2015.

bajada que coincide con la reforma del sistema de adopción en China endureciendo las condiciones para la adopciones internacionales y con la incorporación de este país al CH 1993, en vigor para China desde el 1 enero 2006⁵². Rusia, con el que recientemente nuestro país ha firmado un convenio bilateral sobre adopción internacional⁵³, y que no es parte del CH 1993, es el segundo país en el que más han adoptado los españoles con 12.811 adopciones en el mismo período que suponen más del 24 % del total, pero también comenzaron a bajar a raíz de la deriva homófoba del presidente Putin que invitaba a no celebrar adopciones con aquellos países que hubieran permitido esta posibilidad a parejas (en España, matrimonios) del mismo sexo, salvo que se obligasen por convenio a garantizar que en el caso de adopción fallida, ningún niño ruso sería encomendado al cuidado de una de estas parejas⁵⁴.

En cuanto a los factores internos, desde la aplicación de la Ley 54/2007 se pusieron límites tanto explícitos, como los reseñados en el art. 4 con la denominada “cláusula chadiana”⁵⁵, como implícitos, por las importantes trabas que habrían de encontrar quienes adoptando ante autoridades extranjeras quisieran posteriormente reconocer e inscribir la adopción en el Registro Civil español (art. 26). Ello unido al importante auge de la gestación por sustitución en nuestro país que aunque sin datos oficiales es un hecho que esta técnica de reproducción asistida es cada vez más utilizada por quienes no pueden tener hijos por medios propios, lo que puede haber contribuido a que el número de adopciones internacionales haya descendido significativamente en nuestro país en los últimos años⁵⁶.

⁵² Sobre el régimen jurídico de la adopción en China, puede verse G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 49 ss.

⁵³ Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 julio 2014 (BOE 27.3.2015). En vigor desde el 16 marzo 2015.

⁵⁴ De forma “diligente”, España se empeñó en cumplir con los deseos del presidente Putin, habiendo sido uno de los primeros países que celebró este tipo de convenios para desencallar la situación en que muchas parejas españolas habían quedado tras el brusco cambio en la política de adopción internacional en Rusia. Fue una forma burda, a mi juicio, de ceder al chantaje de Rusia, poniendo en entredicho el cumplimiento por parte del Gobierno español de la normativa española. Una muestra más de la deriva en la forma de legislar de los últimos años.

⁵⁵ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2015, pp. 340 ss; *id.*, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional. (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2007, pp. 54 ss. Monográficamente sobre el alcance del art. 4 LAI, *vid.* M. Herranz Ballesteros, “Prohibiciones y limitaciones del art. 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 1, 2011, pp. 195–213.

⁵⁶ Somos conscientes de que la adopción no está pensada para resolver un problema de infertilidad, esto es, no gira (o no debe girar) en torno a los adoptantes, sino en torno al menor que necesita protec-

33. En este contexto, la reforma de la LAI llega tarde, si su objetivo era corregir cuestiones que fueron apreciadas desde su nacimiento por la doctrina de forma, además, generalizada⁵⁷. Y llega solapándose con una reforma más amplia que afecta a todo el sistema de protección de menores, lo que no parece muy atinado, pues la modificación de la LAI es de tal calado y envergadura que propiamente podría decirse que se trata de una nueva Ley de Adopción internacional, lo que bien hubiera justificado una tramitación parlamentaria independiente⁵⁸.

2. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley

34. Se define con mayor acierto el objeto de la Ley, indicando que la misma regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los Organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y los requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de DIPr relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores. En su versión inicial, sólo se contemplaba como objeto de la Ley las normas de DIPr, cuestión que no se compadecía bien con su contenido real.

35. Además, se define a los efectos del Título I lo que se entiende por adopción internacional, indicando que es aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el

ción. Por ello se contrapone a la gestación por sustitución en la que lo esencial es dar solución a un problema, sea de la naturaleza que sea, para procrear.

⁵⁷ S. Adroher Biosca, "La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los 'santos inocentes'", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 711, 2009, pp. 13-55; S. Álvarez González, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *Diario La Ley*, n° 6910, Sección Doctrina, 25 marzo 2008; R. Arenas García y C. González Beilfuss, "La Ley 54/2007, de 28 de diciembre adopción internacional: entre la realidad y el deseo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 17, 2009, pp. 1-39; F. Calvo Babío, "Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional", *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, n° 125, 2008; J.M. Espinar Vicente, "Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional", *Actualidad Civil*, n° 18, octubre 2008, t. 2, pp. 1-16; E. Gómez Campelo, "Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 18, 2009, pp. 1-47.

⁵⁸ En este sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen al anteproyecto de Ley se cuestionaba si tratándose de una reforma general de la LAI no debería haberse encauzado, dada su relevancia, a través de un procedimiento propio y específico, ya fuera como norma de modificación de la Ley de 2007, ya como una nueva LAI, derogatoria de la anterior. *Vid.* Consejo de Estado, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 27 noviembre 2014, disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/16.pdf, p. 53, consultado el 1 marzo 2016.

extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. La definición está tomada del CH 1993 que únicamente regula las adopciones transnacionales, esto es, aquellas en las que se produce un cambio en la residencia habitual del menor a raíz de la adopción.

En la primigenia redacción de la Ley se optaba por un concepto amplio de adopción internacional, “se entiende por ‘adopción internacional’ el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”, sin acotar su aplicabilidad en función de los títulos de la Ley. La referencia ahora al título I, hace pensar que la Ley maneja dos conceptos de adopción internacional. Uno amplio que sería el que se aplicaría en el título II en el que se regulan las normas de DIPr y otro más específico que se aplicaría sólo a los efectos del título I dedicado a la regulación de la fase administrativa previa de la adopción internacional. Pero si esta interpretación es acertada, no se entiende muy bien la necesidad de utilizar distintos conceptos de adopción internacional en una misma Ley, puesto que, de entrada, y a salvo de lo que dispone el art. 4 LAI, no se exige relación convencional con los Estados de origen de los menores. Y, por otro lado, si es que fuera éste el único ámbito de aplicación de la Ley, suscita dudas la alusión explícita al título I que hace el propio precepto, y por supuesto también la descoordinación que existiría entonces con el resto de normas de la LAI, puesto que las normas de competencia judicial internacional no serían coherentes con este ámbito de aplicación, tampoco las de Derecho aplicable⁵⁹.

La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, al justificar el cambio, antes que aclarar, ofrece más motivos para la duda, al indicar que con esta modificación “se clarifica el ámbito de aplicación de la LAI que, en su redacción inicial, sólo aludía al contenido de los títulos II y III, obviando el título I, y se define el concepto de adopción internacional a los efectos de la misma como lo hace la CH 1993, toda vez que con la definición que aparecía en el ap. 2 del art. 1, las previsiones del título I no eran aplicables a muchos de los casos de adopciones internacionales sin desplazamiento internacional de los menores, habiéndose generado confusión en situaciones concretas”. A mi juicio, la confusión se genera ahora con la ambigua redacción del precepto.

⁵⁹ Del mismo parecer C. Vaquero López, “Nuevas normas...”, *loc. cit.*, que considera que no es coherente la definición del concepto de adopción internacional con los foros de competencia judicial internacional.

36. La Ley ha querido también cambiar la terminología de algunos conceptos. Así, los futuros adoptantes pasan a ser “personas que se ofrecen para la adopción”, aunque en realidad luego el legislador utiliza ambos conceptos indistintamente a lo largo de su articulado; la solicitud de adopción pasa a ser “ofrecimiento para la adopción” y las Entidades colaboradoras de adopción internacional (ECAIS) ahora se denominan “Organismos acreditados para la adopción internacional” (OAAI), acogiendo la terminología del CH 1993.

37. En el art. 3 se introduce la mención al CH 1996, al Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores y al Reglamento (CE) n° 2201/2003, indicando que se respetarán los principios inspiradores de estos convenios además de los de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y el CH 1993, a los que ya se hacía referencia en la versión original de la Ley. En el caso del CH 1993, el art. 9 LAI lo eleva a marco regulador de las comunicaciones entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades competentes de otros Estados, aun cuando estos no formen parte del mismo. Por su parte, las referencias al CH 1996 y al Reglamento (CE) n° 2201/2003 deben entenderse hechas fundamentalmente al título III LAI en el que se regulan otras medidas de protección internacional del menor en las que específicamente son aplicables ambos textos.

3. Reparto de competencias

38. Uno de los aspectos que más tensiones generó durante la elaboración de la LAI fue el respeto al reparto de competencias plasmado en la Constitución entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Cuestión que se cerró con la utilización de numerosas normas narrativas en las que desde el Estado se animaba a las Comunidades a dar pasos en la misma dirección a fin de garantizar una mínima coordinación entre ellas. En esta reforma, la Administración General del Estado da un paso más y asume para sí competencias que con la redacción inicial de la LAI recaían en las CC AA, entre ellas, justificándose en que afecta a la política exterior, la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países (art. 4), así como la acreditación de los Organismos acreditados para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales, creando un registro central para estos Organismos dependiente del Estado (art. 7.2°). Las CC AA mantienen la competencia para el control, inspección y seguimiento de los Organismos acreditados en cuanto a sus actuaciones en su territorio [art. 5.j) y art. 7.3° LAI], aunque la Administración General del Estado es la competente para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el Organismo acreditado lleva a cabo en el extranjero (art. 7.2°.1 LAI), pudiendo además establecer un número máximo de

Organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en ese país y las adopciones constituidas (art. 7.6º). Por lo demás, se mantiene, entre otras, la competencia de las Administraciones autonómicas para declarar la idoneidad de los adoptantes, recogándose a tal fin novedosamente un concepto de idoneidad y los criterios a valorar, de modo coincidente con las previsiones incorporadas al respecto en materia de adopción nacional [arts. 5.1º.d) y 10 LAI].

39. En el art. 4 LAI se aclara que la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades públicas competentes, determinará la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de la misma, algo que no era evidente en la redacción original de la Ley. Se introduce la novedad de establecer un número máximo de expedientes de adopción internacional que se remitirá anualmente a cada país de origen de los menores, teniendo en cuenta la media de adopciones constituidas en los últimos dos años y el número de expedientes que se encuentran pendientes de asignación de un menor, indicando que no podrá tramitarse con cada país un número de expedientes superior a tres veces la media de adopciones constituidas en dicho periodo, salvo que los cambios de legislación, prácticas y políticas sobre adopción internacional de los países de origen lo justifiquen. En el supuesto de inicio de la tramitación con un nuevo país, se fijará este número en función de la información disponible sobre expectativas de adopción con ese país. La distribución de este número máximo entre CC AA y Organismos acreditados de adopción internacional se fijará por acuerdo con las Entidades públicas. En principio, no se fijarán cupos para adopciones de menores con necesidades especiales.

4. Alcance de la reforma en las normas de DIPr

A) Cambios en competencia judicial internacional

40. En materia de competencia judicial internacional, se ha desaprovechado otra oportunidad para depurar los foros de competencia judicial internacional en esta materia, eliminando los foros exorbitantes. El momento era el idóneo, dado que la reforma llevada a cabo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada unos días antes de la reforma de la LAI, y por la que el art. 22 *quáter* e) realiza una remisión expresa a las reglas de competencia judicial internacional que se regulan en la LAI posibilitaba evitar duplicidades y desajustes e introducir criterios racionales de competencia en la LAI. No se sabe muy bien por qué no se ha hecho.

En las normas de competencia judicial internacional sobre la constitución de la adopción en España únicamente se ha modificado el apartado segundo del art. 14, indicando que la nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública. En realidad, se trata únicamente de un cambio de denominación; lo que antes era presentación de la solicitud de adopción ahora se denomina presentación del ofrecimiento para la adopción.

41. En el art. 15 se suprimen las referencias a la modificación y revisión de la adopción, cuestiones éstas desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, y se mantienen los mismos criterios de competencia judicial internacional para la declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción simple en supuestos internacionales.

42. Aunque la mejor reforma de la adopción consular hubiera sido suprimirla⁶⁰, se mantiene si bien se circunscribe a los supuestos en que no se necesita propuesta de la Entidad pública, según el art. 176.2, 1º, 2º y 3º Cc (art. 17)⁶¹ y se precisa que en la tramitación y resolución de este expediente será de aplicación la legislación sobre jurisdicción voluntaria.

B) Cambios en Derecho aplicable

43. Una novedad importante es la supresión de la división por secciones del capítulo II del título II sobre ley aplicable. Mientras antes se diferenciaban los casos en los que se aplicaba la ley española y aquellos otros en que debía aplicarse la ley extranjera, ahora sólo se contempla la posibilidad, como veremos, de aplicar la ley española.

El art. 18, que regula la ley aplicable a la constitución de la adopción, se modifica para corregir la deficiente formulación verbal que figuraba en su redacción originaria (“la adopción *constituida* por la autoridad competente española se registrará...”). Ahora, más correctamente, se alude a que la constitución de la adopción por autoridad competente española se registrará por lo dispuesto en la ley mate-

⁶⁰ C. Vaquero López, “Nuevas normas...”, *loc. cit.*, ve cuestionable su mantenimiento aunque reconoce que se reduce su ámbito de acción dado que se limita a las adopciones en que no sea necesario la propuesta previa de la Entidad pública, evitando así que el Cónsul tenga que hacer las veces de Entidad pública.

⁶¹ No se necesita propuesta previa cuando el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; o cuando sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal o cuando lleve más de un año en guarda con fines de adopción o haya estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

rial española en los siguientes casos: a) cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción; b) cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. El que hayan permanecido inalterados los casos en que procederá aplicar la ley material española es una prueba más de que el art. 1 no se aplicaría a toda la Ley, sino sólo a los efectos del título I como, por otro lado, el propio precepto precisa. Y abundaría en el hecho de que en el seno de la Ley ahora se barajan dos conceptos diferentes de adopción internacional.

44. Se añade un apartado cuarto al art. 19 de especial transcendencia. En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará su constitución, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad pública. Indica la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 que su finalidad es evitar las adopciones claudicantes que atentan contra la seguridad jurídica.

Se trata de precisar legalmente, para que no haya género de dudas, algo que entiendo ya estaba implícitamente presente no obstante en la redacción primigenia de la ley⁶², aunque no siempre se había entendido de la manera correcta⁶³,

⁶² Fundamentalmente, si se atendía a que había de ser la ley nacional del menor la que debía aplicarse para regular su capacidad si éste no residía en España, y ello con independencia de que el legislador precisara que esta consideración sólo procedía si la autoridad española estimaba que de esta manera se facilitaba la validez de la adopción en el Estado de origen del menor (art. 19 LAI).

⁶³ No lo entiende así A. López Azcona, “Luces y sombras...”, *loc. cit.*, p. 78, que considera que el legislador ha cambiado de criterio; cambio, no obstante, que le parece muy acertado “en cuanto revela un cambio de criterio del Estado español, en aras de garantizar el pleno respeto a la legislación de aquellos países –entre ellos y en especial, Marruecos y su Mudawana o Código de Familia– que no admiten la figura de la adopción”. S. Álvarez González, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, nº 6910, Sección Doctrina, 25 de marzo 2008, considera que la LAI permitía esta práctica, tras aceptar la Enmienda 129 presentada por el Partido Popular que eliminaba la prohibición que inicialmente se contenía en el apartado cuarto del art. 19, p. 7. “La enmienda 129 del Grupo Popular al art. 19.4 del Proyecto, aprobada por la Ponencia, incidía en algunas de las críticas que ya efectué al Proyecto, en lo poco coherente de la medida desde la perspectiva del interés del adoptando, e ilustraba con la discriminación que supondría diferenciar entre algunos de los potenciales supuestos contemplados por el art. 19.4 del Proyecto y la posibilidad de reconocer e incluso transformar en plena las adopciones simples. Creo que la novedad es positiva”. La Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011 había abundado en el error al precisar que “si la Ley sustantiva que se aplica es la española, la posible prohibición o desconocimiento por parte del Derecho del país de origen del menor de la institución de la adopción, no será óbice a la constitución de ésta”. También de esta opinión, aunque con matices, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 392 ss. Algo en lo que ha persistido el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto...*, *loc. cit.*, p. 92, incidiendo en que la norma debería aclarar si la prohibición afecta a los menores con residencia habitual en España. Entendemos que el artículo es lo suficientemente explícito, al establecer que sólo cabe no apli-

como dan fe algunas sentencias que permitían que niños de origen marroquí *kafalados* por españoles pudieran ser adoptados en España⁶⁴. Esto entrañaba un uso fraudulento de esta institución de protección de menores, que se constituía con el único objeto de lograr una posterior adopción del menor en España⁶⁵, sin intención alguna de cumplir las obligaciones que la legislación del país de origen impone a los guardadores o *kafiles*⁶⁶.

45. Aunque la LAI en su inicial redacción no contemplaba la conversión automática de la *kafala* en adopción, sino que, contemplada que como medida de protección de menores, se consideraba que podía equipararse al acogimiento o en su caso a la tutela (art. 34 LAI), para algunos el art. 18 LAI posibilitaba la ulterior adopción del menor *kafalado* (*makful*) conforme a la ley española cuando el menor tuviese residencia habitual en España en el momento de constituirse la adopción, o bien hubiese sido o fuese a ser trasladado a España con el fin de establecer aquí su residencia habitual. La prohibición explícita introducida en el apartado cuarto del art. 19 viene a solucionar esta dualidad interpretativa que en buena medida suscitó un conflicto con Marruecos por el uso fraudulento de las *kafalas*⁶⁷.

46. Con esta reforma, España se alinea con otros países como Francia que en el art. 370.3º párrafo segundo de su Código Civil establece que la adopción de un menor extranjero no puede ser pronunciada si su ley personal prohíbe esta institución, excepto si este menor nació y habitualmente reside en Francia. En concreto, este precepto fue objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Euro-

car lo establecido en él en el caso de que se trate de un menor que se encuentre tutelado por una Entidad pública en España por haber sido declarado en situación de desamparo.

⁶⁴ Entre otros, pueden consultarse los autos de las Audiencias Provinciales de Cantabria (Sección 2ª) nº 71/2015, de 30 de abril y de Barcelona (Sección 18ª), nº 181/2008, de 8 de julio. En contra de que se pueda constituir una adopción *ex novo* sobre la base de una *kafala*, auto Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), nº 155/2008, de 11 de diciembre y auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), nº 67/2008, de 23 junio 2008.

⁶⁵ Consideran, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 393–394 que si se trata de una *kafala* fraudulenta, esto es, constituida a los solos efectos de poder constituir una adopción *ex novo* en España, en ese caso el juez sobre la base del art. 176 Cc podría estimar que los *kafils* no son sujetos idóneos para adoptar en España, “por haber mentido a autoridades extranjeras a sabiendas de que no iban a cumplir su compromiso y que han utilizado la *kafala* como un mero trampolín jurídico que llegar a la adopción española”.

⁶⁶ A. López Azcona, “Luces y sombras...”, loc. cit., p. 78.

⁶⁷ En este sentido, puede verse M. P. Diago Diago, “Denegación de constitución de *kafala* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular nº 40 S/2 Reino de Marruecos”, Millenium DIPr. (disponible en <http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>, consultado el 2 marzo 2015).

peo de Derechos Humanos de 4 octubre 2012, asunto *Harroudj v. France*⁶⁸, en la que se cuestionaba la adecuación o el respeto del sistema de DIPr francés a los derechos fundamentales consagrados en la Convención europea sobre Derechos Humanos, en particular al derecho de no discriminación por nacionalidad del art. 14 y al derecho a la vida privada y familiar del menor del art. 8⁶⁹, en un supuesto de denegación de adopción en Francia de un menor *makful* de nacionalidad argelina⁷⁰. La reclamante alegaba que la norma francesa suponía un trato discriminatorio para el menor, pues permitir o no la adopción dependía de la nacionalidad que el menor ostentase, cuestión que no reconoció el TEDH al entender que la norma de conflicto reenviaba a la ley personal del menor y ello no puede entenderse como discriminatorio. En este caso, la norma a la que remitía la norma de conflicto francesa era el art. 46 del Código argelino de familia que no admite la adopción, por lo que ésta no podía constituirse sobre el menor⁷¹. El Tribunal recordó, como lo había hecho la sentencia de la *Cour cassation* de Francia de 15 diciembre 2010, que el art. 20 apartado tercero CDN subraya que los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés

⁶⁸ Requête n° 43631/09. Disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113819_#%22itemid%22:\[%22001-113819%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113819_#%22itemid%22:[%22001-113819%22])}, consultado 3 marzo 2016. En parecidos términos, la sentencia TEDH de 16 diciembre 2014, asunto *Chbihi Loudoudi y Otros c. Bélgica* (requête n° 52265/10, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:\[%22Chbihi%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-149111%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:[%22Chbihi%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-149111%22])}, consultado el 4 marzo 2016).

⁶⁹ En concreto, aseveró que este precepto no recoge ningún derecho a fundar una familia ni a adoptar.

⁷⁰ Vid. C. I. Cordero Álvarez, “Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *AEDIPr*, t. XII, pp. 455–489, esp. pp. 463 ss; *id.*, nota a la STEDH de 4 octubre 2012, asunto *Harroudj c. France*, *REDI*, vol. LXV, n° 2, 2013, pp. 283–286; O. Bouazza Ariño, “La institución coránica de la “kafala” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDA*, n° 172, 2015, pp. 227–234; S. Bollée, “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en kafala”, *Rev. trim. dr. homme*, n° 95, 2013, pp. 717–724; T. Garé, “Le refus de transposer la kafala en adoption n’est pas contraire aux droits fondamentaux”, *Semaine juridique*, n° 11–12, 2011, pp. 523–524; N. Marchal Escalona, “La kafala islámica: problemática y efectos”, en F.J. Durán Ruiz (dir.), *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Granada, Comares, 2013, pp. 237–270; N. Saadi, “L’institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français”, *Rev. int. dr. comp.*, n° 1, 2014, pp. 99–130.

⁷¹ Prohibición que como es sabido afecta a la práctica totalidad de los Estados de inspiración islámica, teniendo su plasmación además en el Corán. La razón de esta interdicción la recuerdan E. Jayme, “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993–2, pp. 295 ss; A. Rodríguez Benot, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala”, *Revista General del Derecho*, n° 667, 2000, pp. 4419–4447, esp. p. 4425. Como indican A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 389, algunos países de origen islámico no permiten una *kafala* internacional (Irán, Mauritania, Egipto); otros la permiten siempre que los potenciales *kafils* profesen la religión islámica (Marruecos, Pakistán) y los menos admiten además de la *kafala*, la adopción (Indonesia, Túnez).

exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado y que “[e]ntre esos cuidados figurarán entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. Ello implica reconocer a la *kafala* como una adecuada medida de protección del menor, respetuosa con el pluralismo cultural, cuestión ésta a la que el precepto también otorga importancia, indicando que “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Refuerza este criterio el art. 4 a) CH 1993 que prevé que la adopción únicamente puede tener lugar si las autoridades competentes del Estado de origen establecieron que el niño era adoptable, lo que en estos casos no es posible dado que no se contempla la adopción. Ciertamente, esta limitación del CH 1993 sólo podía aplicarse, en principio, en los casos de adopciones transnacionales.

47. Otra de las novedades más significativas que introduce la Ley 26/2015 en la LAI es la supresión del art. 21, aquél que determinaba la aplicación de la ley extranjera en tanto ley de la residencia habitual del menor si éste residía en ese país en el momento de la constitución de la adopción o iba a ser trasladado a ese Estado con el fin de fijar en él su residencia habitual. La consecuencia inmediata de la supresión del art. 21 ha sido convertir al art. 18 en una norma de conflicto unilateral que tendrá que ser bilateralizada para determinar, por ejemplo, la ley aplicable a una adopción que quiera constituir en España un español/a que resida en el extranjero donde también reside el adoptando/a. Como las normas de competencia judicial internacional en este caso siguen otorgando competencia a los tribunales españoles y sólo contamos ya para determinar la ley aplicable con el art. 18 que indica que se aplicará la ley española cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción o cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, el caso que indico quedaría sin solución, a menos que se bilateralizara la norma en cuyo caso se llegaría a la solución del antiguo art. 21, cuya supresión a la postre suscita dudas.

48. No es posible visualizar con certeza qué es lo que ha pretendido el legislador con la supresión de este precepto. En un primer momento, podría pensarse que está en línea con el concepto de adopción que acoge el art. 1, pero ya hemos advertido que realmente este concepto no es el que se aplica al título II de la Ley. Los tribunales españoles deberían aplicar la ley material española, según el art. 18, cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (lo que sobrepasa el concepto de adopción transnacional acogido en el art. 1) o cuando el adoptando haya sido o vaya a ser

trasladado a España con la finalidad de establecer en nuestro país su residencia habitual. *Quid* en el resto de casos, si el menor no reside en España ni va a ser trasladado a nuestro país para fijar aquí su residencia habitual. Ciertamente, esta cuestión no habría de plantearse si los foros de competencia judicial internacional estuvieran todos ellos inspirados en el principio de proximidad, pero al persistir el foro de la nacionalidad española del adoptante (también el foro de la nacionalidad española del adoptando/a), aunque no sean casos muy numerosos, se puede plantear la posibilidad y nos encontramos en este escenario con un vacío legislativo. En este caso, la solución más sensata sería proceder a bilateralizar lo que se ha convertido en una norma de conflicto unilateral, provocando la aplicación de la ley de la residencia habitual del menor. Esto es, la misma solución a la que conducía el suprimido art. 21.

49. Algo que se confirma en la determinación de la ley aplicable a la adopción consular, dado que en este caso, para que pueda operar es preciso que el menor tenga su residencia en el territorio de la demarcación consular, y a no ser que se tuviera intención de trasladar al menor a España (lo que abriría dudas acerca de la procedencia de la adopción consular) la aplicación de la ley española no procedería. Habría que aplicar entonces la ley del Estado en que el menor residiera. Y ello a pesar de que el art. 17 LAI limite los casos de adopción consular a aquellas situaciones en que no sea preciso la propuesta previa de la Entidad pública competente española.

50. Dentro del capítulo II se modifica también el art. 24, antes titulado “propuesta previa de adopción” y ahora con el título más genérico “cooperación internacional de autoridades”. En él se especifica que cuando la adopción se vaya a constituir ante autoridad extranjera y el adoptante sea español y residente en el país donde se va a constituir la adopción, si la autoridad extranjera solicita información a las autoridades españolas sobre el adoptante, el cónsul podrá recabarla de las autoridades del último lugar de residencia en España o facilitar la información que obre en poder del Consulado o pueda obtener por otros medios. La anterior redacción era esencialmente diferente puesto que pivotaba sobre la propuesta previa de adopción que había de realizar la Entidad pública correspondiente al último lugar de residencia habitual del adoptante en España, salvo si no hubiera residido en España en los dos últimos años, en cuyo caso no era necesaria propuesta previa, pero el cónsul podía recabar de las autoridades del lugar de residencia de aquél informes suficientes para valorar su idoneidad. La redacción actual es mucho más sensata. Aunque no casa bien su encuadre sistemático, pues como su propio título indica hace referencia a la cooperación internacional de autoridades, no a la ley aplicable. Bien es cierto que falta en la Ley un capítulo que haga referencia a la cooperación, aspecto éste trascendental, por más que los

arts. 3 y 9 LAI remitan a las pautas diseñadas por el CH 1993 que han de servir como marco aun para los países que no forman parte de este Convenio.

C) Cambios en los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras

51. En la Exposición de Motivos de la LAI (inalterada por la reforma) se reconoce que el número de adopciones internacionales constituidas por residentes en España ante autoridades extranjeras es mayor que las que se constituyen en España, de ahí la importancia del sector del reconocimiento para garantizar la continuidad en el espacio de las adopciones y la seguridad jurídica del menor. Sin embargo, esto casaba mal con la forma en que el legislador abordó la regulación de los efectos de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras en España, estableciendo un doble control tanto en la competencia internacional de la autoridad de origen como en el Derecho aplicable (art. 26.1.1º y 2º LAI), que complicaba su reconocimiento en nuestro país. Son precisamente estos dos apartados los que se modifican con la reforma.

52. Respecto del control de la competencia de la autoridad de origen, partiendo de la premisa de que tanto antes como ahora sólo es posible el reconocimiento de adopciones en las que ha tenido lugar la intervención de una autoridad pública, descartándose por tanto las adopciones privadas, aunque fueran válidas conforme a la legislación del país en que se hubieran constituido, en la redacción original se consideraba internacionalmente competente la autoridad constituyente si se respetaban los foros reconocidos en su Derecho (primer control), pero, por otro lado, la LAI especificaba cuándo se iban a considerar conforme al Derecho español esas autoridades internacionalmente competentes acogiendo la “tesis del sistema extranjero razonable” (segundo control) frente a la tesis de la bilateralización de los foros de competencia judicial internacional españoles⁷². Obviamente, el objetivo de este precepto era evitar foros exorbitantes, por ello se exigía que hubiera existido una conexión mínima entre la adopción y el Estado en que se hubiera constituido. Aunque sorprendía la doble moral del legislador español, pues no olvidemos que en su art. 14 contempla (aún) foros exorbitantes de competencia (nacionalidad española del adoptante y del adoptando/a).

53. Con la reforma se modifica el art. 26.1.1º, desapareciendo el doble control de la autoridad competente. Ahora sólo existe un control, considerándose competente a la autoridad extranjera si el supuesto presenta vínculos razonables con

⁷² A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 179.

el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se presumirá, en todo caso, que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia previstas en los arts. 14 y 15, lo que permite a la autoridad que reconoce realizar su función sin tener que acudir a una compleja e innecesaria prueba de Derecho extranjero⁷³.

54. En cuanto al control de la Ley aplicada, en su redacción primigenia la LAI exigía que la adopción se hubiera constituido con arreglo a la Ley o Leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de que dependía la autoridad extranjera que constituyó la adopción, al que se añadía un segundo control consistente en comprobar por parte de las autoridades españolas que la autoridad extranjera había aplicado correctamente esa Ley o Leyes en cuanto a los requisitos de consentimientos y declaraciones de voluntad exigidos, ofreciendo la posibilidad de completar estos requisitos en España de acuerdo con la Ley extranjera y ante las autoridades españolas competentes. Nos encontrábamos, por tanto, ante una excepción a la no revisión del fondo. Y aunque determinados autores insistían en que se trataba de una “excepción facilitadora” para impedir que automáticamente se denegara sin más el reconocimiento de la adopción en España⁷⁴, no cabía duda que esto podía complicar, y mucho, el reconocimiento en España de adopciones constituidas ante autoridades extranjeras. Y ello porque se exigía al Encargado del Registro Civil no sólo estar al contenido de la norma de conflicto extranjera, sino además al contenido material de la norma a la que remitiera esa norma de conflicto, teniendo en cuenta que podían ser varias las leyes estatales aplicadas. Y ello, aunque sólo fuera respecto a la “constitución de la adopción”, no dejaba de encarecer y hasta ‘castigar’, si se me permite, a las adopciones constituidas en el extranjero que debieran desplegar sus efectos en España que, por otro lado, y a día de hoy, como ya apuntamos, eran y siguen siendo mayoría.

55. La Ley 26/2015 sustituye el presupuesto del control de la ley aplicada, ajeno al sistema español de reconocimiento de decisiones y resoluciones extranjeras⁷⁵, por el de contrariedad con el orden público español, concretando este

⁷³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/10.pdf), p. 26.

⁷⁴ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007...*, op. cit., p. 195.

⁷⁵ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, loc. cit., p. 26.

concepto jurídico indeterminado en los casos de adopciones en las que el consentimiento de la familia de origen no ha existido, no ha sido informado o se ha obtenido mediante precio, para evitar que en este ámbito de la adopción internacional se produzcan supuestos de niños robados⁷⁶. En todo caso, el concepto de orden público internacional no puede agotarse en esta indicación; debe ser posible subsumir en él todas aquellas prácticas que se detecten que puedan ser consideradas contrarias al interés del menor. Ya que es el art. 21 CDN el que en realidad debe servir de tamiz para valorar si la adopción responde o no a ese interés.

56. Aunque las modificaciones de mayor entidad se introducen de forma muy acertada a mi juicio en el art. 26, también se modifican otros preceptos, en los que la intensidad de la reforma es diversa. La segunda reforma más relevante en este sector, a mi juicio, es la que se lleva a cabo en el art. 30, en el que se aborda, de un lado, los efectos de una adopción simple o no plena legalmente constituida por autoridad extranjera en España (tres primeros párrafos) y, de otro, los trámites para poder convertir esta adopción en plena, pudiendo de esta manera acceder al Registro Civil (párrafo cuarto).

El art. 15 en su apartado tercero define la adopción simple o no plena como “aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española”. Es importante precisar que estas adopciones sí generan un vínculo de filiación con la familia adoptiva, aunque no suponen la ruptura total de los vínculos con la familia de origen. Repárese que nada tiene que ver la adopción simple con la adopción abierta, puesto que en la modificación introducida en el art. 178 Cc, la adopción es plena puesto que se extinguen todos los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, a pesar de que pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones (vínculos afectivos)⁷⁷.

⁷⁶ El art. 26.1.2º LAI especifica que “[a] tales efectos se considerarán que lo vulneran aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constante que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”.

⁷⁷ En mismo sentido, incluso antes de producirse la incorporación de la adopción abierta a nuestro ordenamiento, la Resolución DGRN nº 30/2014, de 14 de octubre (JUR\2015\255457), según la cual “de acuerdo con el informe remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, relativo a la legislación aplicable a las adopciones constituidas en el Estado de Nueva York (Estados Unidos), puede inferirse que el hecho de que se establezca un convenio post-adopción que incluya determinadas visitas con la madre biológica de los menores adoptados, no entra en contradicción con lo establecido en la Ley española relativo a la necesidad de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, puesto que el establecimiento de dicho convenio entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos. Por tanto, se

57. En relación con el alcance de los efectos de una adopción simple en España, se especifica que surtirá efectos en nuestro país si se ajusta a la ley designada por el art. 9.4º Cc, esto es, en principio, a la ley de la residencia habitual del menor “*en el momento del establecimiento*” de la filiación, que en este caso será el momento de constitución de la adopción. Será esta ley la que determine la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad. Además, la adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al art. 19 Cc. En realidad, el principal cambio no es tanto de redacción de la norma como el cambio en el contenido del artículo al que remite que ya no pivota en torno a la ley nacional del menor sino sobre la ley de su residencia habitual. De esta manera, desaparece la posible duplicidad de leyes que antes existía para regular esta cuestión, pues la adopción se regía por la ley de la residencia habitual del menor y el contenido de la filiación por su ley nacional conforme al art. 9.4º Cc.

58. En su apartado cuarto, el art. 30 alude a que la conversión de una adopción simple en plena se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. De hecho, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) regula en su art. 42 el procedimiento, aunque también ofrece pautas el art. 30, de ahí la necesidad de comprobar su coexistencia o, en su caso, qué texto debería de prevalecer.

Para empezar, las reglas de competencia judicial internacional que se ofrecen en los dos preceptos no coinciden. Mientras el art. 42 LJV atribuye competencia a los tribunales españoles cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción o si ha sido o va a ser trasladado a nuestro país con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual, también si el adoptante es español o reside habitualmente en España, el art. 15.2 LAI atribuye a nuestros tribunales competencia además cuando el adoptando tenga nacionalidad española o cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española. Situación esta última inconcebible, puesto que conforme al Derecho español no puede constituirse una adopción simple⁷⁸.

De modo que para un mismo supuesto de hecho nuestro ordenamiento jurídico cuenta con dos disposiciones contenidas en dos leyes diferentes, ambas de carácter especial y con una solución distinta, ¿qué texto debe prevalecer? Por su

consideraría que las adopciones objeto de la solicitud de los promotores tienen equivalencia de efectos con la adopción española de acuerdo con lo dispuesto por el art. 26.2º de la Ley de Adopción Internacional”.

⁷⁸ C. Vaquero López, “Nuevas normas...”, *loc. cit.*

carácter específico considero que, sin duda, la LAI. Realmente, hubiera bastado con que el art. 42 LJV se limitara a regular el procedimiento, sin formular reglas de competencia judicial internacional que no sólo no aportan nada a las ya reguladas por la LAI, sino que su diferente contenido genera una incertidumbre innecesaria.

59. Pero aun en la regulación del procedimiento hay un aspecto que sorprende, y es la nula presencia de los progenitores biológicos en el procedimiento de conversión de la adopción simple en plena⁷⁹, aunque ciertamente los términos en los que está redactado el apartado cuarto del art. 42 pueden avalar una interpretación integradora. Según este precepto, “[e]n todo caso habrán de manifestar su consentimiento ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado si fuere mayor de doce años. Si fuera menor de esa edad se le oirá de acuerdo con su edad y madurez. Deberá asentir el cónyuge del adoptante o la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Frente a ello, el art. 30 LAI exige al juez competente examinar entre otros los siguientes extremos: a) Que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia de origen. b) Que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito. El último elemento a tener en cuenta es que la conversión, según la LAI, se regirá por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución. Esto es, será esta ley la que verdaderamente determinará si los progenitores biológicos deben intervenir de alguna manera en la conversión. Hay que considerar que la adopción simple conlleva romper los vínculos con la familia de origen, por lo que es lógico que, si se dieran las circunstancias, tener en cuenta en la medida que la ley de la constitución así lo exijan los consentimientos de los progenitores.

Avala esta interpretación el art. 27 CH 1993, según el cual “[s]i una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si a) la ley del Estado de recepción lo permite; y b) los consentimientos exigidos en el art. 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados

⁷⁹ A. López Azcona, “Luces y sombras...”, *loc. cit.*, p. 80.

para tal adopción⁸⁰. Estos requisitos se corresponden con los enumerados en el art. 30 LAI. Por lo que aunque en el art. 42 LJV no se haga referencia explícita a ellos, la opinión de los progenitores expresada en forma de consentimiento, asentimiento o audiencia, deberá ser tenida en cuenta para que la conversión se produzca válidamente⁸¹.

Del testimonio del auto de conversión de la adopción simple en plena se dará traslado al Registro Civil correspondiente para su inscripción (art. 42.5º LJV).

La reforma de este artículo ha suprimido la referencia, incomprensible, que se hacía originalmente en el texto de la Ley en el sentido de considerar la adopción simple o menos plena como un acogimiento familiar. No puede equipararse lo que no tiene relación entre sí y, en este caso, la adopción simple crea un vínculo de filiación por lo que es muy acertada la supresión de esta referencia.

60. Respecto de las otras modificaciones de menor intensidad, haremos referencia a continuación a las introducidas en los arts. 27, 28 y 29.

El art. 27 regula el control de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera. El cambio que ha experimentado básicamente consiste en introducir los preceptos convencionales o en su caso internos que habrá de tener en cuenta la autoridad pública española ante la que se suscite la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la inscripción de la adopción constituida en el extranjero para su reconocimiento en España. Si el Estado en que se ha constituido la adopción es parte del CH 1993, la validez se controlará incidentalmente a través de la presentación del certificado de conformidad con lo previsto en su art. 23 y de la constatación de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el art. 24, esto es, que no se considere que la adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Si se trata de menores que no provengan de Estados signatarios del CH 1993 ni de cualquier otro con el que España tenga Convenio⁸², el Encargado del Re-

⁸⁰ Vid. F. Calvo Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Servicio de Publicaciones – Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 381 ss.

⁸¹ Opinión avalada también por el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR) “Adopción plena *versus* adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, *Ficha de formación* nº 29, enero 2007 (disponible en <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/esp/29.pdf>, consultado el 14 marzo 2016). Téngase en cuenta además que el art. 5.1º del Convenio europeo de adopción, del que nuestro país es parte, exige el consentimiento de los progenitores en la adopción, en caso de que pudieran otorgarlo.

⁸² Aunque el precepto sólo hace referencia al CH 1993, hay que tener en cuenta también los Convenios bilaterales que ha firmado España, en concreto, con Vietnam (Convenio de Cooperación en materia

gistro Civil realizará dicho control incidental verificando si la adopción reúne las condiciones de reconocimiento previstas en los arts. 5.1º.e), 5.1º.f) y 26 LAI. Esto es, habrá de reunir las condiciones para que la adopción pueda ser reconocida en España (art. 26) y habrá de comprobar que los consentimientos dados por parte de todas las personas, instituciones y autoridades intervinientes en la adopción han sido informados convenientemente.

Según la Disposición adicional segunda LOPJM, para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el Encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5 Cc, cuyo precepto remite a la LAI, de ahí que en este caso no quepa hacer elucubraciones sobre la aplicabilidad de la LJV (art. 12), teniendo en cuenta además la remisión genérica que se formula en el art. 41 LJV a la LAI.

61. El sentido de la reforma del art. 28 relativo a los requisitos para la validez en España de decisiones extranjeras de conversión o nulidad de una adopción es únicamente suprimir la referencia a la modificación, pero queda con el mismo contenido; esto es, continúa la referencia al art. 26 LAI para que una resolución dictada por una autoridad pública extranjera en materia de conversión o nulidad pueda ser reconocida en España.

62. La modificación del art. 29 que versa sobre la inscripción de la adopción en el Registro Civil supone un cambio importante respecto a la anterior regulación, puesto que lo que antes era una facultad de los adoptantes ahora se convierte en una obligación. Así, especifica que cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley del Registro Civil para que la adopción se reconozca en España. Esta última referencia “para que la adopción se reconozca en España” no estaba en la redacción original de la LAI, de hecho y *a priori*, era posible reconocer la adopción sin luego instar la inscripción en el Registro Civil.

D) Otras medidas de protección internacional de menores

63. El título III dedicado a la regulación de las normas de DIPr referidas a otras medidas de protección de menores distintas de la adopción también ha experimentado cambios de interés.

de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 diciembre 2007 – BOE 18.1.2008) (art. 12) y el ya citado con Rusia (art. 11).

Así, se modifica el art. 32 que regula la competencia para la constitución de otras medidas de protección de menores, en concreto para hacer una referencia expresa al Reglamento (CE) nº 2201/2003 y al CH 1996, puesto que la alusión genérica a los convenios y tratados internacionales ya constaba en la redacción primigenia de la Ley. Desaparece de modo inexplicable la referencia que antes sí se hacía a la LOPJ, lo cual, después de haber introducido el legislador en esta materia, consciente o no, el foro exorbitante de la nacionalidad del demandante, en el art. 22 *quáter* d) LOPJ, no parece tener mucho sentido.

64. El art. 33 que se encarga de establecer la ley aplicable a otras medidas de protección de menores se modifica en el mismo sentido que el anterior, incorporando la referencia expresa al CH 1996 junto a la genérica que ya constaba en la redacción original al resto de tratados y convenios internacionales. E igual que en el anterior precepto desaparece la referencia al régimen interno regulado en el art. 9.6º Cc. En este caso, puede tener sentido, ya que el art. 9.6º Cc remite al CH 1996, pero en este escenario se nos plantea la duda de si por vía de remisión interna puede ampliarse el ámbito de aplicación subjetiva del Convenio, ya que éste se aplica a los menores desde que nacen hasta que cumplen los dieciocho años (art. 2), pero podemos encontrarnos con casos en que conforme a la ley personal del menor, que en España se sigue rigiendo por su ley nacional (art. 9.1º Cc), éste adquiera la mayoría de edad con posterioridad a cumplir los dieciocho años. En este caso, ¿qué ley aplicaremos? Tras la reforma del art. 9.6º Cc no es posible más que aplicar el CH 1996, se cumpla o no su ámbito de aplicación. ¿Ha sido consciente de ello el legislador?

65. En cuanto a la reforma introducida en el art. 34 que regula los efectos legales en España de las decisiones relativas a las instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras, tres son las modificaciones más relevantes. En primer lugar, se modifica la forma de proceder al control de la competencia de la autoridad de origen, apelando ahora a la vinculación estrecha del supuesto, en función del origen del menor, de los antecedentes familiares o de otros órdenes similares. En segundo lugar, se suprime el control de la ley aplicada, sustituyéndolo por el más genérico control del orden público. Por último, se introduce un nuevo supuesto sobre el control incidental de la validez de una medida de protección, según el cual, “[l]a autoridad pública española ante la que se suscite la cuestión de la validez de una medida de protección constituida por autoridad extranjera y, en especial, el Encargado del Registro Civil en el que se inste la anotación de la medida de protección constituida en el extranjero para su reconocimiento en España, controlará, incidentalmente, la validez de dicha medida en España con arreglo a este artículo”.

V. Consideraciones finales

66. Cuando se acomete una reforma tan profunda y de tanto calado como la que han llevado a cabo la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 es posible preguntarse si el resultado final responde o no a las expectativas creadas. Y aun reconociendo que se han producido cambios importantes, no sé si en todos los casos hubiera sido preciso reformar tanto para avanzar tan poco, al menos en lo relativo a los aspectos internacionales de la reforma que es a los que hemos prestado atención en este trabajo. Así, por ejemplo, en el tratamiento de los menores extranjeros no acompañados los cambios que se han introducido son muy tímidos (también muy tibios) y con carácter general no aportan nada al régimen diseñado por la Ley de Extranjería. Tampoco está muy claro, pese a haberse presentado como una de las reformas importantes, la introducción de las reglas de competencia de las Entidades públicas respecto de menores españoles que se hallen en el extranjero en una situación de posible desprotección; ni su supuesto de hecho ni su formulación parecen traducir operatividad. Al tiempo que se ha desperdiciado la oportunidad de concretar la reglas de competencia interna de las Entidades públicas cuando una medida de protección adoptada por una autoridad extranjera deba ejecutarse en España, para la que podrían haber servido las reglas de competencia enunciadas en el art. 18.5º LOPJM.

67. De mayor calado, en cambio, ha sido la modificación de los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 Cc que supone a la postre la deconstrucción de este precepto. Y ello porque aunque hubo un tiempo en que las materias en él reguladas, genéricamente conocidas como estatuto personal, giraban en torno a la ley personal del sujeto que, según el art. 9.1 Cc, todavía hoy viene determinada por su ley nacional, tras los cambios que ha ido experimentado este precepto, desde 1990 hasta hoy, ya no puede decirse lo mismo⁸³. De hecho, y tras esta reforma, sólo la capacidad y el estado civil quedan comprendidos dentro del radio de acción de la ley nacional. El resto, bien se regulan por textos europeos o convencionales, en los que con carácter general, la nacionalidad ocupa un papel secundario, o bien directamente se ha optado por la ley de la residencia habitual, como en la determinación de la filiación o en la protección de mayores.

Suscita dudas, de otro lado, la remisión a los textos convencionales por la que ha optado el legislador en los apartados modificados de este precepto, y ello por tres razones principalmente. En primer lugar, por la falta de coherencia, dado

⁸³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 16 ss.

que si es ésta la técnica que se va a utilizar a partir de ahora para incorporar en los textos internos la pluralidad normativa del DIPr, debería haberse hecho lo propio en los demás apartados del art. 9 y en los referidos del art. 10, en los que también se aplican con prioridad a la normativa autónoma los textos convencionales o europeos. En segundo lugar, esta remisión indiscriminada a las normas internacionales, puede provocar inconsistencias, como la reseñada en el art. 9.6 Cc, pues puede ser necesario adoptar medidas de protección sobre menores que lo sean según su ley nacional y que sin embargo no se encuentren dentro del ámbito de aplicación del CH 1996 (mayores de dieciocho años). Para estos casos no cabe más que entender que el legislador español ha incorporado por referencia este Convenio, haciéndolo aplicable más allá de su ámbito de aplicación. Por último, la incorporación de conceptos como la “responsabilidad parental”, tomado de los textos internacionales, sin que exista una correlación entre el alcance dado al concepto en la normativa interna española y el que tiene en las normas internacionales, puede provocar problemas de calificación que se habrían evitado si se hubiera realizado una labor de adaptación previa más concienzuda.

68. Pero, sin duda, la reforma de mayor interés para los internacionalprivatistas ha sido la profunda renovación de la Ley de Adopción internacional. Se han modificado prácticamente todos sus preceptos, lo que ha dado como resultado una Ley esencialmente distinta de la originaria, con mejoras importantes, pero también con alguna laguna que habrá que resolver en su aplicación.

Empezando por sus bondades, considero acertado que la Administración General del Estado haya asumido competencias que por cuestiones ajenas a la Constitución, quedaron en manos de las CC.AA. en la redacción primigenia de la Ley. Así, todo lo referido a la acreditación de los Organismos de acreditación de adopción internacional que pretendan operar en el extranjero, limitando su número si fuera preciso y asumiendo su control en todo lo que trascienda de España, recayendo a su vez sobre las CC.AA. el control de la acción de estos Organismos en las actividades que lleven a cabo en sus respectivos territorios. También es acertada la asunción por parte de la Administración General del Estado de la competencia para determinar la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de las mismas, haciéndolo en colaboración con las Entidades públicas.

69. En lo que respecta a las normas de DIPr atinado ha sido introducir el párrafo cuarto del art. 19 para evitar que pueda ser adoptado un menor si su ley nacional lo prohíbe, con la excepción de que esté tutelado por una Entidad pública española por haber sido declarado en situación de desamparo. De esta manera se termina con el problema de estos últimos años en torno a las *kafalas*

marroquíes. Pero el sector que más se ha saneado, pues eran numerosas sus deficiencias, es el relativo a los efectos en España de las adopciones constituidas ante autoridades extranjeras. El art. 26 se ha aligerado enormemente, eliminando los dobles controles que antes existían tanto en la competencia de las autoridades que habían constituido la adopción como en el Derecho aplicado. Se ha eliminado el control de la ley aplicada, y el control de la autoridad de origen se debe realizar sobre la base de la bilateralización de los foros regulados en los arts. 14 y 15 LAI, lo que es mucho más razonable y supone la despenalización de las adopciones internacionales que se llevan a cabo ante autoridades extranjeras, que siendo las más numerosas, se enfrentaban a trabas severas para poder ser reconocidas en España.

70. Pero también hay serias taras en la Ley, siendo dos las fundamentales, a mi juicio. De un lado, no se entiende muy bien el nuevo concepto de adopción internacional introducido en la Ley, apostando por la adopción transnacional, esto es, aquella que implica el cambio de residencia habitual del menor de su Estado de origen al Estado de residencia de los adoptantes. El propio precepto indica que esta definición es sólo a los efectos del título I en que se regula la fase administrativa previa de la adopción, por lo que habría que entender que el concepto de adopción que se baraja en el título II es otro distinto y, en efecto, tiene sentido que así sea, puesto que si esta Ley sólo regulara las adopciones transnacionales no tendrían sentido muchos preceptos de la misma, tanto en competencia judicial internacional como en Derecho aplicable. En fin, la clarificación pretendida con la introducción de este nuevo concepto, según la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, realmente ha quedado en entredicho. No habría sucedido nada manteniendo el concepto de adopción que figuraba en la redacción original de la Ley. La segunda tara de relevancia es la supresión del art. 21, que conlleva convertir lo que era una norma de conflicto bilateral en una norma de conflicto unilateral que deberá ser bilateralizada. Si se hubieran depurado los foros exorbitantes de la nacionalidad del adoptante y del adoptando este problema no se plantearía, pero al haberse mantenido se pueden dar casos en que no tengamos en la LAI un precepto concreto para resolver qué ley se aplica a una adopción que se constituya en España si el adoptando ni reside ni tiene intención de residir en España.

71. Existen otras cuestiones que también pueden ser objeto de crítica como haber mantenido la anacrónica institución de la adopción consular o establecer en dos leyes distintas el régimen referido a la conversión de una adopción simple en plena. Pero en líneas generales son más los aciertos que los errores. Al menos, en la actual LAI se vislumbra el deseo de buscar la operatividad práctica, rehuyendo de formulaciones teóricas que tanto abundaban en la anterior redac-

ción de la Ley. Ahora las intenciones del legislador, aun siendo las originales puesto que no se ha modificado su Exposición de Motivos, sí se corresponden con su articulado.

Bibliografía

- Adroher Biosca, S.: “Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional”, en M. D. Adam Muñoz y S. García Cano (directoras), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 137–160.
- Adroher Biosca, S.: “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los ‘santos inocentes’”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, 2009, pp. 13–55.
- Álvarez González, S.: “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *Diario La Ley*, nº 6910, Sección Doctrina, 25 marzo 2008.
- Álvarez Olalla, M.P.: “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, nº 4, 2014, pp. 37–49.
- Arenas García, R. y González Beilfuss, C.: “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009, pp. 1–39.
- Bollée, S.: “La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en kafala”, *Rev. trim. droits d l’homme*, nº 95, 2013, pp. 717–724.
- Botana García, G.A.: “La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2015.
- Bouazza Ariño, O.: “La institución coránica de la “kafala” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 172, 2015, pp. 227–234.
- Calvo Babío, F.: *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Servicio de Publicaciones – Universidad Rey Juan Carlos, 2003.
- Calvo Babío, F.: “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, nº 125, 2008.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional. (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2007.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2015.
- Carballo Piñeiro, L.: “España: reforma del sistema de competencia judicial internacional e introducción de excepciones de litispendencia y conexidad internacionales”, en <https://cartasblogatorias.com/2015/08/13/espana-reforma-del-sistema-de-competencia-judicial-internacional-e-introduccion-de-excepciones-de-litispendencia-y-conexidad-internacionales/>, entrada del 13 agosto 2015, consultado el 16 marzo 2016.
- Carballo Piñeiro, L.: “España: Ley aplicable al establecimiento de la filiación y a la protección de mayores”, en <https://cartasblogatorias.com/2015/12/08/espana-ley-aplicable-al-establecimiento-de-la-filiacion-y-a-la-proteccion-de-mayores/>, entrada del 8 diciembre 2015, consultada el 10 marzo 2016.

- Cordero Álvarez, C.I.: “Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *AEDIPr*, t. XII, pp. 455–489.
- Diago Diago, M.P.: “Denegación de constitución de *kafala* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular nº 40 S/2 Reino de Marruecos”, Millenium DIPr. (disponible en <http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>, consultado el 2 marzo 2015).
- Durán Ayago, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Editorial Colex, 2004.
- : “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (eds.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295–318.
- : “La nueva regulación de la adopción internacional”, en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Editorial La Ley, 2008, pp. 543–566.
- : “La deficitaria política convencional de España en materia de repatriación de menores extranjeros no acompañados: nociones para el desencanto”, en I. E. Lázaro González y B. Moroy Arambarri, *Los menores extranjeros no acompañados*, Madrid, Tecnos – Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2010, pp. 205–228.
- Espinar Vicente, J.M.: “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, nº 18, octubre 2008, t. 2, pp. 1–16.
- Esteban de la Rosa, G. (coord.): *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 2007.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ”, en <http://almacendederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj/>, entrada del 23 julio 2015, consultado el 16 marzo 2016.
- Garé, T.: “Le refus de transposer la kafala en adoption n’est pas contraire aux droits fondamentaux”, *Semaine juridique*, nº 11–12, 2011, pp. 523–524.
- Gómez Megías, A.M.: “Aspectos básicos de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección y la infancia y adolescencia”, *Diario La Ley*, 30 julio 2015, nº 8593.
- Gómez Campelo, E.: “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 18, 2009, pp. 1–47.
- Herranz Ballesteros, M.: “Prohibiciones y limitaciones del art. 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 195–213.
- Iglesia Monje, M.I. de la: “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, nº 8590, de 24 julio 2015.
- Jayme, E.: “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993–2, pp. 295 ss.
- Lázaro González, I.E.: “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”. *TOP Familia y sucesiones: cuaderno jurídico. Artículo Monográfico*, ed. Jurídica SEPIN junio 2015, disponible en <http://goo.gl/FyIeo9>, consultado el 6 diciembre 2016.
- López Azcona, A.: “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de

- protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2185, enero 2016, pp. 1–89.
- Marchal Escalona, N.: “La kafala islámica: problemática y efectos”, en F.J. Durán Ruiz (dir.), *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Granada, Comares, 2013, pp. 237–270.
- Miguel Asensio, P. A. de: “La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)”, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/07/la-cuestionable-revision-de-las-normas.html>, entrada del 26 agosto 2015, consultado el 16 marzo 2016.
- Moreno-Torres Sánchez, J.: “Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Save the Children*, Málaga, 2015.
- Muñoz García, C.: “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: Mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme”, *Diario la Ley*, nº 8342, de 27 junio 2014.
- Paniza Fullana, A.: “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, vol. 2, nº 8.
- Rodríguez Benot, A.: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la Kafala”, *Revista General del Derecho*, nº 667, 2000, pp. 4419–4447.
- Saadi, N.: “L’institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 1, 2014, pp. 99–130.
- Ureña Martínez, M.: “Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, nº 15, pp. 145–148.
- Trillat, B.: “Une migration singulière: la adoption internationale”, *Actes du séminaire Nathalie-Masse*, 25–27 mai 1992, Centre international de l’enfance de Paris, pp. 15 y ss.
- Vaquero López, C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9/2015.

Textos complementarios

- Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR) “Adopción plena versus adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, *Ficha de formación* nº 29, enero 2007 (disponible en <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/esp/29.pdf>).
- Consejo de Estado, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 27 noviembre 2014 (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/16.pdf).
- Consejo Fiscal, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, 14 julio 2014 (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/14.pdf).
- Consejo General del Poder Judicial (Pleno), *Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, 30 septiembre 2014 (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/15.pdf).

Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “Extranjeros residentes en España a 31 diciembre 2015” (disponible en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201512/Residentes_Principales_Resultados_31122015.pdf).

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (disponible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/10.pdf).

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 7.6.2016

LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA CLÁUSULA DE ESCAPE DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera. 1. El Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971. 2. Importancia de la ley aplicable en materia de daños derivados de accidentes de tráfico. III. Interpretación de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II en la jurisprudencia inglesa. 1. El asunto *Winrow v. Hemphill*: A) Hechos relevantes del caso; B) La *lex loci damni* como regla general; C) Excepción a la norma general: Residencia habitual común de las partes; a) Dificultades para determinar la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño; b) Residencia habitual y doctrina del TJUE; c) Interpretación de la *High Court*; D) Ley del país con el que el hecho dañoso presenta los “vínculos manifiestamente más estrechos”: a) Planteamiento: Previsibilidad *versus* flexibilidad; b) Conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración; c) Regulación de la totalidad del hecho dañoso por la ley designada (no admisión del *depeçage*); d) Inaplicación de la cláusula de escape. 2. El asunto *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others*: A) Hechos relevantes del caso; B) País donde se produce el daño y *lex loci damni*; C) La excepción de la residencia habitual común de las partes; D) Argumentos de la *High Court* para aplicar la cláusula de escape. IV. Valoración final.

RESUMEN: En los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos, el Reglamento Roma II establece en su art. 4.3º una cláusula de escape que permite aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos*, desplazando, así, a la *lex loci damni* o a la ley designada por la residencia habitual común de las partes. El objeto de este trabajo es analizar las circunstancias que permiten identificar el país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso a la luz de dos recientes sentencias de la England and Wales High Court. En ausencia de interpretación de este precepto por parte del TJUE, los asuntos *Winrow v. Hemphill* y *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others* examinan en detalle la cláusula de escape y clarifican una de las cuestiones básicas establecidas en el Reglamento Roma II. En

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

ambos casos, la High Court pone de manifiesto la naturaleza excepcional del principio de los vínculos manifiestamente más estrechos y concluye que el art. 4.3 constituye un gran obstáculo para las partes que pretendan activar la cláusula de escape con el fin de desplazar la ley aplicable en virtud del art. 4.1 ó 4.2°.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II – OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES – LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE TRÁFICO – CLÁUSULA DE ESCAPE – VÍNCULOS MANIFIESTAMENTE MÁS ESTRECHOS – RESIDENCIA HABITUAL COMÚN — *LEX LOCI DAMNI*.

ABSTRACT: *Applicable Law to Liability Arising From Cross-border Traffic Accidents: the Escape Clause in Article 4.3 of Rome II Regulation in the Light of the English High Court Decisions*

In determining the applicable law to non-contractual liability arising from cross-border traffic accidents, Rome II Regulation, article 4.3, provides for an 'escape clause' which allows to apply the law of the country to which the tort/delict is manifestly more closely connected, displacing that indicated in paragraphs 1 (lex loci damni) or 2 (law of the common habitual residence of the parties when the damage occurs). The purpose of this paper is to analyze the factors showing a manifestly closer connection of the tort with a country in the light of two decisions recently rendered by the England and Wales High Court. In absence of interpretation of this provision by the European Court of Justice, the judgment Winrow v. Hemphill with Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others are one of few discussing the escape clause of article 4.3 in such detail and provide a welcome clarification of the principles applicable to one of the central provisions of Rome II. In both cases the Court emphasises the exceptional nature of the "manifestly more closely connected principle" and concludes that article 4.3 places a high hurdle in the path of a party seeking to displace the law indicated by article 4.1 or 4.2.

KEYWORD: *ROME II REGULATION – NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS – LAW APPLICABLE TO TRAFFIC ACCIDENTS – ESCAPE CLAUSE – MANIFESTLY MORE CLOSELY CONNECTED – COMMON HABITUAL RESIDENCE – LEX LOCI DAMNI.*

I. Introducción

El Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹ tiene como objetivo la armonización de las normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones extracontractuales, favoreciendo la previsibilidad del derecho aplicable, reforzando la previsión de las soluciones y la seguridad jurídica y atenuando los problemas que plantean las situaciones de *forum shopping*². El Reglamento Roma II (RR II) establece normas generales para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito³ y normas específicas para ciertas obligaciones⁴. Sin embargo, no incluye una norma

¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 (Roma II) DO L 199 de 31.07.2007 (en adelante, RR II).

² Vid. Considerandos 4, 6, 14 y 16 RR II.

³ *Ibid.*, art. 4.

⁴ *Ibid.* arts. 5 ss.

de conflicto especial para identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos. Por otra parte, no resulta habitual que las partes preparen un acuerdo que rijan la posible responsabilidad extracontractual que surja de sus relaciones cotidianas por lo que rara vez harán uso de la libertad de elección prevista en el RR II⁵. Consecuentemente, en estos casos, habrá que acudir a la norma general prevista en el art. 4⁶, pues tanto en la Propuesta de Reglamento⁷ cuanto en sus Considerandos queda patente que el legislador considera suficiente esta norma general para regular ese tipo de supuestos⁸.

El art. 4 RR II establece como norma general la aplicación de la ley del país donde se produce el daño (*lex loci damni*), con independencia

“... del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

En este sentido, conviene precisar que en los accidentes de circulación el lugar del daño será aquél en el que se produzca la colisión o accidente. Se trata de una norma de conflicto de leyes tradicional en el Derecho internacional privado basada en la conexión territorial y sobre la base de la responsabilidad objetiva que se predica neutral, pues no favorece ni al causante del daño ni a la víctima sino que trata de buscar un justo equilibrio entre los intereses de las partes en litigio⁹.

⁵ *Ibid.* art. 14. *Vid.* T. Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable law in Tort—Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy, eds., *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–114.

⁶ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 712, 2009, p. 838; P. A. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, párrafo 26.

⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), COM (2003) 427 final, de 22.07.2003 (en adelante, la Propuesta de Reglamento).

⁸ Considerando 33 RR II y la Propuesta de Reglamento, p. 12, ap. 1: *Norma general*.

⁹ P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 20; E. Fernández Masía, “Primeras consideraciones sobre el anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, n 34, septiembre, 2003, p. 911; F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho conflictual en Europa: El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, n° 6811, 2007, p. 9; T. Kadner Graziano, “Le nouveau droit International privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, n° 3, p. 457; y J. von Hein, “Chapter II Torts/Delicts” en G. P. Calliess (ed) *Rome Regulations, commentary on the European rules of the Conflicts of Laws*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, p. 402.

Sin embargo, esta regla general presenta dos correcciones o, dicho de otro modo, una excepción y una cláusula de escape. La excepción entrará en juego en aquellos supuestos en los que la persona causante del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en el mismo país en el momento de producirse el daño, aplicándose la ley de dicho país que prevalecerá sobre la norma de la *lex loci damni*¹⁰. La segunda corrección, que actúa como cláusula de escape, prevé la posibilidad de aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos* siempre que se trate de un país distinto a los antes mencionados, desplazando, así, la ley designada en virtud de la norma de la *lex loci damni* y de la residencia habitual común de las partes¹¹. Esta cláusula de escape, que responde al principio de proximidad entre el Derecho aplicable y la situación que se pretende regular, introduce cierta flexibilidad a la hora de determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales considerando cada caso de manera individualizada¹².

Ahora bien, ¿cómo ha de ser interpretada la cláusula de escape y, en particular, el concepto “vínculos manifiestamente más estrechos” al que se refiere el RR II? Sin lugar a dudas, se trata de justificar la aplicación de la ley de un país porque presenta mayor conexión con el hecho dañoso que la designada por la norma de la *lex loci damni* o de la residencia habitual común de las partes. Para ello, el art. 4 se remite al examen del “conjunto de circunstancias” si bien no especifica cuáles son las que han de tomarse en consideración por el tribunal para precisar si el hecho dañoso presenta *vínculos manifiestamente más estrechos* con otro país.

En este sentido, el RR II señala, a título ilustrativo, que “Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”, si bien, teniendo en cuenta la redacción condicional del verbo “podría” utilizada por el legislador, habrá que considerar que esta presunción no es determinante y que da un margen de apreciación

¹⁰ Art. 4.2º RR II.

¹¹ *Ibid.*, art. 4.3º. La aplicación del principio de los “vínculos más estrechos” como criterio flexibilizador al ámbito del derecho de daños fue propuesta por J.H.C. Morris en su trabajo, “The Proper Law of a Tort”, *Harvard L. Rev.*, vol. 63, April 1951, nº 6, pp. 881 ss.

¹² C. Brière, “Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Rev. trim. LexisNexis JurisClasseur*, nº 1, 2008, p. 52, citando el proceso de flexibilización de las reglas de derecho internacional privado puesto de manifiesto por J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, L, 2000, pp. 214 ss; y E. Fernández Masiá, “Primeras consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 919.

al tribunal para decidir, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, cuando se dan los vínculos manifiestamente más estrechos con otro país¹³.

Así pues, la cláusula de escape prevista en el art. 4.3º RR II prevé una conexión accesoria que permite evitar la aplicación de la *lex loci damni* cuando el lugar donde se produce el daño es un lugar imprevisible para las partes. Sin embargo, esta cláusula de escape tiene carácter excepcional por la incertidumbre que introduce respecto a la ley aplicable y de ahí el alcance restrictivo que ha de darse a la misma. Precisamente, el término “manifiestamente” incluido en el texto corrobora el carácter excepcional de esta disposición que no podrá invocarse de forma generalizada y cuya aplicación ha de basarse en hechos objetivos más que en intenciones subjetivas o en las expectativas de las partes¹⁴. Por este motivo resulta esencial conocer su alcance y delimitación para que los interesados puedan solicitar su aplicación y los tribunales activarla.

Empero, hasta la fecha el TJUE aún no se ha manifestado acerca del concepto “vínculos manifiestamente más estrechos”, situación que puede favorecer el conflicto *inter partes* y su interpretación por parte de los tribunales nacionales. Tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de la relación conductor–pasajero, si bien es cierto que en los transportes de favor no resulta habitual la regulación del mismo mediante la redacción de un contrato por las partes por lo que en estos supuestos la relación conductor–pasajero tendrá que calificarse como extracontractual¹⁵. Por este motivo, la consideración de la relación (contractual) preexistente entre las partes directamente vinculada con el hecho dañoso como vínculo manifiestamente más estrecho a la hora de determinar la ley aplicable resulta compleja.

¹³ C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, *Journ. Pr. Int’l L.*, vol. 8, nº 3, 2012, p. 538; y F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁴ *Vid.* Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*; y Considerando 18 RR II. En la doctrina, *vid.*, por todos, C. Brière, “Le règlement ...”, *loc. cit.*, p. 53; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 1179; P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 23; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 341, párrafo 4.85; y Dicey, *Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, párrafo 35–032, que consideran que el art. 4.3º se aplicará únicamente cuando exista una “*clear preponderance of factors*” que conduzcan hacia otro país distinto al señalado en los párrafos primero y segundo del art. 4.

¹⁵ Respecto a la problemática de la calificación de la relación conductor–pasajero y sus consecuencias, *vid.* A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 510–512 y 529; *id.*, “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, p. 730.

En fin, en el análisis de esta norma no se puede obviar la interpretación de este mismo concepto llevada a cabo a la luz de la aplicación del Reglamento Roma I¹⁶ en aras a la coherencia que las disposiciones y la aplicación material del RR II han de garantizar con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁷.

Por todo ello, en ausencia de doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia, las decisiones de los tribunales nacionales pueden ser de gran ayuda a la hora de delimitar los contornos en la aplicación de la referida cláusula. En este sentido, la reciente jurisprudencia inglesa y, en particular, las decisiones de la *High Court of England and Wales* en los asuntos *Winrow v. Hemphill*¹⁸ y *Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others*¹⁹, que son objeto de estudio y análisis en este trabajo, pueden aportar luz a este debate.

II. Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera

1. El Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971

La ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera viene regulada por el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera²⁰. En el momento actual, trece países de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, aplican el mencionado Convenio²¹. El resto de Estados de la Unión Europea aplicarán el RR II a los accidentes de circulación²² que dispone:

“El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales”²³.

¹⁶ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.07.2008).

¹⁷ Considerando 7 RR II.

¹⁸ *Winrow v. Hemphill* [2014] EWHC 3164 (Queen's Bench Division) (en adelante, la High Court).

¹⁹ *Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others* [2015] EWHC 3421 (Queen's Bench Division).

²⁰ Convenio de 4 mayo 1971. Vid. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=81> (en adelante, el Convenio de La Haya de 1971).

²¹ A saber, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, y República Checa. Convenio que fue ratificado por España mediante instrumento de 4 septiembre 1987 y que se aplica junto a otros países no miembros de la Unión Europea.

²² En este sentido, conviene recordar que Dinamarca no participa en el RR II.

²³ Art. 28 RR II.

Por su parte, el Convenio establece:

“El presente Convenio no afectará a lo dispuesto por otros Convenios en los que sean o puedan ser parte en el futuro los Estados contratantes y que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera”²⁴.

Esto significa que el Convenio constituye un instrumento específico en esta materia y tiene un alcance general²⁵ prevaleciendo sobre el RR II. Consecuentemente, los Estados miembros de la Unión Europea parte del Convenio no aplicarán el RR II para determinar la ley aplicable a los accidentes de tráfico por tratarse de una obligación internacional asumida antes de la aplicación del Reglamento²⁶, mientras que el resto de Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos el Reino Unido, que no son parte del Convenio aplicarán el RR II.

Sin embargo, la coexistencia de estos dos instrumentos en el seno de la Unión Europea puede conducir al *forum shopping* por parte del demandante que tratará de obtener la aplicación de la ley más favorable a sus intereses seleccionando el foro en función del instrumento que un Estado aplique, ya sea el Convenio o el RR II²⁷. Además, la aplicación del Convenio por los tribunales españoles ha generado diversos problemas –dificultades técnicas para el reconocimiento del derecho de otros países signatarios, aplicación del Convenio para determinar la jurisdicción de los tribunales, o las cuestiones de litispendencia–²⁸. Por este motivo, y a la vista de las soluciones que aporta el RR II, un sector doctrinal defiende vivamente que los Estados miembros parte del Convenio de La Haya de 1971 denuncien el mismo con el fin de simplificar el panorama normativo y aplicar de manera generalizada el RR II a estas cuestiones, lo que favorecería una mejor adaptación de la norma comunitaria a cada caso concreto aplicando la

²⁴ Art. 15 Convenio de La Haya de 1971.

²⁵ El art. 1, párrafo primero del Convenio de La Haya de 1971 dispone: “El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto”.

²⁶ P.A. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 26. En relación a la jerarquía normativa entre el RR II y el Convenio de La Haya de 1971, *vid.*, por todos, M. Fallon, “La relación del Reglamento “Roma II” con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 190–194.

²⁷ A. Borrás, “La relation des textes de référence avec les textes internationaux”, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, París, Dalloz, 2009, p. 152; A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación ...”, *loc. cit.*, p. 527; *id.*, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizas*, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, p. 22.

²⁸ J.A. Badillo Arias, “El elemento extranjero en los accidentes de circulación. Funciones del consorcio de compensación de seguros y ofesauto”, en <http://fundacioninade.org/personas-rh-positivo/jose-antonio-badillo-arias>, pp. 18–20.

cláusula de escape y pondría fin a algunas soluciones complejas que dispone el Convenio²⁹.

Dicho esto, de cara a una futura aplicación del RR II en España, la interpretación de la cláusula de escape objeto de análisis puede resultar muy útil y apropiada porque permite flexibilizar la norma general y determinar la ley del país que presenta un vínculo manifiestamente más estrecho con el hecho dañoso, es decir, la ley que corresponde al centro de gravedad del supuesto de hecho.

2. Importancia de la ley aplicable en materia de daños derivados de accidentes de tráfico

El debate acerca de la ley aplicable a los daños derivados de accidentes de tráfico se plantea desde una doble vertiente: de una parte, por la necesidad de identificar la ley que presenta mayor proximidad con el hecho dañoso que ha de regular y, de otra, por el diferente tratamiento que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan a la calificación, naturaleza y cuantificación de las indemnizaciones que corresponden a la víctima de un accidente de tráfico debido a la ausencia de armonización material en esta materia. En este contexto, las partes en el proceso tratarán de buscar la aplicación de la ley que resulte más favorable a sus intereses económicos y en esta tarea encontrarán serias dificultades a la hora de acreditar ante el tribunal la aplicación de la cláusula de escape prevista en el art. 4.3º RR II³⁰.

Podría afirmarse que, frente a la aplicación de la cláusula de escape, la norma general prevista en el art. 4 favorece a la parte demandada pero esto no es algo novedoso pues ya en su Propuesta de Reglamento la Comisión señalaba que la norma general trataba de "... encontrar un equilibrio razonable entre los divergentes intereses de las partes ..." y, por lo tanto, no seguía como norma básica el principio de favorecer a la víctima concediéndole el derecho a elegir la ley que le sea más favorable³¹. En definitiva, las consecuencias de la aplicación de una u otra ley no deben subestimarse pues la *lex causae* será la que regule el fondo del asunto y sus normas materiales las que determinen y regulen aspectos tan impor-

²⁹ P. De Miguel Asensio, "El régimen comunitario ...", *loc. cit.*, párrafo 26; A. Espiniella Menéndez, "Accidentes de circulación ...", *loc. cit.*, p. 528; *id.*, *Las reclamaciones derivadas...*, *op. cit.*, pp. 24 y 82; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2015, p. 600; y L. Garau Juaneda, "La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 503-504.

³⁰ C. Brière, "Le règlement ...", *loc. cit.*, pp. 45, 55; T. Kadner Graziano, "Le nouveau droit ...", *loc. cit.*, p. 459.

³¹ *Vid.* Propuesta de Reglamento, p. 12, ap. 1: *Norma general*.

tantes como “la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada”³², cuestiones que, como ya he señalado, presentan diferencias sustanciales entre los derechos de los Estados miembros.

III. Interpretación de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II en la jurisprudencia inglesa

1. *El asunto Winrow v. Hemphill*

En el asunto *Winrow* se planteaba ante la *High Court* la cuantificación y valoración de los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas por la víctima de un accidente de tráfico ocurrido en Alemania, donde residían tanto la parte actora cuanto la demandada en el momento de producirse el daño, y se dilucidaba si la evaluación de los daños debía regirse por la ley alemana –ley designada por la norma general de la *lex loci damni* y por la excepción de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente– o por la ley inglesa, tal y como pretendía la parte actora activando la cláusula de escape, teniendo en cuenta que las leyes inglesas cuantifican los daños e indemnizaciones en materia de accidentes de tráfico de forma más generosa que otras legislaciones como la alemana. Con esta Decisión el Tribunal contribuye a clarificar el alcance y aplicación de la norma general y la excepción previstas en el art. 4 RR II y pone de manifiesto las dificultades técnicas que presenta la interpretación y aplicación de la cláusula de escape con el fin de desplazar la ley designada por la norma general.

A) Hechos relevantes del caso

El supuesto de hecho que dio lugar a esta Sentencia tiene su origen en un accidente ocurrido en Alemania. Los hechos objetivos que no fueron objeto de controversia entre las partes pueden resumirse del siguiente modo: el 16 noviembre 2009 la Señora Winrow (demandante en el proceso) viajaba como pasajera en el asiento trasero de un vehículo conducido por la Sra. Hemphill (demandada principal en el proceso) cuando, como consecuencia de la negligencia de la conductora, Sra. Hemphill, el vehículo sufrió un choque frontal con otro vehículo conducido por un nacional alemán.

En el momento de producirse el accidente las circunstancias del caso eran las siguientes. En relación a la demandante: La Sra. Winrow ostentaba la nacionali-

³² Vid. art. 15.c) RR II.

dad británica y residía en Alemania desde enero de 2001 donde se había desplazado como consecuencia del destino de su esposo miembro del *HM Armed Service*; durante su estancia en Alemania residió junto a su esposo y tres de sus hijos en una base militar británica; tres de sus hijos estaban escolarizados en Alemania; además, había trabajado a tiempo completo en una Agencia gubernamental del Reino Unido (*Service Children's Education*) en Alemania; finalmente, la Sra. Winrow y su esposo regresaron a vivir a Inglaterra en junio de 2011, dieciocho meses después del accidente. Por lo que respecta a la demandada, Sra. Hemphill: ella también ostentaba la nacionalidad británica en el momento de producirse el accidente; era la esposa de un militar que prestaba sus servicios en el ejército alemán; llevaba residiendo en Alemania un periodo entre 18 y 24 meses antes de producirse el accidente; finalmente regresó a Inglaterra después del accidente. Por último, en relación a la otra parte demandada, la compañía *Ageas Insurance Limited* aseguradora del vehículo siniestrado, se trataba de una compañía registrada en Inglaterra y Wales.

Como consecuencia de la colisión, la Sra. Winrow sufrió daños de los que, inicialmente, fue tratada en Alemania si bien alegaba que se trataba de daños continuados porque necesitó asistencia médica incluso después de trasladarse a vivir a Inglaterra donde estaba sufriendo la mayoría de los perjuicios económicos derivados del accidente y donde ya residía en el momento de iniciarse el proceso judicial. Los daños y las secuelas a los que se refería la demandante en su reclamación eran de carácter físico, moral y económico y consistían en una hernia discal, dolor continuado en la pierna derecha, neuralgias y depresión, así como los gastos y perjuicios económicos ocasionados por los cuidados y asistencia médica recibida y los ingresos dejados de obtener³³.

B) La *lex loci damni* como regla general

Con el fin de evitar que los tribunales tengan la tentación de iniciar su argumentación tratando de buscar la vinculación más estrecha del hecho dañoso con un determinado país, es decir, aplicando la cláusula de escape, el Reglamento Roma II asigna a las normas de los apartados primero y segundo del art. 4 carácter de normas vinculantes y no de simples presunciones en relación al apartado tercero. De ahí que el legislador incluyese el término “manifiestamente más estrechos” con el fin de destacar el nexo con la ley designada por la cláusula de escape³⁴. Por lo tanto, el RR II parte de la regla general (*lex loci damni*), añade

³³ Winrow, *cit.*, ap. 3.

³⁴ Vid. Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesorio*. Por su parte, el Considerando 18 RR II reza: “La norma general deberá ser la *lex loci damni*”.

una excepción (residencia habitual común de las partes) y cierra con una cláusula de escape (vínculos manifiestamente más estrechos). Con esta conexión la norma limita los casos de daños a distancia y los daños indirectos o derivados³⁵. No obstante, algunos autores atribuyen un carácter subsidiario a la regla de la *lex loci damni* y consideran que esta será de aplicación únicamente en la medida en que no pueda justificarse el principio de los vínculos manifiestamente más estrechos o el de la residencia habitual común³⁶.

De este modo, la determinación de la ley aplicable gira en torno al concepto “lugar en el que se produzca el daño”, con independencia de las consecuencias indirectas que puedan producirse en otros países³⁷ y la interpretación que ha de darse al art. 4.1º en armonía con el Considerando 17 del RR II ha de ser que el país en el que se han producido las lesiones de la víctima coincidirá con el país en el que se ha producido el daño (accidente) aún cuando aparezcan secuelas con posterioridad cuando la víctima se encuentre residiendo en otro país. En el asunto *Winrow* el accidente se había producido en Alemania por lo que la aplicación de la norma general conduciría al Tribunal a aplicar la ley alemana siempre y cuando no fuese aplicable la excepción de la residencia habitual común de las partes o el juego de la cláusula de escape.

C) Excepción a la norma general: Residencia habitual común de las partes

Con independencia del país donde se produce el hecho dañoso, la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada prevalece sobre la *lex loci damni* con el fin de atenuar la rigidez de la norma general³⁸. Esta cuestión ha generado un gran debate en la doctrina donde un sector considera que la residencia habitual no siempre tendrá más peso específico que el lugar donde se produce el daño³⁹; otros, sin embargo, defienden que las partes se encontrarán más familiarizadas con la ley de la residencia habitual

³⁵ P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 21; y F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 11.

³⁶ *Vid.*, por todos, A. Briggs, *The Conflict of Laws* 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 281; F.J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada regla general en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 242–243; R. Gil-Nievas, “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, p. 138; y J. von Hein, “Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 461–508, esp. p. 478.

³⁷ *Vid.* art. 4.1º *in fine* RR II.

³⁸ M. A. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, “XI Tesis sobre el estatuto delictual”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, diciembre 2004, p. 10.

³⁹ F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 10.

de su país que con la ley del lugar donde se produce el accidente que puede ser casual⁴⁰.

a) Dificultades para determinar la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño

Para identificar la residencia habitual común el Tribunal en su examen debe tomar en consideración todas las circunstancias que permitan valorar por qué ambas partes han decidido establecerse o habitar en un determinado país y sus vínculos con el mismo. Con carácter previo, la identificación de la persona cuya responsabilidad se alega también puede plantear conflictos de interpretación en algunos supuestos. Así, en el asunto *Winrow* aparecía un elemento añadido o complementario que podría ser relevante a estos efectos, me refiero a la compañía *Ageas Insurance Ltd*, aseguradora del vehículo siniestrado, que también aparecía como demandada en el proceso (*second Defendant*), una compañía registrada en Inglaterra y Wales y, por lo tanto, con residencia habitual en Inglaterra de conformidad con el RR II⁴¹. A mayor abundamiento, el vehículo siniestrado se encontraba registrado en Inglaterra. En este sentido, procede examinar si la compañía aseguradora (al considerarse obligada a responder de forma solidaria con la demandada principal, o subsidiaria, frente a las indemnizaciones solicitadas en el proceso) podría tener encaje dentro del concepto “parte cuya responsabilidad se alega” y si ello podría afectar a la consideración de la residencia habitual común de las partes.

Pues bien ¿cuándo se puede considerar que una persona tiene su residencia habitual en un determinado país? El RR II al referirse a las personas físicas incorpora un concepto autónomo de residencia habitual aplicable únicamente a las que ejerzan una actividad profesional⁴². Ahora bien, ¿qué sucede cuando no esté ejerciendo su actividad profesional?

En mi opinión, no parece factible extrapolar esta interpretación al resto de situaciones en las que intervenga una persona física. Si nos remitimos a otros instrumentos de Derecho internacional privado la situación no es diferente, así, el Reglamento sobre sucesiones internacionales establece como nexo general para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable la “residencia

⁴⁰ J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, p. 416.

⁴¹ El art. 23.1º RR II dispone: “A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central”.

⁴² *Vid.* art. 23.2º RR II que considera el establecimiento principal de dicha persona como residencia habitual en esos casos.

habitual” del causante en el momento del fallecimiento pero no facilita ninguna definición al respecto⁴³.

Por su parte, los Reglamentos Bruselas I *bis*⁴⁴, Bruselas II *bis*⁴⁵, Roma I⁴⁶, y Roma III⁴⁷, también utilizan como punto de conexión la residencia habitual mas no la definen.

Tampoco existe una noción uniforme de “residencia habitual” en Derecho comparado debido a que las definiciones nacionales difieren unas de otras.

En definitiva, no se trata de una tarea fácil y los tribunales habrán de afrontar situaciones en las que la complejidad de los hechos impidan probar con claridad la residencia habitual de las partes. Pensemos en aquellos supuestos de residencia habitual disociada (profesional y familiar); o de residencia habitual alternativa en diferentes Estados; o de residencia habitual no continuada; o de residencia habitual que no alcance un período mínimo de tiempo; o, sencillamente, de inexistencia de residencia habitual en un determinado país. En esos casos, considero que la excepción de la norma de la residencia habitual común no sería de aplicación y decaería en favor de la cláusula de escape siempre que existan vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

b) Residencia habitual y doctrina del TJUE

Por todo ello, este concepto ha de interpretarse de forma autónoma y uniforme conforme a la jurisprudencia del TJUE. Analicemos ahora las aportaciones que ha hecho hasta la fecha en esta materia. Con carácter general, ha definido la residencia habitual como el lugar en el que el interesado ha fijado el centro perma-

⁴³ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.07.2012). *Vid.* art. 3 del Reglamento donde no se incluye entre las definiciones el concepto de “residencia habitual”.

⁴⁴ *Vid.* arts. 15.3º, 19.3º y 72 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO L 351, de 20.12.2012).

⁴⁵ *Vid.* arts. 3.1º.a), 8.1º, 9, 10 y 12.3º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003).

⁴⁶ *Vid.* arts. 4.1º.a), b), d), e) y f); 5.1º; 5.2º; 6.1º; 7.2º y 11, párrafos 2, 3 y 4 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.07.2008).

⁴⁷ *Vid.* arts. 5, 7, 8 y 14 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.12.2010).

nente o habitual de sus intereses con carácter estable, para lo cual habrá que tomar en consideración todos los elementos constitutivos que concurren en cada *cas d'espèce*⁴⁸. En este sentido, ha señalado que para concluir si una persona habita en un determinado Estado miembro:

“... se ha de efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona (...) así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro...”⁴⁹.

En el contexto de las leyes de seguridad social, ha definido el concepto de residencia habitual como el lugar “... en el que los interesados residen habitualmente y donde se encuentra también el centro habitual de sus intereses ...”. En esta interpretación, considera el TJUE que

“... procede tener en cuenta, en particular, la situación familiar del trabajador, los motivos que le han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, deducida de todas las circunstancias ...”⁵⁰.

En materia matrimonial y de responsabilidad parental también encontramos algunos precedentes jurisprudenciales. Así, el TJUE manifestó que para determinar la residencia habitual del menor:

“Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar...”⁵¹

y, por lo tanto, el concepto de residencia habitual “... debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”⁵².

En otra decisión sobre la misma materia indicaba que dado que

⁴⁸ STJCE 15 septiembre 1994, *Magdalena Fernández / Comisión*, C-452/93 P, Rec. 1994, p. I-4295, ap. 22.

⁴⁹ STJCE 17 julio 2008, *Kozłowski*, C-66/08, Rec. 2008, p. I-6041, ap. 48.

⁵⁰ SSTJCE 25 febrero 1999, *Swaddling*, C-90/97, Rec. 1999, p. I-01075, ap. 29; y de 11 noviembre 2004, *Adanez-Vega*, C-372/02, Rec. 2004, p. I-10761, ap. 37.

⁵¹ STJCE 2 abril 2009, *A*, C-523/07, Rec. 2009, p. I-02805, ap. 38. En esta Sentencia el TJUE analizaba el concepto de “residencia habitual” en relación al art. 8, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁵² *Ibid.*, ap. 44.

“...el Reglamento (2201/2003) no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual”. Del uso del adjetivo «habitual» solo puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia”⁵³.

Destaca, además, el Tribunal que el concepto de “residencia habitual”

“...debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”⁵⁴.

Y finalmente que

“Se debe poner de relieve al respecto que para distinguir la residencia habitual de una mera presencia temporal, la referida residencia debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente. El Reglamento no prevé sin embargo una duración mínima. En efecto, para el traslado de la residencia habitual al Estado miembro de acogida importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable. Así pues, la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”⁵⁵.

Ahora bien, el TJUE también ha advertido que su jurisprudencia sobre el concepto de residencia habitual en un ámbito del Derecho de la Unión Europea no puede extrapolarse a otros ámbitos⁵⁶ por lo que en materia de accidentes de tráfico esta jurisprudencia tampoco será determinante.

c) Interpretación de la *High Court*

En su decisión, observa la *High Court* que en el Derecho inglés el concepto de residencia habitual ha sido objeto de interpretación en otras áreas de conocimiento jurídicas como, por ejemplo, el derecho de familia donde se ha afirmado que se trata de una cuestión de hecho y no de voluntades, es decir, la residencia habitual no se adquiere simplemente por el propósito o deseo de una persona si no concurren los requisitos de permanencia y estabilidad para que devenga en habitual⁵⁷. Pero, en otros casos, la jurisprudencia inglesa ha considerado oportuno abandonar su propio criterio en favor del test sobre el concepto de “residencia habitual” establecido por el TJUE⁵⁸ –test que como ha quedado patente no

⁵³ STJUE 22 diciembre 2010: *Mercredi / Chaffe*, C-497/10 PPU, Rec. 2010, p. I-14309, ap. 44.

⁵⁴ *Ibid.*, ap. 47.

⁵⁵ *Ibid.*, ap. 51.

⁵⁶ STJCE, A, C-523/07, *cit.*, ap. 36.

⁵⁷ *Winrow*, *cit.*, ap. 40, donde la *High Court* cita el asunto *In Re LC (Children)* [2014] 2 WLR 124 en su párrafo 59, para afirmar que la residencia habitual “... it is not a matter of intention...”.

⁵⁸ *Winrow*, *cit.*, ap. 40, citando la remisión de Lord Wilson en el asunto *In Re LC (Children)* a las conclusiones en el asunto *A / A (Children: Habitual Residence)* [2014] AC 1 donde se proponía el

siempre resulta de fácil aplicación al no existir una noción uniforme y común—, así, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, aludiendo a la Sentencia *Mercredi v. Chaffe* antes citada⁵⁹. Pues bien, la ausencia de un concepto común también en la jurisprudencia inglesa hacía necesario el análisis de los argumentos defendidos por las partes en el proceso a la luz de la doctrina del TJUE.

La actora, citando tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia inglesa sostenía que el mero hecho de residir en un determinado país no es suficiente, por el contrario, la duración y la voluntad de la persona son cuestiones relevantes a estos efectos. En definitiva, que la residencia habitual será el lugar donde la persona haya establecido su residencia permanente o su centro habitual de intereses considerando para ello todos los hechos relevantes del caso⁶⁰. A mayor abundamiento, la firme voluntad de una persona de residir en un determinado país y de permanecer allí en el futuro, ya sea con carácter temporal o duradero, y su decisión adoptada de forma voluntaria constituyen indicios relevantes que han de estimarse y sopesarse para determinar su residencia habitual⁶¹. En cierto modo, trataba de destacar la relevancia de aspectos subjetivos tales como los deseos o las intenciones del interesado de (no) permanecer en un determinado país, en este caso, Alemania. Con su argumentación, la demandante, pretendía evitar la aplicación de la ley alemana activando la cláusula de escape y, para ello, tenía que demostrar que de las circunstancias del caso se infería que el daño presentaba vínculos manifiestamente más estrechos —entre ellos, curiosamente, la residencia habitual común— con Inglaterra. Alegaba, pues, que tanto la víctima cuanto la causante del daño no residían de manera voluntaria en Alemania ni tenían vocación de permanecer en dicho país que, por otra parte, habían abandonado poco después de producirse el accidente trasladándose a Inglaterra donde ya tenían su residencia habitual en el momento de iniciarse el proceso judicial.

La *High Court*, sin embargo, entiende que la determinación de la residencia habitual de las partes no depende de los deseos o la voluntad de las mismas sino de hechos objetivos, tal y como se desprende del test sobre el concepto de “resi-

abandono del test sobre el concepto de la residencia habitual establecido por Lord Scarman en el asunto *R v. Barnet London Borough Council ex p Shah* [1983] 2 AC 309, en favor del establecido por el TJUE en el asunto *Mercredi / Chaffe*.

⁵⁹ STJCE, *Mercredi / Chaffe*, cit., ap. 47.

⁶⁰ *Winrow*, cit., apartado 12, citando el asunto *M v. M* [2207] EWHC 2047, en su párrafo 27.

⁶¹ La parte demandante se remitía a la doctrina inglesa para fundamentar sus argumentos. *Vid.*, al respecto, *Dicey, Morris and Collins ...*, op. cit., párrafo 6–123; A. Dickinson, *The Rome II...*, op. cit., párrafo 3.51; y *Cheshire, North and Fawcett, Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 185–186.

dencia habitual” establecido por el TJUE⁶². Y así, tras examinar los hechos objetivos consideró que estos identificaban a Alemania como el lugar de residencia habitual común de la persona responsable y de la perjudicada, país en el que habían residido antes, durante y después de producirse el accidente. En particular, y por lo que respecta a la demandante, el Tribunal estimó que su residencia en Alemania, *ex ante* y *ex post* al momento de producirse el accidente no era algo circunstancial sino que abarcaba un periodo considerable, en concreto diez años; que durante este periodo tanto su marido como tres de sus hijos también habían residido allí, donde estos últimos habían sido escolarizados en una escuela gestionada y dirigida por el ejército en Alemania; que durante ese periodo no había constancia de que la familia hubiese tenido una casa en Inglaterra, hecho que podría revelar su voluntad de establecerse en Alemania y desarrollar allí su vida a pesar de que fuese a raíz del destino de su marido en el ejército en dicho país; que la situación de la Sra. Winrow y su familia no era extraordinaria o inusual; que además, todas esas circunstancias y el hecho de encontrarse allí siguiendo a su marido destinado en Alemania no convertían su estancia ese país en involuntaria y, finalmente, que el hecho de que la familia tuviese la intención de regresar a Inglaterra cuando su marido finalizase su trabajo en el ejército no afectaba a las circunstancias existentes en el momento de producirse el accidente⁶³.

Por todo ello, afirma que la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente se encontraba en Alemania y no en Inglaterra. Consecuentemente, de conformidad con el art. 4 RR II, el momento temporal relevante es el de la producción del daño y, por tanto, la residencia habitual común antes o después del mismo carece de relevancia a estos efectos⁶⁴ por lo que la aplicación de la ley alemana no podía ser desplazada por tratarse de la ley del país de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño. Para concluir, la *High Court* considera que la residencia habitual que ha de tomarse en consideración a estos efectos es la del demandante (víctima) y demandado principal (persona cuya responsabilidad se alega), no teniendo consecuencias prácticas el hecho de que la compañía aseguradora del vehículo siniestrado, *Ageas Insurance Ltd*, registrada en Inglaterra y Gales, apareciese como codemandada o *second Defendant* en el proceso principal⁶⁵. Sin embargo, sí

⁶² *Winrow, cit.*, ap. 40, “... *whises, views, intentions and decisions* ...” son los términos utilizados por Lord Wilson en el asunto *In Re LC (Children)*, *cit.*, a los que se remite el Tribunal en su decisión.

⁶³ *Winrow, cit.*, ap. 41.

⁶⁴ J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada ...”, *loc. cit.*, p. 248.

⁶⁵ *Winrow, cit.*, aps. 25 y 39. Para justificar esta afirmación la *High Court* se remitía a su jurisprudencia en el asunto *Jacobs v. Motor Insurers Bureau* [2010] EWHC 231 (QB), ap. 42, donde afirmaba que con el fin de determinar la residencia habitual común de las partes, al socaire del art. 4.2º RR II, la per-

podría tener consecuencias en la aplicación de la regla de los “vínculos manifiestamente más estrechos”. En este sentido, la residencia habitual de la compañía aseguradora y el registro del vehículo en Inglaterra podría garantizar cierta proximidad del hecho dañoso con ese país, si bien la cobertura del seguro válida para el territorio alemán favorecería la conexión con este último teniendo en cuenta que el responsable del daño y el asegurador al contratar el seguro para ese ámbito territorial ya eran conscientes de los riesgos de su actividad en ese Estado, es decir, que ese hecho generaba una previsibilidad en las partes al asegurar la responsabilidad objetiva en el territorio alemán⁶⁶.

D) Ley del país con el que el hecho dañoso presenta los “vínculos manifiestamente más estrechos”

a) Planteamiento: previsibilidad *versus* flexibilidad

La cláusula de escape concede al tribunal cierta flexibilidad para que en determinados casos pueda dejar inaplicada la regla general en favor de la ley que corresponda al *centro de gravedad del supuesto*. Como algún autor ha señalado, la importancia de esta cláusula no se discute porque puede contribuir a mejorar la aplicación de una norma y a corregir conexiones que puedan conducir a un ordenamiento imprevisible para las partes, si bien el *quid* de la cuestión radica en saber en qué medida podrá contribuir a resolver las deficiencias que plantea la norma general⁶⁷. Frente a las soluciones de la *lex loci damni* o el principio de la

sona responsable era aquella cuya conducta había causado el daño y no la compañía aseguradora del vehículo siniestrado, en este caso el MIB como organismo de compensación ante la imposibilidad de identificar la compañía aseguradora del vehículo causante del accidente, de conformidad con la regulación 13 del *Motor Vehicles (Compulsory Insurance) (Information Centre and Compensation Body) Regulations 2003*. Recordemos que los hechos que dieron lugar a este proceso fueron los siguientes: El Sr. Jacobs, de nacionalidad británica y con residencia habitual en Inglaterra, sufrió graves heridas en un accidente de tráfico ocurrido en España (Fuengirola). Mientras se encontraba dentro de su vehículo estacionado en el aparcamiento de un centro comercial el vehículo del Sr. Jacobs fue golpeado por otro vehículo conducido por el Sr. Winfred R. Willem Bartsch, nacional alemán con residencia habitual en España. Como el vehículo no se encontraba asegurado, la demanda fue presentada contra el *Motors Insurers Bureau (MI)* en su calidad de Consorcio de compensación u organismo de indemnización. Cf. en la doctrina, F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 10, quien considera que la residencia habitual se predica de la persona que sufre el daño y aquella cuya responsabilidad se alega pero no del causante del daño que puede ser distinto.

⁶⁶ A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación ...”, *loc. cit.*, pp. 524–525; P. Jiménez Blanco, “El régimen de las acciones indirectas en el Reglamento de Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 296–297.

⁶⁷ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 594–595; S.C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 197 y 203.

residencia habitual común de las partes, que aportan previsibilidad y seguridad jurídica en relación a la ley aplicable, la cláusula de escape puede introducir incertidumbre⁶⁸ si consideramos que antes del accidente de tráfico no se pueden vaticinar o adivinar las conexiones que el hecho dañoso puede presentar con un determinado país. Ahora bien, no es menos cierto que los otros criterios de conexión pueden conducir a una localización fortuita mientras que la cláusula de escape garantiza una mayor proximidad entre la ley aplicable y la situación que regula, atenúa la rigidez de la norma general y supone menores costes de transacción conflictuales para las partes en litigio⁶⁹.

En cierto modo, la cláusula de escape se opone al objetivo general del RR II por lo que su aplicación deber tener carácter excepcional⁷⁰, incorporando tres condiciones para su posible aplicación. En primer lugar, que el hecho dañoso presente vínculos “manifiestamente” más estrechos (no simplemente estrechos) con otro país cuya ley se pretende aplicar; en segundo lugar, que se trate de un país diferente al designado por los puntos de conexión previstos en los apartados primero o segundo de la norma general y, finalmente, que la vinculación más estrecha se perciba claramente, si bien este término solamente aparece en algunas versiones lingüísticas del RR II como, por ejemplo, en la inglesa (*where it is clear from all the circumstances*) pero, no así, en la versión española por lo que esta condición ha de ser aplicada con cierta cautela⁷¹.

⁶⁸ R. Fentiman, “The Significant of Close Connection”, en J. Ahern and W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 92–94.

⁶⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 1178; K. Fach Gómez, “Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: Tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo”, en http://www.academia.edu/953032/Obligaciones_extracontractuales_en_DIPr._Tendencias_actuales_y_perspectivas_de_futuro_en_el_%C3%A1mbito_europeo, p. 329; E. Treppoz, “Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Bulletin CEDIDAC*, n° 48, février 2008, p. 5.

⁷⁰ Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*.

⁷¹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 1179; por su parte, J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada ...”, loc. cit., p. 249, considera que ha de interpretarse como si estuviese introducido en la versión española, pues el adjetivo “claro” está en perfecta sintonía con el adverbio “manifiestamente” que incorpora la norma. A propósito de la discordancia entre las versiones de una norma en las distintas lenguas oficiales, vid. la doctrina del TJUE que considera que con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica ha de evitarse la aplicación de una interpretación literal de la norma y optar por una interpretación que combine tanto el método sistemático cuanto el teleológico, garantizando, así, una interpretación uniforme “... en función de la sistemática general y de la finalidad de la norma de la que forma parte”. Vid., entre otras, las Sentencias del TJUE de 13 julio 1989, *Morten Henriksen*, 173/88, Rec. 1989, p. 2763, apartado 11; de fecha 7 diciembre 1995, *Rockfon A/S*, C-449/93, Rec. 1995, p. I-4291, apartado 28, que cita, a su vez, la Sentencia de 27 octubre

Ahora bien, la cláusula de escape ¿se aplicará siempre que se cumplan las mencionadas condiciones o será preciso, además, justificar que la norma general que sería de aplicación presenta una conexión débil con el hecho dañoso? Si se aplica la cláusula de escape cuando la regla general presenta una conexión importante con el hecho dañoso los objetivos del RR II –previsibilidad, seguridad jurídica y uniformidad– podrían verse afectados pero, de no hacerse así, la cláusula de escape podría devenir de difícil o imposible aplicación por lo que coincidiendo con el sector doctrinal que defiende la aplicación de la cláusula de escape aún cuando exista una conexión importante con la regla general⁷².

No obstante, como he señalado al inicio de este trabajo, el TJUE aún no se ha manifestado en relación a este concepto a pesar de que pudo hacerlo en el asunto *Florin Lazar*⁷³, si bien de manera colateral, a la luz de una cuestión prejudicial planteada en relación a la interpretación del art. 4, ap. 1, RR II en el marco de un litigio en materia de responsabilidad por accidentes de circulación por carretera. Sí que se pronunció, sin embargo, sobre el lugar en el que se produce el daño en un accidente de tráfico y las consecuencias indirectas sufridas por los familiares de la víctima que residen en un país distinto de aquél en el que se produce el daño⁷⁴, cuestión que puede ser de ayuda como más adelante indicaré.

Por el contrario, el Abogado General en sus Conclusiones tuvo ocasión de referirse al concepto “vínculos manifiestamente más estrechos”, indicando que

“... la norma enunciada en el art. 4, ap. 1, del RR II puede excluirse, en virtud del art. 4, ap. 3, del mismo Reglamento, cuando conduzca a resultados no razonables, en favor de la ley del país con el que la situación de que se trate presente una conexión manifiestamente más estrecha”,

Además, advertía que cuando las partes litigantes no tengan su residencia habitual común en el mismo país la “... cláusula de escape permite (...) aplicar la ley del país que se considere el centro de gravedad de la situación controvertida” y señalaba:

“Dicha cláusula debería desplegar toda su utilidad cuando, por ejemplo, resulte que, a diferencia de lo que sucede en el litigio principal, la residencia de la víctima inmediata del acciden-

1997, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 14; y de fecha 27 enero 2005, *Junk*, C-188/03, Rec. 2005, p. I-885, apartado 33.

⁷² *Vid.*, por todos, C. S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation...”, *loc. cit.*, pp. 541-542; P. R. Beauont and P. E. Mc Eleavy, *Private International Law AE Anton*, W Green, 3rd edn, 2011, p. 647; A. Dickinson, *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 343; R. Fentiman, *International Commercial Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 610; Jafferli, R.: Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, nº 5, 2008, nº 21; y S. C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts ...”, *loc. cit.*, p. 198.

⁷³ STJUE 10 diciembre 2015, as. C-350/14: *Florin Lazar*, Rec. (aún no publicada).

⁷⁴ *Ibid.*, aps. 23 ss.

te, la residencia del presunto responsable o cualquier otra circunstancia del acaecimiento del accidente son ajenas al país donde se produjo el accidente y están vinculadas con otro país”⁷⁵.

Finalmente, en relación al conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración, el Abogado General alude al Considerando 33 del RR II y subraya que

“... se invita al juez a tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, en particular en el cálculo de los daños sufridos por personas no residentes en el país del lugar del accidente mortal, las diferencias de nivel de vida y los gastos efectivamente sufridos o soportados por las víctimas en su país de residencia”⁷⁶.

Actualmente existe una petición de decisión prejudicial pendiente ante el TJUE, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, donde el Tribunal puede aportar alguna luz a este debate si finalmente se pronuncia de forma expresa sobre este concepto aún cuando no se plantea en el marco de un proceso surgido a raíz de un accidente de tráfico⁷⁷.

b) Conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración

Para considerar la aplicación de la cláusula de escape, una de las dificultades que debía superar el Tribunal era definir el conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración para identificar los vínculos manifiestamente más estrechos del hecho dañoso con otro país. Al afrontar esta materia se suscitan diversas cuestiones que han de ser objeto de estudio: en primer lugar, ¿han de examinarse todas las circunstancias relevantes o únicamente las acaecidas en el país donde tuvo lugar el accidente?; por otra parte, ¿se trata de las circunstancias existentes en el momento de producirse el daño o también pueden incluirse las que han surgido con posterioridad al mismo como consecuencia del hecho dañoso, a saber, las lesiones y daños económicos o morales derivados del accidente?. Como el RR II no define estas circunstancias su identificación puede plantear controversias si bien es cierto que en la Propuesta de Reglamento la Comisión ya advertía que los posibles daños indirectos no son relevantes para determinar la ley aplicable e indicaba que en los supuestos de accidentes de tráfico el lugar del

⁷⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 10 septiembre 2015 en el asunto *Florin Lazar*, cit., apartado 81.

⁷⁶ *Ibid.*, ap. 82.

⁷⁷ Cuestión prejudicial presentada por el Oberster Gerichtshof – Austria, de fecha 27 abril 2015 (DO C 221 de 06.07.2015). El tenor literal de una de las cuestiones planteadas es el siguiente: ¿Existe un vínculo manifiestamente más estrecho (art. 4, apartado 3, RR II) con el Derecho del Estado en que la empresa demandada tiene su domicilio social cuando sus condiciones de contratación disponen que los contratos celebrados por la empresa se someten al Derecho de dicho Estado?.

daño directo es el de la colisión, es decir, el accidente. Además, se refería a la jurisprudencia del TJUE en el marco de la interpretación del Convenio de Bruselas, para reafirmar que los perjuicios (financieros o morales) que se produzcan en otro país no se considerarían daños directos⁷⁸.

En principio, y a la luz del párrafo primero del art. 4, las “*consecuencias indirectas del hecho en cuestión*” no serán relevantes para determinar la ley aplicable. Ahora bien, el hecho de que queden excluidas en el párrafo primero del art. 4 ¿significa que también deben descartarse del conjunto de circunstancias que se pueden tomar en consideración para examinar si existe un país que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso?. Por otra parte, mientras el art. 4.1º RR II distingue claramente entre el daño, el hecho generador del daño y las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, el 4.3º alude únicamente al hecho dañoso sin referirse de manera expresa a las consecuencias del daño por lo que únicamente las circunstancias que presenten una vinculación estrecha con el daño podrían ser tomadas en consideración en la aplicación de la cláusula de escape.

Sin duda, esta cuestión requiere un análisis más profundo al amparo del RR II en su conjunto pues no se puede olvidar que cuando se trata de accidentes de tráfico donde el accidente se produce en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima, con el fin de calcular los daños relativos a lesiones personales:

“... el órgano jurisdiccional que conozca del caso debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión (...) en particular, las pérdidas y los costes efectivos de la convalecencia y atención médica”⁷⁹.

Y, entonces, el Tribunal ha de tomar en consideración esta “invitación” a la luz del principio del tratamiento de los casos individuales de forma adecuada al que también se refiere el RR II a la hora de aplicar la cláusula de escape⁸⁰.

En mi opinión, el término “todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión” no establece límites en su interpretación semántica por lo que han de considerarse incluidas el conjunto de circunstancias presentes, pasa-

⁷⁸ Vid., en este sentido, la distinción entre el lugar donde se produce el hecho dañoso y el lugar del perjuicio patrimonial sufrido por la víctima elaborada por el STJ 19 septiembre 1995, as. C-364/93: *Marinari v. Lloyd's Bank*, Rec. 1995, p. I-02719, que niega valor como criterio de conexión a los lugares donde se producen consecuencias indirectas como daños morales o perjuicios financieros.

⁷⁹ Considerando 33 RR II.

⁸⁰ Considerando 14 RR II. Vid. A. Espiniella Menéndez, *Las reclamaciones derivadas...*, op. cit., pp. 76-77.

das y futuras, ya sean directas o indirectas⁸¹, pues de otro modo la cláusula de escape vería limitada sus funciones para dejar inaplicada la norma general con el fin de otorgar un tratamiento adecuado a los casos individuales corriendo el riesgo de devenir ineficaz⁸². Además, en este cometido el tribunal podrá activar la cláusula de escape aún cuando no haya sido solicitado por las partes y, de haberlo sido, no debe limitarse a considerar únicamente las circunstancias alegadas a instancia de parte⁸³. Pues bien, circunstancias objetivas tales como la residencia habitual de las partes, su nacionalidad común, sus relaciones familiares o de amistad, el foro competente, los daños económicos o morales infringidos, o cualesquiera otras relacionadas con el accidente podrían ser consideradas relevantes con la finalidad de hacer operativa la cláusula de escape⁸⁴, en contraposición a las circunstancias subjetivas tales como las legítimas expectativas de las partes que podrían limitar la previsibilidad que pretende el RR II favoreciendo el *forum Shopping*⁸⁵.

Esto significa que cuando todas o una parte de las circunstancias de hecho tengan lugar en un país diferente al del accidente, éstas también han de tomarse en consideración porque el centro de gravedad de la situación ha podido desplazarse y así, en el asunto *Winrow*, la demandante como parte sobre la que recaía la carga de la prueba consideraba que formaban parte de estas circunstancias los gastos médicos y hospitalarios ocasionados en Inglaterra como consecuencia de las secuelas causadas por el accidente de tráfico acaecido en Alemania. Por otra parte, conviene precisar que el mencionado Considerando 33 del RR II impone como condición que el accidente se haya producido “...en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima”. En ese caso, ¿hemos de tomar en consideración la residencia habitual de la víctima en el momento de producirse el accidente, es decir, Alemania, o en el momento de iniciarse el proceso judicial, en este caso Inglaterra? Sin duda, aparece aquí un posible conflicto entre la re-

⁸¹ La versión inglesa del Considerando 33 RR II reza así: “*all the relevant actual circumstances of the specific victim*”, mientras que la versión francesa señala: “*toutes les circonstances de fait pertinentes concernant ladite victime*”.

⁸² C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation...”, *loc. cit.*, p. 542.

⁸³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El Reglamento Roma II...”, *loc. cit.*, p. 896; y A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, pp. 341–342.

⁸⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, el catálogo de circunstancias que propone el profesor A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, p. 342 y que eran citadas por la parte actora en su argumentación. Resultan, igualmente, de interés los factores que proponía el Parlamento Europeo en su Posición adoptada en primera lectura de 6 julio 2005 con vistas a la adopción del RR II (DO C 157 E de 6.07.2006). p. 371, art. 4.3. En la doctrina, *vid.* J.J. Fawcett y J.M. Carruthers, *Cheshire North and Fawcett ...*, *op. cit.*, pp. 800–803; y R. Fentiman, *International Commercial...*, *op. cit.*, pp. 608–609.

⁸⁵ *Vid.* C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The Operation...”, *loc. cit.*, pp. 536, 537 y 542.

dacción del Considerando 33 y el art. 4 RR II sobre el que el Tribunal también se pronuncia, tal y como indicaré más adelante.

Tras reconocer las diferentes interpretaciones existentes en esta materia, de una parte, las que limitan estas circunstancias a las estrictamente relacionadas con el hecho dañoso y, de otra, las que consideran también aquellas relacionadas con las consecuencias del daño, la *High Court* en su sentencia hace una interpretación flexible del conjunto de circunstancias al que se refiere el RR II. En mi opinión, se trata de una interpretación valiente y atrevida pues incluye no solo las circunstancias conectadas con el hecho dañoso sino, también, con las consecuencias indirectas de ese hecho. En este sentido, resulta evidente que en el momento del accidente ambas partes tenían su residencia habitual en Alemania y la secuencia lógica hubiese sido que la parte demandante sufriese los daños en dicho país, como así fue. Sin embargo, no hay que olvidar que en el momento de la valoración de esos daños por la *High Court* ambas partes se encontraban residiendo en Inglaterra donde la reclamante seguía sufriendo los daños (continuos en el tiempo) derivados del accidente.

Para fundamentar su decisión, la *High Court* desarrolla una serie de argumentos jurídicos y doctrinales en apoyo de su tesis a favor de la consideración de las circunstancias conectadas con las consecuencias del daño⁸⁶. En primer lugar, se remite por analogía a lo dispuesto en la legislación inglesa, en particular, en la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* que dispone:

*“The factors that may be taken into account as connecting a tort or delict with a country for the purposes of this section include, in particular, factors relating to the parties, to any of the events which constitute the tort or delict in question or to any of the circumstances or consequences of those events”*⁸⁷.

Si bien la redacción de la *Section 12* de la mencionada norma difiere notablemente del contenido del art. 4.3º RR II, la *High Court* alude a la misma y recuerda algunos precedentes en esta materia, por ejemplo, en el asunto *Harding v. Wealands*⁸⁸ donde aplicando la *1995 Act* el Tribunal llegó a la conclusión de que

⁸⁶ *Winrow, cit.*, ap. 48.

⁸⁷ *Vid.* Section 12 (2) de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents> (en adelante, la *1995 Act*).

⁸⁸ *Harding v. Wealands* [2004] EWCA Civ 1735, [2005] 1 WLR, y [2006] UKHL 32. Este litigio en el que se sustanciaba la reclamación de daños por responsabilidad extracontractual tiene su origen en un accidente de tráfico ocurrido en New South Wales (Australia) con un vehículo conducido por la Sra Wealands, de nacionalidad australiana y residencia habitual en Inglaterra, en el que viajaba el Sr. Harding, de nacionalidad británica, que quedó tetrapléjico como consecuencia de los daños sufridos en el mencionado accidente. Posteriormente el Sr. Harding fue repatriado a Inglaterra donde continuó con su tratamiento de rehabilitación. El vehículo se encontraba asegurado por la compañía australiana *NRMA*.

las consecuencias del accidente, en ese caso el coste económico causado por las lesiones, eran un elemento importante a tener en cuenta a la hora de valorar la aplicación de la ley de un determinado país con el fin de dilucidar el cálculo de los daños sufridos por la víctima y, así, con el fin de decidir si dejaba inaplicable la ley del lugar donde ocurrió el accidente tomaba en consideración las consecuencias que iban a producirse en Inglaterra⁸⁹. A mayor abundamiento, en el asunto *Stylianou v. Suncorp*⁹⁰, la *High Court* ya tuvo ocasión de valorar la aplicación de la cláusula de escape del art. 4.3º RR II y adoptó un criterio similar considerando que, aún cuando esta norma no incluye expresamente las consecuencias del daño como una circunstancia relevante para considerar la inaplicación de la regla general, los vínculos de la parte demandante con Inglaterra constituían una conexión importante al objeto de determinar la aplicación de la cláusula de escape⁹¹.

A continuación, la *High Court* se refiere a la aceptación de esta línea interpretativa por parte de un sector doctrinal, citando dos obras que son un referente en Derecho inglés, a saber, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*⁹² y el Tratado del Prof. Dickinson, *The Rome II Regulation*⁹³, y que abogan a favor del reconocimiento de las consecuencias del hecho dañoso como circunstancias que se han de tener en cuenta a la hora de apreciar la aplicación de la cláusula de escape, ya sean de carácter directo o indirecto. El Tribunal expone que, contrariamente a lo que sucede en los párrafos primero y segundo del art. 4 que exigen una conexión con un determinado país en el momento de producirse el daño, el párrafo tercero del art. 4 no incorpora una limitación temporal a la hora de tomar en consideración las consecuencias o secuelas del hecho dañoso. De esta manera, los vínculos de las consecuencias del hecho dañoso con un determinado país han de ser considerados como circunstancias relevantes con el fin de aplicar la cláusula de escape con independencia del momento en que éstas se produzcan⁹⁴.

⁸⁹ *Harding, cit.*, ap. 34.

⁹⁰ *Stylianou v. Toyoshima and Suncorp Metway Insurance Ltd* [2013] EWHC 2188 (Queen's Bench Division). El supuesto de hecho que dio lugar al litigio en el que se inscribe esta sentencia es un supuesto de daños derivados de un accidente de tráfico donde la demandante (Sra. Stylianou) de nacionalidad británica quedó tetraplégica como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de tráfico ocurrido cuando se encontraba de vacaciones en Australia y viajaba como pasajera en el vehículo siniestrado conducido por el demandado principal (Sr. Toyoshima), un ciudadano de nacionalidad japonesa y con residencia habitual en Japón; el vehículo había sido asegurado por la compañía Suncorp (*second Defendant* en el proceso) registrada en Queensland (Australia).

⁹¹ *Stylianou, cit.*, ap. 83. En la Sentencia, Sir Robert Nelson manifestaba que el término "todas las circunstancias" se refería también a las consecuencias del hecho dañoso, incluyendo las lesiones y los daños derivados del hecho dañoso.

⁹² *Dicey, Morris and Collins...*, *op. cit.*, párrafo 35-032.

⁹³ A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, párrafo 4.86, p. 341.

⁹⁴ *Winrow, cit.*, aps. 49, 50 y 51.

Como ya señalaba la Comisión en su Propuesta de Reglamento, la aplicación de la cláusula de escape “introduce una determinada incertidumbre en cuanto a la ley aplicable”⁹⁵. Pues bien, esta inseguridad queda patente en la decisión de la *High Court* de tomar en consideración todas las circunstancias relacionadas con el hecho dañoso y ponderar su importancia en función del momento en que el tribunal valora las mismas⁹⁶. Pero, por otra parte, ese planteamiento permite flexibilizar la interpretación de la norma y ampliar el conjunto de circunstancias a tomar en consideración. ¿Cuáles son estas circunstancias? En primer lugar, la *High Court* valora la nacionalidad común de las partes en el momento de producirse el accidente, tal y como ya había hecho el Tribunal en el asunto *Harding* donde la nacionalidad británica de las partes fue considerada relevante para vincular el hecho dañoso con la ley inglesa⁹⁷.

En este contexto, la residencia habitual también puede constituir un factor determinante para precisar los vínculos más estrechos con un concreto país, si bien el Tribunal reconoce que en este asunto resultaba harto difícil justificar la residencia habitual en Inglaterra de la parte actora pues, a la vista de los hechos, quedaba probado que su residencia en Alemania antes y después del producirse el accidente no respondía a una cuestión temporal (*The claimant was not a short-term visitor to Germany*, son los términos en que se expresa el Tribunal)⁹⁸.

Asimismo, las pérdidas económicas sufridas y los costes económicos ocasionados por su convalecencia y la atención médica recibida son circunstancias que pueden ser tomadas en consideración para evaluar la indemnización solicitada por la víctima de un accidente de tráfico cuando éste se haya producido en un país diferente al de su residencia habitual⁹⁹. Ahora bien, el Tribunal reconoce las dificultades para concluir donde se han producido la mayor parte de los daños y pérdidas económicas sufridas por la víctima, bien en Alemania o en Inglaterra, teniendo que valorar y ponderar cada una de ellas de manera individual¹⁰⁰. Precisamente, en materia de compensación por daños, tal y como señalado antes, puede plantearse un conflicto en la interpretación del Considerando 33 y el art. 4 del RR II. Pues bien la *High Court* trata de resolver esta aparente colisión afirmando que el considerando 33 no crea una norma sustantiva que pueda modifi-

⁹⁵ Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*.

⁹⁶ *Winrow, cit.*, ap. 52.

⁹⁷ *Harding, cit.*, ap. 12. En este caso, en una reclamación por daños a consecuencia de un accidente de tráfico ante la Court of Appeal donde se aplicaba la *Section 12* de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, Lord Justice Wallace consideró relevante la nacionalidad del demandante para determinar la ley aplicable.

⁹⁸ *Winrow, cit.*, ap. 56.

⁹⁹ *Vid.* Considerando 33 en concordancia con el art. 15 RR II.

¹⁰⁰ *Winrow, cit.*, aps. 57 y 59

car la interpretación del art. 4 RR II (*the recital cannot override the terms of Article 4*), y que la aplicación de la cláusula de escape ha de ser aplicada de forma excepcional favoreciendo, en cualquier caso, la aplicación de la norma general¹⁰¹. De este modo, ante la presencia de normas presuntamente contradictorias, el Tribunal acoge una interpretación armonizadora que le permita tomar en consideración, ponderar y valorar no solo los gastos en los que ha incurrido la víctima del accidente por los cuidados recibidos en el país donde se produjo el hecho dañoso, Alemania, sino, igualmente, todos aquellos ocasionados en el país de su residencia habitual actual, es decir Inglaterra, en la medida en que la ley aplicable determinada de conformidad con el art. 4 RR II lo admita¹⁰².

Por otra parte, el lugar donde el vehículo siniestrado se encontraba asegurado y registrado, en este caso en Inglaterra, es otra circunstancia que puede coadyuvar en la búsqueda del país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso, aunque el Tribunal a la hora de ponderar estos hechos considera que no presentan puntos de conexión fuertes¹⁰³.

En fin, el foro ante el que se plantea el litigio ha de ser una circunstancia a valorar teniendo en cuenta que la correlación *forum-ius* fomenta una solución más rápida y eficaz de los conflictos y puede reducir significativamente sus costes. El Tribunal, sin embargo, interpreta que no se trata de un punto de conexión sólido, contrariamente a lo afirmado en el asunto *Stylianou*¹⁰⁴, ni tampoco un elemento de conexión determinante pues como dispone el RR II la designación de la ley se hará "...con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio"¹⁰⁵.

En conclusión, tomadas en consideración las circunstancias arriba mencionadas y debidamente examinadas y ponderadas, la *High Court* confirma que la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º RR II constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda la aplicación de la cláusula de escape en detrimento de la ley designada por el art. 4 en sus párrafos primero y segundo. Y a la vista del conjunto de circunstancias examinadas, motiva la ex-

¹⁰¹ *Winrow, cit.*, ap. 58, donde la *High Court* se remite al asunto *Stylianou, cit.*, en su ap. 78.

¹⁰² Se ajusta, de este modo, a la doctrina del TJUE que al referirse a los considerandos de los Reglamentos observa que éstos pueden aclarar la interpretación que ha de darse a una norma jurídica pero no constituyen en sí mismos tal norma. *Vid.*, al respecto, SSTJUE 13 julio 1989, as. 215/88: *Casa Fleischhandels-GmbH*, Rec. 1989, ap. 31; 24 noviembre 2005, as. C-136/04: *Deutsches Milch-Kontor GMBH*, Rec. 2005, ap. 32; y de 28 julio 2011, as. C-427/09: *Generics (UK) Ltd.*, Rec. 2011, ap. 31.

¹⁰³ *Winrow, cit.*, ap. 60, citando el asunto *Harding, cit.*, ap. 18.

¹⁰⁴ *Stylianou, cit.*, aps. 63 y 64.

¹⁰⁵ *Winrow, cit.*, ap. 61. *Vid.*, Considerando 6 RR II. Algunos autores son escéptico respecto a esta opción ya que comprometería el objetivo de previsibilidad previsto en el Reglamento. *Vid.*, por todos, J. von Hein, "Chapter II Torts...", *loc. cit.*, p. 424.

clusión de esta conexión accesoria concluyendo que en el asunto *Winrow* no es factible deducir que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra, tal y como pretendía la parte actora. Por consiguiente, la ley alemana era aplicable a la obligación extracontractual derivada del accidente de tráfico que tuvo lugar en Alemania (*lex loci damni*), ley con arreglo a la cual el tribunal inglés competente tendrá que determinar los daños y la indemnización solicitada por la víctima en este proceso¹⁰⁶ incluyendo la totalidad de los daños directos e indirectos, es decir, tanto los sufridos en Alemania cuanto en Inglaterra.

Por último, llama poderosamente la atención la ausencia de cualquier referencia por parte de la *High Court* a la posible “relación preexistente entre las partes” que el RR II establece como presunción para justificar los vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Sin duda alguna el margen de apreciación del que goza el Tribunal a la hora de considerar esta presunción que no es determinante subyace en el fondo de esta cuestión. También es cierto que el RR II menciona un solo ejemplo, a saber, la existencia de un contrato previo entre las partes que esté “...estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión”, mientras que en la Propuesta de Reglamento se refería a otros casos como la ruptura de negociaciones, la anulación de un contrato o una relación de familia¹⁰⁷. Pues bien, considerando que el texto del art. 4.3º RR II favorece una interpretación laxa de estos indicios por parte de los tribunales cabe preguntarse si también la relación previa entre las partes puede constituir una relación preexistente al objeto de aplicar la cláusula de escape. En el caso *Winrow* la relación preexistente entre dos nacionales británicas residentes en Alemania podría coadyuvar a la justificación de un vínculo manifiestamente más estrecho con Inglaterra, siempre que esa relación de amistad estuviese en el origen del viaje que desencadenó el accidente de tráfico. Sin embargo, dado que el RR II no lo menciona expresamente podría parecer que una mera relación de hecho no debe ser considerada en la aplicación de la cláusula de escape. No debería, sin embargo desecharse esta posibilidad si tenemos en cuenta que la redacción del 4.3º concede cierta flexibilidad y discrecionalidad al tribunal a la hora de interpretar el mencionado precepto. Ahora bien, esa flexibilidad ha de matizarse pues en ningún caso se podrá tomar en consideración una relación preexistente que no se encuentre vinculada con el hecho dañoso¹⁰⁸. Además, será el tribunal el que considere si se trata de una circunstancia pertinente que merece ser tomada en con-

¹⁰⁶ *Winrow*, cit., ap. 63.

¹⁰⁷ Propuesta de Reglamento, ap. 3.: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*, pp. 13 y 14.

¹⁰⁸ A. Dickinson, *The Rome II ...op. cit.*, párrafo 4.94, pp. 346–347; J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, p. 427.

sideración para aplicar la cláusula de escape¹⁰⁹ y, obviamente, en el asunto *Winrow* no fue así.

c) Regulación de la totalidad del hecho dañoso por la ley designada (no admisión del *depeçage*)

Una cuestión no exenta de polémica que también se planteaba en el asunto *Winrow* era si la aplicación de la ley designada por el RR II resulta aplicable a la totalidad de los daños o si, por el contrario, hay que distinguir entre la ley aplicable a la responsabilidad y a la indemnización. En esta materia no existe unanimidad en la doctrina y, así, algunos autores consideran un defecto que la norma no permita determinar la ley aplicable dependiendo de cada aspecto del caso porque convierte la cláusula de escape en una herramienta demasiado rígida que impide tratar los casos individuales de forma adecuada¹¹⁰; otros, por el contrario, estiman que no es aceptable que algún aspecto (*specific issue*) de la reclamación pueda desgajarse del proceso principal y quedar sujeto a una ley diferente porque esa aproximación podría plantear problemas y poner en peligro la seguridad jurídica y flexibilidad que hace el sistema más coherente y fácil de aplicar¹¹¹.

En la jurisprudencia inglesa esta cuestión había sido objeto de análisis en el asunto *Harding* donde se planteaba si los daños por lesiones personales causados por una conducción negligente debían calcularse de conformidad con la ley aplicable designada por la *1995 Act* o se trataba de una cuestión de procedimiento a determinar con arreglo a la *lex fori*, en ese caso el Derecho inglés. Y en ese supuesto, la *Court of Appeal* señaló que

“... the identification is of factors that connect the tort with the respective countries, not the issue or issues with the respective countries”¹¹².

¹⁰⁹ C. Brière, “Le règlement ...”, *loc. cit.*, p. 53; F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 12.

¹¹⁰ Entre los defensores del *depeçage*, Vid. C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The Operation...”, *loc. cit.*, p. 543; X.E. Kramer, “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2008, pp. 414, 422 y 423; A. Mills, “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en J. Ahern and W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 144–145; S.C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc. cit.*, pp. 184 y 200–201.

¹¹¹ En contra del *depeçage*, vid. por todos, A. Briggs, *The Conflict...*, *op. cit.*, p. 283; A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, pp. 334–335; P. J. Kozyris, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ ‘Missed Opportunity’”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 471 y 477.

¹¹² *Harding*, *cit.*, ap. 12 donde se citaba, a su vez, el asunto *Roerig v. Valiant Trawlers Ltd.*, [2002] EWCA Civ 21, párrafo 12 (i), referido a un asunto planteado ante los tribunales ingleses en el que la demandante, la Sra. Roerig, de nacionalidad holandesa interponía una acción por responsabilidad en su

De este modo, venía a rechazar el *depeçage* tal y como hace el RR II al considerar que ambos aspectos quedan sujetos a la ley aplicable a la obligación extracontractual¹¹³. En este punto, conviene hacer una breve mención al texto del borrador del Parlamento Europeo sobre el Reglamento¹¹⁴ en el que se admitía el *depeçage* en caso de daños físicos causados por accidentes de circulación por carretera, permitiendo que diferentes leyes pudiesen regir distintos aspectos del mismo hecho dañoso, de una parte, la determinación de la responsabilidad –que se regía por la ley del lugar donde se hubiese producido el accidente– y, de otra, la determinación de las modalidades de indemnización de los daños y perjuicios y su cuantificación –sujeta a la ley del lugar del domicilio actual de la víctima–¹¹⁵.

En esta tesitura, la *High Court* afirma que la ley aplicable no puede variar dependiendo del momento en que se encuentre el proceso pues ello implicaría incertidumbre y la posibilidad de accionar lo que denomina el “*applicable law shopping*”; además, ha de ser la misma ley la que rija todo el proceso incluyendo tanto la delimitación de la responsabilidad cuanto la evaluación de la indemnización derivada de la misma. En este sentido, la interpretación del párrafo tercero del art. 4 ha de conducir a la identificación del país más estrechamente vinculado con el hecho dañoso y no con una cuestión o problema en particular como, por ejemplo, los daños derivados del mismo¹¹⁶.

Tampoco comparte el planteamiento de la demandante que proponía que cuando la responsabilidad ya ha sido atribuida y la cuestión a dilucidar se limita a la evaluación de daños y su correspondiente indemnización el centro de gravedad del hecho dañoso puede variar, permitiendo una diferente valoración o ponderación de las circunstancias a considerar dependiendo de las cuestiones a determinar o del momento procesal en que se encuentre el asunto. Frente a esta tesis, el Tribunal argumenta que no se trata de probar la vinculación más estrecha con el derecho a la indemnización sino con el hecho dañoso, cuestión esta que ya había sido confirmada por la jurisprudencia inglesa en los asuntos *Jacobs*¹¹⁷ y *Fortress Value*¹¹⁸, para concluir que el centro de gravedad mencionado

nombre y en el de sus hijos también de nacionalidad holandesa por los daños sufridos como dependientes (*loss of dependency*) de un nacional holandés fallecido a consecuencia de un accidente acaecido en un barco de arrastre registrado en Inglaterra contra la compañía titular del barco registrada en Inglaterra.

¹¹³ R. Gwynne, Rome II Regulation, en <http://search.proquest.com/docview/906337401?pq-orig site=gscholar>, p. 16.

¹¹⁴ Vid. Dictamen del Parlamento Europeo de 6 julio 2005 (DO C 157 E de 6.7.2006, p. 371, art. 4.º).

¹¹⁵ J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, pp. 414–415 y 423.

¹¹⁶ Winrow, *cit.*, ap. 44, donde cita el asunto *Harding v. Wealands* [2005] 1 WLR 1539, párrafo 12.

¹¹⁷ En el asunto *Jacobs v Motor Insurers Bureau, cit.*, Justice Owen señalaba en el párrafo 46 que, frente a la tesis de la actora que pretendía activar la cláusula de escape alegando que el derecho de compensación esgrimido frente al Órgano de compensación presentaba los vínculos manifiestamente más

por la Comisión en su Propuesta de Reglamento se refiere al centro de gravedad del hecho dañoso y no de los daños y las pérdidas causadas por el hecho dañoso, en definitiva, de las consecuencias del hecho en cuestión¹¹⁹.

d) Inaplicación de la cláusula de escape

Por todo ello, la *High Court* concluye que las circunstancias que conectan el caso con Inglaterra no son de suficiente entidad para dejar inaplicada la regla general o la excepción prevista en el art. 4 y estima que el término “vínculos manifiestamente más estrechos” pretende dotar de seguridad jurídica por lo que la apreciación de que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país ha de quedar probada a partir de todas las circunstancias del caso, cuestión no exenta de dificultades por la propia naturaleza de “cláusula de escape” que el RR II otorga a esta norma. En definitiva, el carácter excepcional de la misma constituye el principal obstáculo para su aplicación¹²⁰. Tal y como afirma el Profesor Briggs, el recurso a la cláusula de escape no será algo habitual (*will be rare*) siendo más factible que esta excepción juegue frente al criterio de la *lex loci damni* porque el país donde se produce el daño puede que no sea el mismo en el que se ha producido el hecho dañoso o donde se encuentra el centro de gravedad de la situación. Por el contrario, desactivar el criterio de la residencia habitual común será más difícil y solamente podrá producirse en aquellos supuestos en los que se trate de una coincidencia no planificada¹²¹, precisamente el argumento esgrimido por la actora en su demanda.

En nuestro país algún autor se ha referido a la inviabilidad práctica de la puesta en funcionamiento de esta cláusula por las condiciones que, de forma acumulativa, exige la norma: presencia de vínculos manifiestamente más estrechos con un país y ausencia de vínculos significativos con el país de la *lex loci damni* o de la residencia habitual común¹²², pero, en mi opinión, es factible su aplicación y en esa tarea la identificación primero y la ponderación después de las circunstancias pertinentes por parte del tribunal competente resultará determinante. En este sentido, considero que pueden coexistir los vínculos tanto de la *lex loci*

estrechos con Inglaterra, “...the question under Art 4(3) is not whether the right to compensation is manifestly more connected to England and Wales, but whether the tort/delict has such a connection”.

¹¹⁸ En relación al “centro de gravedad”, en el asunto *Fortress Value Recovery Fund LLC and others v. Blue Sky Special Opportunities Fund LP and others* [2013] EWHC 14 (Comm), párrafo 47, Justice Flaux observaba que en la aplicación del art. 4.3º RR II el centro de gravedad “... refers to the centre of gravity of the tort”.

¹¹⁹ Winrow, *cit.*, ap. 45.

¹²⁰ Winrow, *cit.*, ap. 63.

¹²¹ A. Briggs, *The conflict...*, *op. cit.*, p. 283.

¹²² E. Fernández Masía, “Primeras consideraciones ...”, *loc. cit.*, pp. 919–920.

damni cuanto de la residencia habitual común pues lo determinante no será eso sino la existencia de otro país que presente los vínculos más estrechos con el hecho dañoso. En el asunto *Winrow* existían circunstancias suficientes e importantes que podrían haber justificado la vinculación más estrecha del hecho dañoso con Inglaterra. Sin embargo, la *High Court* tras llevar a cabo una exégesis detallada y concienzuda de las circunstancias concurrentes no lo consideró así.

Cabe pensar, por otra parte, como sostienen algunos autores que el art. 4.3º solamente podrá aplicarse cuando las partes tengan su residencia habitual en distintos estados ya que, de otro modo, operaría el 4.2º¹²³. A mi juicio, esto no siempre será así, pues a veces los vínculos más estrechos podrían llevar a aplicar la ley del lugar donde se produce el daño aún cuando exista residencia habitual común¹²⁴. Así podría haber sucedido en el asunto *Winrow* si del análisis de las circunstancias pertinentes el tribunal hubiese considerado que el país que presentaba los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso era Inglaterra y hubiese dejado inaplicada la ley (coincidente en este caso) del país de la residencia habitual común y del lugar donde se produjo el daño, es decir la ley alemana. En fin, la interpretación del término "... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2...", plantea otra cuestión no menos importante: el cumplimiento de esta condición de forma individual o cumulativa. Precisamente el asunto *Marshall* que será objeto de examen más adelante planteaba esta cuestión por lo que me remito a ese apartado.

2. El asunto *Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others*

A) Hechos relevantes del caso

El 19 agosto 2012, el Sr. Pickard, nacional británico con residencia habitual en Inglaterra, conducía un vehículo Ford fiesta con remolque por la autopista A86 en Thiais en la periferia al sur de París llevando como pasajero al Sr. Marshall, también de nacionalidad británica y con residencia habitual en Inglaterra. Ambos se encontraban en Francia desde el 14 junio 2012 por motivos laborales y el día en que tuvo lugar el accidente regresaban a su país. El mencionado vehículo se encontraba registrado en el Reino Unido y estaba asegurado por la compañía *Royal & Sun Alliance (RSA)*. A causa de una avería, el vehículo se detuvo en el arcén y el Sr. Pickard requirió la presencia del vehículo de asistencia en carretera que se encontraba registrado en Francia y asegurado por la compañía *Generali France Assurances (Generali)*. Mientras se procedía a la repara-

¹²³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 1179.

¹²⁴ P. De Miguel Asensio, "El régimen comunitario ...", loc. cit., párrafo 23.

ción, un vehículo Peugeot 106, registrado en Francia y sin seguro de accidentes, que era conducido por la Sra. Bivard, de nacionalidad francesa y con residencia habitual en Francia, colisionó con los Sres. Pickard y Marshall y con la parte posterior del remolque. En la mencionada colisión se vieron implicados tanto el vehículo conducido por la Sra. Bivard cuanto el vehículo de las víctimas, Sres. Marshall y Pickard, y el vehículo de asistencia en carretera. A consecuencia del choque el Sr. Pickard sufrió fracturas en la extremidad inferior derecha y otras lesiones en el cuello y en la cabeza, mientras que el Sr. Marshall falleció a consecuencia de las múltiples lesiones sufridas. El accidente dio lugar a dos acciones judiciales ante los tribunales ingleses: la primera en la que la Sra. Marshall (viuda del Sr. Mashall, fallecido en el accidente de tráfico) demandaba como primer demandado a la Oficina aseguradora de accidentes, el *Motor Insurers' Bureau (MIB)*, entidad encargada de garantizar las compensaciones por la responsabilidad de los organismos de compensación de otros Estados del Espacio Económico Europeo a las personas lesionadas o fallecidas a causa de accidentes provocados por vehículos no asegurados o asegurados incorrectamente¹²⁵ (el organismo de compensación responsable en Francia es el *Fonds de Garantie*); como segundo demandado al Sr. Pickard y a la RSA (compañía aseguradora de su vehículo) y, como tercera demandada, a la compañía *Generali* (compañía aseguradora del vehículo de asistencia en carretera). La segunda acción fue interpuesta por el Sr. Pickard contra la Oficina aseguradora de accidentes, el *Motor Insurers' Bureau (MIB)* como primer demandado.

B) País donde se produce el daño y *lex loci damni*

En la primera acción planteada, la Sra. Marshall reclamaba al Sr. Pickard la indemnización pertinente por la muerte de su esposo en el accidente de tráfico. El Tribunal, como cuestión previa debía dilucidar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual para lo cual debía aplicar el RR II. En este sentido, la segunda demandada, la compañía RSA aseguradora del vehículo del Sr. Pickard en el que viajaba con el Sr. Marshall, consideraba que el daño directo había tenido lugar en Inglaterra por ser este el lugar donde la Sra. Marshall había sufrido

¹²⁵ El *Motor Insurers' Bureau (MIB)* es el Organismo designado de conformidad con el Derecho inglés, la *2003 Regulation*, que fue promulgada para incorporar las disposiciones de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 mayo 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) (DO L 181 de 20.07.2000), texto consolidado en la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 263 de 7.10.2009).

su *loss of dependency*¹²⁶, es decir, donde había sufrido los daños consistentes en la pérdida de medios de existencia que le había causado la muerte de su esposo, para lo cual traía a colación la doctrina de la *Court of Appeal* en el asunto *Brownlie*¹²⁷.

Por el contrario, el Tribunal considera que el daño directo se localiza en Francia, lugar del accidente, apartándose del razonamiento de Lady Justice Arden en el asunto *Brownlie* y acogiendo la tesis del Abogado General en el asunto *Lazar*¹²⁸ donde afirmaba que la expresión “país donde se produce el daño” contenida en el art. 4.1º hace referencia al lugar del daño directo y, en este caso, al de la colisión mortal porque todos los daños tienen un mismo origen. Así:

“...la aplicación de la ley del lugar donde se produce el accidente impide, en concreto, que los hechos sometidos a la apreciación judicial puedan dividirse en distintas partes regidas por leyes diferentes en función del lugar de residencia de las víctimas”¹²⁹.

En el mismo sentido se manifestaban la demandante Mrs. Marshall, el primer demandado, la Oficina aseguradora de accidentes *Motor Insurers' Bureau (MIB)*, y la tercera demandada, la compañía *Generali*.

C) La excepción de la residencia habitual común de las partes

Teniendo en cuenta el carácter de normas vinculantes y no simples presunciones de los aps. 1 y 2 del art. 4 RR II, la *High Court* considera que no debe aplicar con carácter previo la excepción de la residencia habitual común frente a la norma general de la *lex loci damni* así como tampoco la cláusula de escape. Sin embargo, ambas han de ser tomadas en consideración al objeto de determinar la ley aplicable.

La *RSA*, segunda demandada junto al Sr. Pickard como aseguradora de su vehículo, tras haber visto rechazados por el Tribunal sus argumentos para considerar aplicable la ley inglesa en virtud de la *lex loci damni*, estimaba ahora que

¹²⁶ *The Fatal Accidents Act 1976 (Dependency Claim)* establece una acción para que los parientes cercanos dependientes del fallecido puedan solicitar una compensación por la privación que han sufrido de su apoyo y servicios. Vid. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/contents>.

¹²⁷ *Brownlie v. Four Seasons Holding Incorporated* [2015] EWCA Civ 665, párrafos 85–87. Este asunto tiene su origen en una acción judicial planteada ante los tribunales ingleses de conformidad con la *Fatal Accidents Act 1976* por Lady Brownlie, nacional británica con residencia habitual en Inglaterra, como consecuencia de las lesiones físicas que padeció y de las pérdidas sufridas como dependiente (*loss as a dependent*) de su marido, Sir Ian Brownlie, con nacionalidad británica y residencia habitual en Inglaterra, fallecido en un trágico accidente de automóvil ocurrido en Egipto el 3 enero 2010 durante el transcurso de una excursión organizada por el “Chief Concierge” del Four Seasons Hotel Cairo.

¹²⁸ *Marshall, cit.*, ap. 12.

¹²⁹ Conclusiones del Abogado General en el Asunto *Lazar, cit.*, ap. 74.

esa misma ley podía ser la indicada por ser Inglaterra el lugar en el que la persona cuya responsabilidad se alegaba (en este caso el Sr. Pickard y la compañía RSA) y la persona perjudicada (la Sra. Marshall) tenían su residencia habitual común en el momento de producirse el accidente. Por el contrario, la actora Sra. Marshall y las otras dos demandadas (el Organismo de compensación MIB y la entidad aseguradora Generali) entendían que el art. 4.2º como excepción a la norma general de la *lex loci damni* solamente podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la acción se plantee exclusivamente entre dos partes por la referencia en singular que contiene la redacción del precepto “la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada...”¹³⁰ y, evidentemente, no era el caso pues en el asunto Marshall concurrían varios demandados.

La *High Court*, sin embargo, considera que no puede sustentarse este razonamiento que permitiría excluir la aplicación del art. 4.2º en aquellos supuestos en los que se viesen involucrados varios reclamantes, al contrario, entiende que la excepción ha de basarse en las legítimas expectativas de las partes y por lo tanto no debe ser considerada en referencia a una parte en singular. Asimismo, este precepto no puede interpretarse en el sentido de considerar una sola parte demandante–demandada porque eso representaría una limitación a la aplicación de la mencionada excepción en el sentido que hace el Derecho inglés, olvidando que se trata de un Reglamento de la Unión Europea cuyas disposiciones han de interpretarse de forma autónoma¹³¹.

De este modo, la aplicación de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente conducía al tribunal a la aplicación de la ley inglesa en perjuicio de la ley francesa como *lex loci damni*.

D) Argumentos de la *High Court* para aplicar la cláusula de escape

A partir de ahí, el Tribunal debía examinar la posibilidad de aplicar la cláusula de escape y, de nuevo, como ya sucediese en el asunto *Winrow*, tenía que afrontar la interpretación del concepto “... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2...”.

Pues bien, además de la dificultad que plantea la identificación de las circunstancias a tomar en consideración para certificar los vínculos más estrechos con otro país el Tribunal también se planteaba la compleja relación entre el ap. 3 del art. 4 con los aps. 1 y 2 del mencionado precepto debido a la redacción cierta-

¹³⁰ Vid. art. 4.2º RR II, que en su versión inglesa señala: “*However where the person ...*”

¹³¹ *Marshall*, cit., apartado 17.

mente ambigua del apartado tercero¹³². La doctrina, mayoritariamente, considera que la interpretación de este precepto debe favorecer la posibilidad de que pueda invocarse la cláusula de escape para dejar inaplicada la ley de la residencia habitual común de las partes en favor de la *lex loci damni* ya que se trata de una cláusula de excepción general y la vinculación ha de ser con un país distinto del designado por cualesquiera de los apartados primero o segundo¹³³. Con ello se favorece la flexibilidad en la aplicación de esta norma tal y como se desprende del Considerando 14 RR II.

Por consiguiente, se planteaba el Tribunal si el cumplimiento de esa condición ha de hacerse de manera cumulativa, es decir, que la ley designada sea una ley diferente a la francesa y a la inglesa o, por el contrario, bastaría con que se cumpla de forma individual y el resultado pueda ser cualesquiera de esas leyes, la inglesa o la francesa, por ser la más estrechamente vinculada con el hecho dañoso.

El uso de la conjunción disyuntiva –o– en el texto no debería dejar lugar a dudas ya que plantea opciones alternativas y, en ese caso, bastaría con que fuese una ley diferente a la francesa (*lex loci damni*), por ejemplo, la inglesa, pero en ese caso ya habríamos llegado a esa conclusión a través de la aplicación de la residencia habitual común; o, *sensu contrario*, diferente a la inglesa (residencia habitual común), por ejemplo, la francesa, solución a la que también se habría llegado a través de la *lex loci damni*. Sin embargo, este último supuesto tiene sentido porque si bien la ley francesa habría quedado inaplicada por el principio de la residencia habitual común de las partes podría ser la ley aplicable no por la regla general sino por la cláusula de escape y esta era la argumentación del Tribunal en el asunto *Marshall*¹³⁴.

Finalmente, la *High Court* acoge sus reflexiones ya expresadas en el asunto *Winrow* y confirma que la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º RR II constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda la aplicación de la cláusula de escape en detrimento de la ley designada por el art. 4 en sus párrafos primero y segundo¹³⁵, siendo necesario identificar la ley que corres-

¹³² Resulta interesante comparar la manifiesta contradicción entre la redacción del Considerando 18 del Reglamento donde se refiere a la interpretación del art. 4.3º del Reglamento como una “... cláusula de escape respecto al art. 4 aps. 1 y 2...” y el texto del propio art. 4.3º que menciona los “... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2...”.

¹³³ Vid., por todos, C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The Operation...”, *loc. cit.*, p. 542; A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, p. 343, párrafo 4.89; y J. von Hein, “Of Older Siblings...”, *loc. cit.*, p. 483.

¹³⁴ *Marshall*, *cit.*, ap. 19.

¹³⁵ *Winrow*, *cit.*, ap. 63.

ponde al centro de gravedad del supuesto de hecho. Además, es consciente de que se encuentra obligada a tomar en consideración todas las circunstancias del caso con el fin de determinar si procede la aplicación de la cláusula de escape y, así, tras enumerar y analizar las circunstancias de hecho que concurrían en este asunto, confirma que el hecho dañoso presentaba vínculos manifiestamente más estrechos con Francia fundamentando su decisión en los siguientes hechos probados: a) los Señores Marshall y Pickard fueron atropellados en una autopista francesa, por un vehículo francés registrado en Francia y conducido por la Sra. Bivard, de nacionalidad francesa con residencia habitual en Francia; además, las acciones legales iniciadas por los Sres. Marshall (en este caso su viuda) y Pickard contra la Sra. Bivard y su compañía aseguradora (en este caso el *Fonds de Garantie* por tratarse de un vehículo no asegurado) se rigen por la ley francesa; b) la colisión del Sr. Bivard con los Sres. Marshall y Pickard fue la causa del accidente y de las lesiones sufridas por ambos; y, c) las acciones que puedan interponer la viuda del Sr. Marshall y el Sr. Pickard contra la compañía *Generali* como aseguradora del vehículo de asistencia en carretera también estarán sujetas a las leyes francesas¹³⁶.

Por todo ello, concluye que la ley francesa será la ley aplicable a las reclamaciones por la responsabilidad derivada del accidente de tráfico ocurrido en Francia. En definitiva, la *High Court* aplica la cláusula de escape que conduce a la aplicación de la ley francesa dejando sin efecto la ley designada en virtud de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente (ley inglesa). La consecuencia práctica es que en este caso la aplicación de la cláusula de escape conduce a la aplicación de misma ley que la designada por la *lex loci damni* pero también es cierto que de no haber sido activada la cláusula de escape habría jugado la aplicación de la excepción del art. 4.2º dejando inaplicada la *lex loci damni* en favor de la ley (inglesa) de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente.

IV. Valoración final

Para identificar la ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos, el RR II establece en su art. 4.3º una cláusula de escape que permite aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos* desplazando, así, a la *lex loci damni* o a la ley designada por la residencia habitual

¹³⁶ Marshall, cit., aps. 20 a 23.

común de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada en el momento de producirse el accidente.

La aplicación de la cláusula de escape ha planteado algunos problemas prácticos debido a la ausencia de interpretación de los “*vínculos manifiestamente más estrechos*” por parte del TJUE. En su defecto, los tribunales nacionales tienen que aplicar este concepto bajo su propio criterio interpretativo lo que puede favorecer el conflicto *inter partes* y el *fórum shopping*. La *High Court of England and Wales* ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia en los asuntos *Winrow v Hemphill* y *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others*, llegando a soluciones divergentes en ambos casos y, así, mientras en el asunto *Winrow* rechazaba la aplicación de la cláusula de escape en favor de la *lex loci damni*, en el asunto *Marshall* aceptaba la misma y consideraba la aplicación de la ley así designada en detrimento de la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente. Ambas sentencias han sido objeto de análisis en el presente trabajo y las conclusiones que se pueden extraer son las siguientes:

En primer lugar, al aplicar el art. 4 RR II el tribunal no debe iniciar su argumentación tratando de buscar la vinculación más estrecha del hecho dañoso con un determinado país forzando, así, la utilización de la cláusula de escape, debido al carácter de normas vinculantes que el RR II otorga a la *lex loci damni* y a la excepción de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente. Empero, el Tribunal no puede dejar de considerar todas las circunstancias del caso para concluir cual es la ley aplicable y si procede o no la aplicación de la cláusula de escape.

A partir de ahí, queda patente el carácter excepcional de esta disposición que no podrá invocarse de manera generalizada y cuya aplicación ha de basarse en hechos objetivos. Para ello, el Tribunal ha de tomar en consideración todas las circunstancias relevantes, ya sean pasadas, presentes o futuras, así como las consecuencias indirectas del hecho dañoso. De esta manera, el hecho de que las consecuencias indirectas del hecho en cuestión queden excluidas del art. 4.1^o para identificar la *lex loci damni* no empece para que estas puedan y deban ser tomadas en consideración a efectos del art. 4.3^o siempre que permitan identificar una conexión importante con un determinado país y favorecer la aplicación de la cláusula de escape. Ello es así porque, contrariamente a lo que sucede con los párrafos primero y segundo del art. 4 que exigen una conexión temporal con el país en el que se produce el daño, el párrafo tercero no incorpora una limitación temporal por lo que podrán tomarse en consideración las consecuencias o secuelas del hecho dañoso como circunstancias relevantes para decidir si se aplica la cláusula de escape.

Por otra parte, la condición exigida por el art. 4.3º “...vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2 ...” no ha de entenderse de forma cumulativa de tal suerte que la ley designada por la cláusula de escape puede dejar inaplicada la ley del país de la residencia habitual común de las partes en el momento del accidente y conducir, de nuevo, al Tribunal a la aplicación de la *lex loci damni* –que habría quedado desactivada por la aplicación del 4.2º– por tratarse de la ley que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso, tal y como sucedió en el asunto *Marshall*.

Asimismo, la no admisión del *depeçage* en el RR II impide que en supuestos de responsabilidad extracontractual por accidentes de tráfico transfronterizos diferentes leyes puedan regir distintos aspectos del mismo hecho dañoso, léase, la responsabilidad, de una parte y, los daños y su cuantificación de otra. En definitiva, la interpretación del párrafo tercero del art. 4 ha de conducir a la identificación del país más estrechamente vinculado con el hecho dañoso y no con una cuestión o problema en particular como, por ejemplo, los daños derivados del mismo.

Finalmente, la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda activar la cláusula de escape por las condiciones exigidas para su ejercicio, siendo necesario para ello identificar la ley que corresponde al centro de gravedad del supuesto de hecho. En cualquier caso, la importancia de la cláusula de escape no se discute porque puede contribuir a mejorar la aplicación de una norma y corregir conexiones que puedan conducir a un ordenamiento imprevisible para las partes.

A modo de síntesis, parece evidente que si el art. 4.3º persigue favorecer la previsibilidad de las partes en relación a la ley aplicable y la reducción de costes conflictuales el resultado alcanzado en el asunto *Winrow*, si bien impecable en cuanto a su argumentación y fundamentación jurídica, no ha cumplido con estos objetivos. Por el contrario la decisión de la *High Court* en el asunto *Marshall* puede considerarse más acertada pues permite la flexibilización y el tratamiento de ese caso individual de forma adecuada tal y como señala el RR II en sus Considerandos. En cualquier caso, parece incontestable que con estas decisiones la *High Court* ha contribuido a clarificar una de las cuestiones hasta ahora más controvertidas del RR II.

Bibliografía

Adesina Okoli, C. S. y Omoshemime Arishe, G.: “The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, *J. Pr. Int'l L.*, vol. 8, nº 3, December 2012, pp. 513–545.

AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 463–503
ISSN 1578–3138

- Amores Conradi, M.A. y Torralba Mendiola, E.: "XI Tesis sobre el estatuto delictual", *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, diciembre 2004, pp. 1–34.
- Badillo Arias, J. A.: "El elemento extranjero en los accidentes de circulación. Funciones del consorcio de compensación de seguros y Ofesauto", en <http://fundacioninade.org/personas-rh-positivo/jose-antonio-badillo-arias>, pp. 1–39.
- Beauont, P.R. y Mc Eleavy, P.E.: *Private International Law AE Anton*, 3ª ed., W. Green, 2011.
- Borrás, A.: "La relation des textes de référence avec les textes internationaux", en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, París, Dalloz, 2009, pp. 141–155.
- Brière, C.: "Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)", *Rev. trim. LexisNexis Juris Classeur*, nº 1, 2008, pp. 31–74.
- Briggs, A.: *The Conflict of Laws* 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 712, 2009, pp. 835–908.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2014.
- Cheshire, North y Fawcett: *Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- De Miguel Asensio, P.A.: "El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 695–726.
- Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012.
- Dickinson, A.: *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Espiniella Menéndez, A.: "Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505–532.
- Espiniella Menéndez, A.: "Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera", *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 727–735.
- Espiniella Menéndez, A.: *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012.
- Fach Gómez, K.: "Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: Tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo", en http://www.academia.edu/953032/Obligaciones_extracontractuales_en_DIPr._Tendencias_actuales_y_perspectivas_de_futuro_en_el_%C3%A1mbito_europeo, pp. 317–333.
- Fallon, M.: "La relación del Reglamento 'Roma II' con otras normas de conflicto de leyes", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–218.
- Fentiman, R.: *International Commercial Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Fentiman, R.: "The Significant of Close Connection", en J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 85–112.
- Fernández Masiá, E.: "Primeras consideraciones sobre el anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", *Actualidad Civil*, nº 34, 2003, pp. 907–929.
- Fernández Rozas y J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2015.

- Garau Juaneda, L.: “La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 497–504.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Un apunte sobre la llamada regla general en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 241–250.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “La unificación del derecho conflictual en Europa: El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, nº 6811, 2007, pp. 1–24.
- Gil-Nievas, R.: “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 109–186.
- González Campos, J.D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000.
- Gwynne, R.: “Rome II Regulation”, en <http://search.proquest.com/docview/906337401?pq-origsite=gscholar>, pp. 1–24
- Jafferli, R.: “Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, nº 5, 2008, pp. 14386–1 a 14386–9.
- Jiménez Blanco, P.: “El régimen de las acciones indirectas en el Reglamento de Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 287–314.
- Kadner Graziano, T.: “Freedom to choose the applicable law in Tort—Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–132.
- Kadner Graziano, T.: “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, nº 3, pp. 445–510.
- Kozyris, P.J.: “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ ‘Missed Opportunity’”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 471–497.
- Kramer, X.E.: “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2008, pp. 414–424.
- Mills, A.: “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 133–152.
- Morris, J. H. C.: “The Proper Law of a Tort”, *Havard L. Rev.*, vol. 63, nº 6, 1951, pp. 881–895.
- Symeonides, S.C.: “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 173–221.
- Treppoz, E.: “Règlement CE nº 864/2007 du Parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Bulletin CEDIDAC*, nº 48, Février 2008, pp. 1–6.
- Von Hein, J.: “Chapter II Torts/Delicts”, en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations, commentary on the European rules of the Conflicts of Laws*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, pp. 400–430.
- Von Hein, J.: “Of Older Siblings and Distant Cousins: The contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 461–508.

Recepción: 20.3.2016

Aceptación: 29.6.2016

LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE *FORUM NON CONVENIENS* EN EE UU ANTE DEMANDAS POR ACCIDENTES AÉREOS

José Miguel SÁNCHEZ BARTOLOMÉ

SUMARIO: I. Introducción. II. Foros previstos en la regulación internacional del transporte aéreo. 1. Convenio de Varsovia. 2. Convenio de Montreal. 3. La relación entre los Convenios internacionales y la normativa europea. 4. Prelación de foros competentes previstos en los Reglamentos europeos en defecto de aplicación de los Convenios internacionales. 5. Foros relativos a la responsabilidad por productos defectuosos. III. La doctrina de *forum non conveniens*. 1. Caracterización de la doctrina. 2. Críticas a la doctrina. 3. Aplicación en el ámbito aeronáutico: A) Asuntos más representativos abordados por distintos órganos jurisdiccionales norteamericanos; B) El caso específico de las demandas planteadas desde España. IV. Conclusiones.

RESUMEN: En los últimos años, se aprecia un fenómeno de creciente protagonismo, por el que las víctimas de accidentes aéreos o sus causahabientes optan por acudir a instancias jurisdiccionales de los EE UU para que estas conozcan de las demandas que interponen. La elección de este foro suele estar motivada por la creencia de que los tribunales norteamericanos están en disposición de conceder a los demandantes indemnizaciones más cuantiosas de las que podrían corresponderles en instancias judiciales que les resultan más próximas. Frente a esta situación, en un elevado número de supuestos, los tribunales estadounidenses declinan la competencia que en aplicación de la normativa les pudiera ser atribuida, en aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*, en cuya virtud un tribunal de instancia puede rechazar conocer de un asunto, sobre el que normalmente tendría jurisdicción, si entiende que de este modo sirve mejor a los intereses de las partes y de la justicia. Los jueces gozan de amplia discrecionalidad para decidir la aplicación de esta doctrina en cada caso concreto, teniendo en cuenta para ello la posible concurrencia de un conjunto de factores de interés, tanto de carácter privado como público.

PALABRAS CLAVE: TRANSPORTE AÉREO – ACCIDENTES, RESPONSABILIDAD – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – *FORUM NON CONVENIENS*.

ABSTRACT: *The Implementation of the Doctrine forum non conveniens in United States in Case of Air Accident Lawsuits*

In the last years has started a phenomenon of growing importance; the victims of commercial aircraft accidents or their successors choose judicial authorities of the United States to commence a lawsuit. The choice of this forum is often motivated by the belief that American courts are in position to grant substantially higher compensations than the ones applicable in closer forums. Nevertheless in a large number of cases, US courts decline their jurisdiction under the doctrine of forum non conveniens, whereby a court can reject hear an action on which would normally have jurisdiction if thus understood that it serves better the interests of the parties and justice. Judges have wide discretion to decide the application of this doctrine, and to do so, they have to take into account a number of factors of interest, both private and public.

KEY WORDS: AIR TRANSPORT – ACCIDENS – LIABILITY – INTERNATIONAL JURISDICTION – FORUM NON CONVENIENS.

I. Introducción

Uno de los rasgos históricamente inherentes al transporte aéreo de pasajeros es su marcado carácter internacional. Esta peculiaridad, de surgimiento muy temprano, fue rápidamente incorporada a la legislación aeronáutica¹, lo que permitió que los intentos de alcanzar una regulación global en el ámbito del transporte aéreo de pasajeros dieran fruto de forma anticipada respecto a los movimientos de unificación normativa que posteriormente han ido apareciendo en otros ámbitos del Derecho. Todo ello ha cobrado especial trascendencia en un momento como el actual, en el que la economía globalizada hace necesario para los contratantes un régimen jurídico homogéneo aplicable a los contratos internacionales que suscriben.

Desde muy pronto, tanto los Estados como los actores del transporte aéreo fueron conscientes de la importancia de establecer un régimen común de competencia judicial internacional –no olvidemos que el Convenio de Varsovia data del año 1929²–, generando un sistema de foros aplicables que permitiese conseguir un marco claro, que garantizase a quienes intervienen en el mercado determinar con claridad la competencia judicial internacional para la resolución de los litigios, en función de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción de responsabilidad ejercitada.

¹ E. Mapelli López, “La responsabilidad del transportista en la Unión Europea”, *Revista ALADA*, n.º 14, 1999, p. 346.

² El primer vuelo comercial, que transportó a un único pasajero, tuvo lugar el 1 enero 1914, entre las localidades de San Petersburg y Tampa, en Florida (EE UU). Habría que esperar hasta el 5 febrero 1919 para encontrar el primer transporte aéreo civil regular en la historia de la aviación, operado por la línea Deutsche Luftreederei, entre las ciudades alemanas de Berlín y Weimar, vía Leipzig.

Por ello, los grandes Convenios internacionales que resultan de aplicación al ámbito del transporte aéreo, partiendo del Convenio de Varsovia³ y, más recientemente, el Convenio de Montreal⁴, han incluido una serie de foros ante los que puede accionar el pasajero que considere dañados sus intereses por la actuación de una aerolínea y pretenda obtener un resarcimiento de los daños sufridos. A este régimen general del ámbito aeronáutico se ha unido el empleo de alguno de los foros previstos para la responsabilidad por productos defectuosos por parte de pasajeros damnificados en accidentes aéreos o sus causahabientes, con la pretensión de acceder a importes compensatorios de cuantía más elevada.

Esta posibilidad de optar entre diversos foros internacionales ha llevado a que, en los últimos años, ante el acaecimiento de accidentes de aviación, se haya extendido la práctica de acudir a los órganos jurisdiccionales de los EE UU, con el fin de intentar beneficiarse del régimen de compensaciones económicas más beneficioso que ofrece la doctrina estadounidense de los *punitive damages*. Esta doctrina supone una institución legal diferente a los daños y perjuicios propios del Derecho europeo continental, de forma que este sistema tiene como finalidad castigar las conductas antijurídicas más allá de la compensación a quien sufre un daño por su causa, imponiendo en consecuencia una compensación económica con una triple finalidad: i) castigar al responsable; ii) impedir que se lucre con sus actos antijurídicos; y iii) disuadir al demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante⁵.

Frente a estas actuaciones, los órganos jurisdiccionales estadounidenses han dado en aplicar la doctrina de *forum non conveniens*, presente en la doctrina del *common law*, en cuya virtud los tribunales norteamericanos gozan de discrecionalidad para rechazar un asunto sobre el que tiene jurisdicción, si entienden que de este modo sirven mejor a los intereses de las partes y de la justicia. La consecuencia de esta decisión es que con ella se corrige el foro o criterio de competencia judicial internacional en un litigio concreto, en caso de que el juzgador aprecie una escasa vinculación de las partes o del propio asunto con el territorio donde se presenta la demanda⁶.

³ Convenio de Varsovia, de 12 octubre 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, Gaceta, nº 233, de 21 agosto 1929.

⁴ Convenio de Montreal, de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, BOE 20.5.2004.

⁵ I. Lorente Martínez, "Litigación internacional. Forum Non conveniens y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 19, 2015, p. 217. Disponible en: revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/download/37/35.

⁶ La STS 13 enero 2015, definía a la doctrina de *forum non conveniens* como aquella en que un tribunal "pese a ser competente conforme a las reglas legales de determinación de la competencia interna-

En las siguientes páginas se pretende ofrecer una visión de la figura de *forum non conveniens*, así como su relación con los litigios entablados respecto a accidentes acaecidos en el seno de un transporte aéreo internacional de pasajeros, entendiendo que en un entorno crecientemente globalizado, desde las instancias jurisdiccionales norteamericanas se acudirá reiteradamente a esta doctrina para derivar a otras jurisdicciones asuntos que, de otro modo, les correspondería dirimir.

II. Foros previstos en la regulación internacional del transporte aéreo

Una de las características de la regulación del transporte aéreo se encuentra en que los Instrumentos internacionales que lo regulan incorporan sus propias reglas de competencia judicial internacional, que han de ser empleadas en todo aquel litigio que se pretenda entablar, entre otros, en relación con un contrato de transporte aéreo de pasajeros. La aplicación de estas reglas tiene carácter obligatorio, lo que implica que los órganos jurisdiccionales de los Estados signatarios deben proceder a aplicarlas, para determinar si una reclamación concreta en materia de responsabilidad se encuentra comprendida dentro de su ámbito de competencia.

1. Convenio de Varsovia

El más antiguo de los Convenios internacionales actualmente vigentes en la materia, el Convenio de Varsovia, pasó a enumerar en su art. 28 los cuatro *fori actionis* que pudieran entender de aquellos juicios a los que diera lugar la normativa internacional, de forma que, a la luz del mencionado Convenio, las acciones son susceptibles de ser iniciadas ante: i) el tribunal del domicilio del transportista; ii) el asiento principal de su negocio; iii) el lugar en el que el transportista poseyera un establecimiento por medio del cual se hubiera celebrado el contrato y, por último; iv) el tribunal del lugar de destino del pasajero o la carga.

Si bien el Convenio de Varsovia permite la determinación del foro “a elección del demandante”, también acota que en todo caso deberá formularse “en el territorio de una de las Altas Partes contratantes”, por lo cual el demandante no podrá ejercitar acciones en foros ubicados en Estados no signatarios del Convenio.

cional, considera que había una escasa vinculación de las partes o del litigio con el territorio donde se presentó la demanda”, remitiendo el caso a España, en el caso analizado.

2. *Convenio de Montreal*

Cuando el Convenio de Montreal recoge en los art. 33 y 49 sus propias normas de competencia judicial internacional, parte de la premisa de que, siendo el de transporte aéreo un contrato de adhesión, una de las partes intervinientes –el pasajero– se encuentra en una posición de debilidad frente a su contraparte –la compañía aérea–, resultando necesario ofrecerle en consecuencia un nivel mínimo e inderogable de protección. Es por ello que el Convenio establece una serie de foros alternativos entre los cuales el pasajero puede optar, diseñados con la finalidad de proteger a la persona afectada, al tiempo que cumple con los elementos de proximidad al asunto que es objeto de litigio, siempre que el tribunal por el que opte se encuentre dentro del territorio de un Estado firmante.

Así, a tenor de lo establecido por el art. 33.1º del Convenio de Montreal, resultan competentes para conocer de una acción de responsabilidad derivada del contrato de transporte aéreo de pasajeros, a elección del demandante: i) los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio tenga su domicilio el transportista; ii) los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio tenga su establecimiento principal el transportista; iii) los tribunales del Estado contratante donde el porteador posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido celebrado el contrato; iv) los tribunales del Estado contratante del destino del viaje.

Adicionalmente, para el supuesto de acciones de responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero, cabe sumar a estos foros una quinta jurisdicción, prevista en el art. 33.2º, que permite al demandante optar por entablar el litigio ante los tribunales establecidos en el art. 33.1º, o ante los tribunales del Estado Parte en el que el pasajero tenga

“... su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial”.

Es decir, el Convenio de Montreal permite a los pasajeros acudir a los tribunales del Estado parte en que tengan su residencia habitual, siempre que el transportista tenga sede en dicho Estado, y éste sea a su vez signatario del Convenio⁷.

⁷ R. Rueda Valdivia, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002, pp. 134 ss.

Se introduce así, por primera vez en este ámbito, a través de esta quinta jurisdicción, un *forum actoris*, si bien únicamente resulta aplicable respecto a los daños sufridos por los propios pasajeros, dejando fuera de su aplicación lo referente a retrasos, daños, destrucción y pérdida del equipaje. Además, para que sea aplicable la quinta jurisdicción, debe tratarse de un Estado en el cual el transportista demandado explote servicios de transporte aéreo de pasajeros por medio de sus propias aeronaves –o las de otro transportista, con arreglo a un acuerdo comercial–, disponiendo además de locales comerciales propios –o de otro transportista, con el cual el demandado mantenga un acuerdo comercial–.

El párrafo 3 del citado art. 33 se ocupa de aclarar que, en relación con los fines establecidos dentro del art. 33.2º “*acuerdo comercial*” significa “un acuerdo, que no es un contrato de agencia, hecho entre transportistas y relativo a la provisión de sus servicios conjuntos de transporte aéreo de pasajeros”, mientras que, por otra parte, el término “residencia principal y permanente” significa la “morada fija y permanente del pasajero en el momento del accidente”, aclarando al respecto que la nacionalidad del pasajero no será el factor determinante en la asignación de la jurisdicción.

A estos foros ha de añadirse una posibilidad específicamente recogida por el art. 45 del Convenio de Montreal para las acciones de responsabilidad contra un transportista de hecho. Sabido es que no resulta infrecuente que se perfeccione el contrato de transporte aéreo con una aerolínea, siendo el vuelo definitivamente operado por otra diferente, lo que lleva al art. 39 del Convenio a diferenciar entre la figura del transportista contractual, –que celebra un contrato de transporte con el pasajero–, y el transportista de hecho –que realiza efectivamente el transporte⁸–. En tal caso, como contempla el citado art. 45 del Convenio de Montreal, el demandante puede optar entre ejercitar la acción ante los tribunales que resultan competentes en virtud del art. 33, o bien ante el tribunal del Estado Parte en cuyo territorio el transportista de hecho tiene su domicilio o su oficina principal, como marca el art. 46 del Convenio.

Por último, debe hacerse referencia a la posibilidad que dispensa el Convenio de Montreal a las partes de pactar el tribunal competente. Sin embargo, para evitar el riesgo de *forum shopping*, paliando la posición de debilidad que ocupa el pasajero en la relación contractual, el art. 49 del Convenio establece que la validez de la cláusula de sumisión expresa queda supeditada a que la misma sea posterior al surgimiento del daño, y que no suponga la derogación de las normas del Convenio, por lo que la elección debe recaer sobre un órgano jurisdiccional

⁸ M.J. Guerrero Lebrón, *La responsabilidad contractual del porteador en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 256– 257.

perteneciente a un Estado parte en el Convenio o de un Estado cuya legislación en materia de responsabilidad del transportista aéreo ofrezca una mayor protección al viajero.

3. *La relación entre los Convenios internacionales y la normativa europea*

Como es conocido, la norma encargada de regular los aspectos referentes a la competencia judicial en el ámbito del Derecho europeo es el Reglamento (UE) 1215/2012⁹ (RB I bis), aplicable desde el 10 enero 2015, según establece el art. 81 de la norma. Sin embargo, para las acciones judiciales anteriores a dicha fecha continúa siendo de aplicación el Reglamento (CE) n° 44/2001¹⁰ (RB I).

Ambas normas se estructuran de forma idéntica, por medio de la determinación de un criterio general –competencia del domicilio del demandado–, así como la enumeración de diversas competencias especiales, y la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en la elección de foro –pactos de sumisión–, si bien matizando que en la nueva norma, dicho pacto se considera un acuerdo independiente del resto del contrato, de manera que la validez del acuerdo atributivo de competencia no puede ser impugnada por la mera razón de la invalidez del contrato.

Ambas normas destinan su Capítulo VII, bajo el epígrafe “Relaciones con otros Instrumentos”, a ofrecer una solución a los conflictos de norma en la determinación del foro que ha de atender cualquier tipo de litigio en relación a un contrato de transporte de pasajeros.

En principio, el art. 71 Reglamento (CE) n° 44/2001 prevé la primacía de los Convenios internacionales multilaterales que versen sobre materias específicas, conteniendo normas de competencia judicial internacional, siempre que éstos sean anteriores a la entrada en vigor del propio Reglamento, por lo que resulta clara la preeminencia de las reglas del Convenio de Varsovia sobre la norma europea. Esta misma previsión se encuentra en el art. 73 del Reglamento (UE) n° 1215/2012.

Sin embargo, en el caso del Convenio de Montreal, pese a tratarse de una norma anterior a la norma europea, lo cierto es que no llegó a entrar en vigor para la UE y todos sus Estados miembros hasta el 28 junio 2004. En este caso, la

⁹ Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 diciembre 2012, del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 351 de 12.12.2012.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12 de 16.1.2001.

aplicación de lo dispuesto en el art. 71.1º RB I (art. 73.3º RB I *bis*) debiera prevalecer sobre las normas de competencia previstas en el CM 1999, pero el Reglamento (CE) nº 889/2002¹¹ impidió esta posibilidad, disponiendo que: “la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del CM 1999 relativas a dicha responsabilidad”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la UE, en su sentencia *Walz*¹² respaldó esta interpretación del Reglamento (CE) nº 889/2002 respecto a las normas de competencia en el ordenamiento jurídico europeo, sobre la base de dos argumentos diferenciados: i) los art. 33 y 49 del Convenio de Montreal, a los que encomienda la atribución de la competencia judicial internacional, que se aplican con ocasión de litigios respecto de la responsabilidad del transportista y, ii) recurriendo a una interpretación sistemática del propio Convenio de Montreal, la responsabilidad del transportista y la medida de la indemnización del daño aparecen igualmente reguladas en el Capítulo III, que comprende los art. 17 a 37 del citado instrumento internacional.

Todo ello permite deducir el Reglamento (CE) nº 889/2002 prevalece en materia de competencia judicial internacional sobre los Reglamentos que regulan de forma genérica la competencia judicial, por lo que únicamente cabría recurrir a estos últimos en el supuesto de entablar una acción de responsabilidad frente a una aerolínea no europea en un vuelo en que el Estado del lugar de salida o de destino del trayecto no fuese parte del Convenio de Varsovia ni del Convenio de Montreal a los que cabría añadir además todos los demás litigios que tuvieran su origen en el contrato, sin tener por objeto una acción de responsabilidad contra el transportista.

4. Prelación de foros competentes previstos en los Reglamentos europeos en defecto de aplicación de los Convenios internacionales

Pese a que el contrato de pasaje se celebra por consumidores –en el sentido del art. 15.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 (art. 17.1º Reglamento UE nº 1215/2012)–, el art. 15.3º RB I (17.3º RB I *bis*) lo excluye expresamente de su ámbito de aplicación, por lo que resultan de aplicación los criterios generales de competencia judicial en materia de contratos de pasaje previstos en ambos Re-

¹¹ Reglamento (CE) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 mayo 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2027/1997 del Consejo sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. DO L 140 de 30.5.2002.

¹² STJUE 6 de mayo 2010, as. C-63/09.

glamentos, que son¹³: i) Sumisión expresa o sumisión tácita, prevista en los art. 23 y art. 24 de Bruselas I (art. 25 y 26 RB I *bis*); ii) En su defecto, foro especial en materia contractual, regulado en el art. 5.1º RB I (art. 7.1º RB I *bis*); o iii) Alternativamente, el foro del domicilio del demandado previsto en el art. 2 RB I (art. 4 RB I *bis*).

A este respecto, el art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 (art. 7.1º del Reglamento UE nº 1215/2012) establece como regla general, para determinar la competencia judicial en materia contractual el *forum executionis*, es decir, el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, asumiendo en los contratos que impliquen una prestación de servicios que dicho lugar es en el que hayan sido o deban ser prestados los servicios. Es la sentencia *Rehder*¹⁴ la que pone en relación el sistema de foros previsto en los Convenios internacionales de transporte aéreo y la regla de competencia especial en materia contractual, identificando dónde se encuentra el más estrecho vínculo de conexión entre el contrato y el tribunal, dada la pluralidad de lugares de prestación de servicios.

Para ello, el apartado 40 esta Sentencia evaluaba los servicios esenciales para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de transporte aéreo de personas, considerando que son el registro y el embarque de pasajeros, así como la acogida de éstos a bordo del avión en el lugar de despegue pactado en el contrato de transporte, la salida del avión a la hora prevista, el transporte de los pasajeros y de sus equipajes desde el lugar de partida hasta el lugar de llegada, la atención a los pasajeros durante el vuelo y, finalmente, el desembarque de éstos en condiciones de seguridad en el aeropuerto de aterrizaje y a la hora convenida en el citado contrato, siendo irrelevantes a este respecto las posibles escalas del avión.

Concluye el ap. 41 de la Sentencia que

“... los únicos lugares que presentan un vínculo directo con los citados servicios prestados en cumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del contrato son tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión, según sean convenidos en el contrato de transporte, como lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de este tipo de contrato”.

Por tanto, el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en el contrato de transporte aéreo de pasajero es, a elección del demandante, aquél en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el de llegada del avión, tal y como dichos lugares estén previstos en el contrato. Esto se ha de justificar porque los transportes aéreos suponen, por su propia naturaleza, servi-

¹³ A. Hernández Rodríguez, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 191.

¹⁴ STJUE 9 julio 2009, as. C-204/08.

cios que son prestados de manera indivisible y unitaria desde el lugar de partida al lugar de llegada del avión, de forma que no cabe distinguir en tales casos, en función de un criterio económico, una parte concreta de la prestación que constituya la prestación principal y que se preste en un lugar preciso, es decir, donde se produce la realización del transporte¹⁵.

5. Foros relativos a la responsabilidad por productos defectuosos

Pese a que los foros para accionar en el ámbito del transporte aéreo de pasajeros quedan meridianamente claros en la normativa, tal y como se ha visto, en ciertas ocasiones, víctimas de accidentes aéreos demandan a las empresas fabricantes de las aeronaves o ciertos componentes de las mismas, con la pretensión de abrir el sistema de foros previsto para la responsabilidad por productos defectuosos, que les permite acceder a ámbitos judiciales que consideran más favorables para sus intereses –previando una mayor facilidad para conseguir una resolución judicial favorable, o un *quantum* indemnizatorio superior–.

A este respecto, debe anticiparse que ni el Convenio de Montreal ni el Convenio de Varsovia incluyen las reclamaciones por responsabilidad contra los fabricantes, por lo que se debe acudir al régimen específico previsto para la responsabilidad por productos defectuosos, poniéndolo en relación con la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*. Ha de tenerse en cuenta que, en estos casos, los demandados son siempre empresas norteamericanas, a las que se demanda por responsabilidad extracontractual. Por ello, y analizando como supuesto de hecho la posibilidad de que una instancia jurisdiccional española entre a conocer de un asunto de estas características, habremos de acudir a lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I *bis* para comprobar si ello resulta posible a la luz del derecho europeo.

Más allá de otro tipo de disquisiciones de orden procesal, lo cierto es que cuando una demanda de este tipo llega a los tribunales españoles, lo hace por la vía de la remisión desde las instancias jurisdiccionales norteamericanas, en aplicación de la doctrina *forum non conveniens* que, como se verá más adelante, obliga a las partes a la sumisión al foro alternativo propuesto. A este respecto, cabe afirmar que los tribunales españoles pueden declararse competentes por la mera aplicación de los términos previstos en el art. 24 RB I (art. 26 RB I *bis*), que permite la sumisión tácita, afirmando esta última norma que

¹⁵ M. Zubiri de Salinas, “El contrato de transporte de pasajeros: B) El contrato de pasaje”, *Contratos mercantiles*, vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 467.

“Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado”.

Con todo, no se trata de una práctica pacífica en el ámbito jurisdiccional europeo. Resulta interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Apelación de París¹⁶ de 6 marzo 2008, en relación con un accidente aéreo ocurrido fuera del espacio de la Unión Europea (en concreto, en Egipto) el 3 enero 2004, en el cual la inmensa mayoría de víctimas era de nacionalidad francesa. En este caso, el tribunal francés, al que llegó el litigio, derivado desde instancias judiciales norteamericanas por la vía de la aplicación de *forum non conveniens*, rechazó a su vez ser competente en el asunto, transfiriéndolo a su vez de nuevo a los tribunales estadounidenses, al entender que su competencia no podía quedar abierta, en la medida en que la libertad del demandante para decidir la jurisdicción competente a la que acude constituye una regla imperativa, imposibilitando al foro francés conocer del asunto, en la medida en que el demandante había renunciado a su derecho a acudir a los tribunales de su propio Estado, optado por la jurisdicción estadounidense.

A la vista de la existencia de una previsión genérica, cabe cuestionarse si, en el supuesto de que ambas partes –demandante y demandado– sean nacionales de terceros Estados, continúan teniendo acceso a la jurisdicción de un Estado miembro de la Unión Europea. Necesariamente, la respuesta debe ser diferente, en función de que al caso le resulte de aplicación el Reglamento (CE) n° 44/2001 o el Reglamento (UE) n° 1215/2012, como se verá a continuación.

En el RB I se abordan de forma diferente los casos de sumisión expresa y los de sumisión tácita. El art. 23 del Reglamento, que regula el supuesto de sumisión expresa, obliga en su apartado 1 a que “al menos una de ellas (de las partes) tuviere su domicilio en un Estado miembro” para que el pacto de sumisión sea reconocido por las instancias judiciales europeas. Sin embargo, en cuanto a la sumisión tácita, la mayor parte de la doctrina¹⁷ asume que el art. 24 de la norma resulta aplicable, con independencia del domicilio de las partes, dado que el tenor literal de la norma no obliga a que ninguna de las partes deba estar domiciliada en un Estado miembro.

¹⁶ N° de pourvoi: 08–14883 08–15187 08–15273 08–15326. Analizada por G. Cuniberti, “Compétence des juridictions françaises et décision étrangère de *forum non conveniens*”, *Journ. dr. int.*, 2009, n° 1, pp. 171–183. El texto de la Sentencia se encuentra disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudi.do?oldaction=rechjurijudi&idtexte=juritext000020576425&fastreqid=387272399&fastpos=1>.

¹⁷ Por todos, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el art. 24 del Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004, p. 66–72.

Por lo que respecta, al Reglamento (UE) n° 1215/2012, la norma no plantea requisito alguna relativa al domicilio de las partes, ni en relación con la sumisión expresa, ni con la tácita, prevista en el art. 26, cuya redacción es semejante a la del art. 24 Reglamento (CE) n° 44/2001. Recuérdesse que el art. 25.1° dispone que

“Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes”

III. La doctrina de *forum non conveniens*

Como se ha dicho, ante un accidente aéreo, resulta una práctica habitual acudir a los ámbitos jurisdiccionales norteamericanos, en la búsqueda por parte de los demandantes de cuantías indemnizatorias superiores a las que pueden obtener en foros que pudieran resultarles más cercanos, sin que la parte demandada disponga, en principio, de la posibilidad de defenderse ante esta práctica. Frente a dicha situación, los tribunales estadounidenses han aplicado de forma reiterada la doctrina de *forum non conveniens*¹⁸, como instrumento que permite al demandado combatir la elección de foro hecha por el demandante.

Esta doctrina permite a un órgano jurisdiccional declinar su competencia en un asunto concreto, remitiendo al demandante a otro tribunal distinto al que ha acudido, si considera que con ello permite litigar más idóneamente según los intereses de todas las partes y conforme con los fines de justicia. Esto es, un tribunal pueda decidir que no entra a conocer de un litigio aunque posea competencia para hacerlo, si entiende que existe una escasa vinculación de las partes o el litigio con el territorio donde se presenta la demanda, asumiendo que el foro original resulta competente pero inconveniente, y la demanda se transfiere a otro foro competente, más adecuado¹⁹.

Esto proporciona el primer elemento distintivo de esta figura, el hecho de que, pese a que la resolución produzca efectos de gran trascendencia procesal, no supone ningún tipo de decisión judicial sobre el fondo del asunto, dado que el

¹⁸ La fórmula de *forum non conveniens*, nacida en Escocia en un ámbito temporal indeterminado (entre los siglos XVII y XIX) resulta de uso, fundamentalmente, en países del ámbito anglosajón, en los que resulta de aplicación el sistema jurídico del *common law*.

¹⁹ D.B. Furnish, “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*, apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia”, *AEDIPr*, vol. XIV–XV, 2014–2015, p. 322. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/281101911_el_forum_non_conveniens_y_el_lis_alibi_pendens_apuntes_para_una_comparacion_sistemica_y_sistemica_en_la_administracion_de_justicia.

juzgador se limita a decidir si, aún siendo competente, resulta más conveniente que sean otros tribunales quienes deban conocer sobre el fondo de las demandas interpuestas.

El origen moderno de la doctrina de *forum non conveniens* en los EE UU se encuentra en sendas Sentencias del Tribunal Supremo del año 1947, en el asunto *Gulf Oil v. Gilbert*²⁰, y el asunto *Koster v. Lumbermens Mutual Casualty Co.*²¹. Ambas Sentencias otorgaban a los tribunales federales norteamericanos la discrecionalidad para analizar la concurrencia en cada caso las circunstancias que autorizan el recurso a la doctrina de *forum non conveniens*. De hecho, en el segundo de los casos, se cuestionaba la Corte Suprema “La pregunta determinante es, ¿una audiencia, en dónde servirá mejor la conveniencia de las partes y los intereses de justicia?”. Un año más tarde, el Congreso promulgó la § 1404(a) del Título 28 del *U.S. Code*, que dispuso, “por la conveniencia de las partes y los testigos, en el interés de justicia, un tribunal (federal) distrital podría transferir cualquier litigio civil a cualquier otro distrito (federal) donde lo pudiera haberlo iniciado”.

Esta doctrina comenzó a aplicarse por primera vez a los litigios internacionales en el caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno*²², que abordaba el caso de una demanda a los fabricantes de ciertas piezas de una avioneta que estalló en vuelo en Escocia, ocasionando la muerte de sus pasajeros. Los demandantes admitieron que acudían al foro del Estado de California, en los EE UU, con la finalidad de obtener la mayor cuantía en concepto de daños y perjuicios que permitía la regulación norteamericana. Finalmente, la Corte Suprema estadounidense amparó la solicitud de los demandados, reenviando el asunto a los tribunales escoceses.

1. Caracterización de la doctrina

La doctrina de *forum non conveniens* confiere al tribunal competente la discrecionalidad necesaria para que, sobre la base de los requisitos y condiciones establecidos en esta materia, decida conforme a su mejor criterio acerca de la declinación de su competencia en favor de otro tribunal. Sin embargo, no puede tratarse de una resolución de carácter arbitrario. En efecto, para alcanzar la decisión que toma, el juzgador ha de tener en cuenta una serie de elementos decisivos. A continuación, se enunciarán los más relevantes que son empleados en la práctica judicial para la aplicación de esta doctrina.

²⁰ 330 U.S. 501, 506–505 (1947)

²¹ 330 U.S. 518, 527 (1947)

²² 454 U.S. 235, 255 (1981)

Un primer dato es que habitualmente corresponde a la parte demandada solicitar al tribunal que decida sobre la existencia de otro foro más apropiado, adecuado o conveniente para el desarrollo del proceso. Esta solicitud implica la aceptación por el demandado de la competencia del tribunal al que ha acudido el demandante, de forma que se limita su pretensión a una mera valoración de la posibilidad de que otro órgano judicial resulte más adecuado para conocer del asunto. Además, resulta indispensable que el demandado que solicita la aplicación de dicha doctrina se comprometa, frente al tribunal y la parte demandante, a someterse al foro cuya competencia resulte finalmente más adecuada o conveniente, cumpliendo además con todas las obligaciones relacionadas o conexas que hagan viable y eficaz dicha sumisión²³. No obstante, debe aclararse que, pese a que esta es la formulación tradicional, y que a la vista de la jurisprudencia sigue siendo la interpretación más extendida, es bien cierto que en ciertas ocasiones los órganos jurisdiccionales estadounidenses han flexibilizado esta regla clásica, permitiendo que sean los propios tribunales los que, en determinadas causas y supuestos, puedan decidir al respecto, sin necesidad de que la parte demandada asuma dicha iniciativa.

En todo caso, el demandado que solicite la aplicación de la doctrina al caso concreto es a quien corresponde probar la existencia de un foro alternativo competente para conocer del asunto, así como la concurrencia de una serie de factores de interés privado y público que aconsejan acoger el *forum non conveniens*, tal y como veremos a continuación. La existencia de un foro alternativo ha de entenderse en un doble sentido: por un lado, el demandado deberá demostrar que existe efectivamente otro foro en el que puede ser juzgado, por ser competente para conocer del litigio; por otro lado, la adecuación se mide en función de la suficiencia de la satisfacción que pueda otorgarse a la pretensión de los demandantes en el foro alternativo²⁴.

El segundo elemento que define a esta figura es que en la decisión sobre la aplicación al caso concreto de la doctrina, el juzgador ha de tomar en consideración la presencia en el litigio de los de nominados factores de interés, que pueden ser tanto: i) de carácter privado –*private interest factor*–, cuya concurrencia afecta a los litigantes, y se relacionan con cuestiones prácticas que permiten una resolución del litigio más fácil, rápida y económica; como, ii) de carácter público –*public interest factors*–, por los que el tribunal debe ponderar las dificultades administrativas que supone llevar el asunto desde su ámbito jurisdiccional,

²³ C. Llorente Gómez de Segura, “*Forum non conveniens*” revisited: El caso Spanair. In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 271–272.

²⁴ *Ibid.*, p. 273.

relacionándolas con las que tendría el foro alternativo que se plantea—. No se han explicitado formalmente qué factores han de tenerse en cuenta, aunque la citada Sentencia *Gulf Oil v. Gilbert* enumeró los más relevantes, que se exponen a continuación.

Los factores de interés privado que destaca la Sentencia son: i) el acceso a los medios de prueba; ii) la existencia de un proceso obligatorio en caso de no comparecencia del demandado; iii) el coste del procedimiento; iv) las facilidades para la comparecencia de testigos; v) la posibilidad de que se efectúe vista previa; y, vi) la adecuación del proceso a la acción. Adicionalmente se puede tener en cuenta la posibilidad de ejecutar o no la sentencia si es que ésta se obtiene así como los obstáculos o ventajas para acceder a un juicio justo.

Respecto a los factores de interés público, se cita como criterio primordial el de la congestión de la justicia. Además, el Tribunal afirma que no se debería imponer el deber de participar como jurado a los ciudadanos en caso de que el litigio no guarde relación con la comunidad. En otros casos, se han añadido otra serie de criterios, como el interés local en el pleito, la familiaridad del tribunal elegido con el Derecho aplicable, las cargas que deben asumir el tribunal elegido y los miembros del jurado, o los costes derivados de la resolución de un pleito desvinculado de un foro en particular²⁵.

Otro más de los elementos que definen al *forum non conveniens* es su carácter excepcional. No debe olvidarse que el demandante ha optado por un foro que, a la luz de la normativa aplicable, resulta competente para conocer del asunto —competencia que no es cuestionada por las partes en el proceso—. Es por ello que la jurisprudencia mantiene una fuerte presunción favorable al mantenimiento de la elección de tribunal hecha por el demandante. No obstante, esta fortaleza decae en cierta medida en caso de que el demandante no sea nacional de los EE UU, lo que los tribunales han de tener igualmente en cuenta en la evaluación del caso concreto. Cuando los demandantes están domiciliados en EE UU y los demandados son extranjeros, existe una presunción favorable sobre la competencia de los tribunales norteamericanos. En el caso inverso, la presunción decae, siguiéndose una línea muy flexible.

Además de su carácter excepcional, la decisión de aplicar la doctrina de *forum non conveniens* deberá ser empleada con moderación y en ocasiones contadas —”*sparingly*”, en términos empleados por la decisión *Dole Food Co. v. Watts*²⁶. Sin embargo, se trata de un principio de aplicación discrecional, que no permite

²⁵ Citados por el Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *Carijano v. Occidental Petroleum Corp.*, 626 F.3d 1137, 1152 (9th Cir. 2010).

²⁶ 303 F.3d 11104, 1118 (9th Cir. 2002).

la previsibilidad de las actuaciones judiciales. Así lo reconoció el Tribunal Supremo de los EE UU en su Sentencia *American Dredging Co. v. Miller*²⁷, afirmando que “la naturaleza discrecional de la doctrina, junto con los múltiples factores relevantes en su aplicación (...) hace casi imposible predecir y armonizar sus resoluciones.”

Esta impredecibilidad es tan pronunciada que, por ejemplo, en el caso *Sinochem Int'l Co. Ltd. v. Malaysia Int'l Shipping Corp.*²⁸, la Corte Suprema se pronunció a favor de aplicar el *forum non conveniens* antes de llegar a determinar su propia jurisdicción, evitando de esta forma acudir a una discusión preliminar que prolongase el proceso e incrementase su complejidad.

Esto permite observar una característica distintiva del sistema de *common law*: el sistema gravita sobre una amplia libertad de los órganos jurisdiccionales en la valoración de los elementos concurrentes a un caso, asumiendo que la búsqueda de la equidad en la resolución de los litigios es un valor a alcanzar por el entramado judicial, lo que ocasiona inevitablemente un cierto grado de incertidumbre para las partes, por el que se alcanzan resultados diferentes, incluso al aplicar las mismas normas a supuestos muy similares, con base en diferencias fácticas.

Es por ello que la única razón que debe llevar a un tribunal a declinar la aplicación de *forum non conveniens* a un caso, aún cuando el juzgador entienda que ese foro alternativo resulta más adecuado a la resolución del caso es, en términos empleados por la Corte Suprema en el ya citado asunto *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, el caso de que el Derecho aplicable en el foro alternativo resulte “tan claramente inadecuado o insatisfactorio que se hace ningún remedio en absoluto (...) pudiera el tribunal distrital concluir que declinar no estaría en los intereses de justicia”.

En resumen, y a la vista de lo anterior, para que resulte de aplicación la doctrina de *forum non conveniens* han de darse los siguientes requisitos: i) debe existir una norma competencial previa que otorgue al Juez competencia sobre el asunto; ii) el demandado debe probar la existencia de un foro alternativo al que pueda dirigirse el demandante; iii) el segundo tribunal invocado por el demandado ha de ser igualmente competente para resolver sobre el litigio; iv) el foro alternativo ha de ser adecuado, a la luz de los argumentos y pruebas presentadas por las partes y evaluando los intereses públicos y privados en juego; y v) que, si se aplicase el *forum non conveniens*, el tribunal norteamericano puede en todo

²⁷ 510 U.S. 443, 463 (1994).

²⁸ 549 U.S. 422 (2007).

caso retomar el asunto en el caso de que, por ejemplo, el órgano jurisdiccional alternativo decidiese no entrar a conocer del asunto.

2. Críticas a la doctrina

Una de las principales críticas que se pueden realizar al sistema de *forum non conveniens* es el de la enorme discrecionalidad de la que gozan los tribunales en la toma de decisiones en relación con la aplicación de la doctrina, que puede entenderse como rayana en la arbitrariedad. Lo cierto es que, ante hechos de características similares, los juzgadores han llegado a conclusiones diametralmente opuestas en cuanto a la idoneidad del foro, con el impacto que la diferencia en el ámbito judicial que juzga del fondo de los hechos tiene en las aspiraciones de resarcimiento de los demandantes.

La aplicación de esta doctrina, en definitiva, implica que se abra la puerta a una compleja red de resultados, que varían en función de los factores que alimentan a la decisión de cada tribunal de conceder o denegar el *forum non conveniens*, de forma más o menos restringida, variando en consecuencia, en diferentes tribunales y litigios²⁹.

Otro de los reproches que se suele efectuar a la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens* es el diferente tratamiento que se da al caso en función de la nacionalidad de la parte demandada, que resulta más beneficiada en caso de que sea norteamericana. De esta forma, las empresas de los EE UU quedan inmunes por hechos acaecidos en el extranjero pero que sin embargo les serían imputables según la ley interna norteamericana, de haberse producido dentro de su propio país.

También se considera una práctica discriminatoria en el hecho de que, ante una misma situación, los tribunales pueden alcanzar conclusiones diferentes en relación con la aplicación de *forum non conveniens* por el sólo hecho de que la nacionalidad del demandante sea distinta. Un claro ejemplo de esta situación ciertamente discriminatoria, se encuentra en el asunto *King v. Cessna Aircraft*³⁰. Se trató de una colisión de dos aviones ocurrida en el aeropuerto de Milán en la fallecieron 118 pasajeros. 69 personas, demandantes europeos, decidieron litigar ante las autoridades estadounidenses y otros tantos, demandantes norteamericanos, también. Ante esta situación, el tribunal estimó la aplicación de *forum non*

²⁹ S. Grossi, "Forum non conveniens as a Jurisdictional Doctrine", *University of Pittsburgh L. Rev.*, vol. 75, n° 1, 2014, p. 26. Disponible en: <http://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/view/255/210>.

³⁰ 48 ILM 823 (2009).

conveniens a favor de las autoridades italianas para los demandantes europeos, y sin embargo no declinó su competencia para los demandantes norteamericanos.

La propia jurisprudencia norteamericana admite la posibilidad de aplicar diferentes criterios acerca de la idoneidad del foro, en función de que los demandantes sean de nacionalidad estadounidense o extranjeros. La Corte Suprema de Justicia de los EE UU, llegó a afirmar en el asunto *Piper Aircraft v. Reyno* que

“... cuando se escoge el foro del domicilio es razonable asumir que la elección es adecuada. Sin embargo, cuando el demandante es extranjero, esta presunción es mucho menos razonable. Dado que el propósito principal de cualquier foro es asegurar que el proceso es adecuado, un demandante extranjero merece menos defensa”.

Asimismo, la práctica por parte de los tribunales norteamericanos de prede-terminar las condiciones en ha de ser llevado el litigio en el país al que se remite el asunto se considera en ocasiones como un vehículo por el que los jueces estadounidenses pretenden dirigir cómo se ha de llevar el proceso en el tribunal de destino del caso. Estas limitaciones al juez al que se remite el asunto relativas a, entre otros aspectos, el plazo que ha de otorgar al demandante para iniciar sus acciones en el foro alternativo, así como la imposición de condiciones a la presentación de pruebas, lleva a que en ciertos países –especialmente de Iberoamérica– se perciban estas prácticas como atentatorias contra su propia soberanía³¹.

Otro gran inconveniente que se achaca a la doctrina es que la supuesta juricidad en las resoluciones no es tal, sino una forma de defender los intereses económicos de las empresas norteamericanas en su actuación fuera de sus fronteras. Este argumento supone que en el fondo de *forum non conveniens* se encuentra la intención de mitigar –e incluso eliminar–, los riesgos que han de afrontar las compañías norteamericanas por el posible surgimiento de daños ocasionados en el extranjero. Este argumento se refuerza por la idea de que, de haber protagonizado hechos semejantes en su propio país, las compañías tendrían que hacer frente a importantes repercusiones económicas.

De ahí que pueda afirmarse que una de las premisas que subyace en la alegación de *forum non conveniens* por parte del demandado radicado en los EE UU sea la búsqueda de una ley aplicable más beneficiosa³². Frente a esta situación, en ciertos Estados –principalmente del continente americano– se busca dejar sin efectos a esta doctrina por medio de la aplicación de las denominadas *blocking*

³¹ H. Saint Dahl, “Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes”, *University of Miami Inter-American L. Rev.*, vol. 35, 2004, pp. 21 ss, esp. pp. 30 ss.

³² A. Hernández Rodríguez, “Accidentes aéreos y forum non conveniens. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 311–312.

*statutes*³³, es decir, la adopción de normas procesales que hacen perder automáticamente toda jurisdicción de sus tribunales para conocer de un caso cuando haya sido interpuesta una acción ante un tribunal extranjero competente.

De esta forma, los Estados que elaboran estas regulaciones pretenden que el asunto regrese al foro por el que inicialmente optó la parte demandante, consiguiendo así sortear la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*. Sin embargo, lo cierto es que no siempre estas pretensiones culminan con éxito. Finalmente, en algunos casos, los tribunales estadounidenses han mantenido la aplicación de la doctrina, aún habiendo recibido la declaración de incompetencia de la jurisdicción extranjera, generando de esta manera la indefensión de los demandantes³⁴.

3. Aplicación en el ámbito aeronáutico

El fenómeno de la internacionalización de las relaciones jurídicas tiene un claro reflejo en los casos de accidentes aéreos. Se trata habitualmente de siniestros ocurridos en un Estado, cuyas víctimas son nacionales y residen en Estados diferentes, y que terminan con la interposición de demandas ante los tribunales del Estado del domicilio de los más importantes fabricantes de la industria de la aeronáutica.

En el período 2005–2010³⁵, en los órganos jurisdiccionales federales de los EE UU abordaron un total de 23 decisiones en referencia a la aplicación de *forum non conveniens* en casos de accidentes aéreos. De ellas, en 21 ocasiones decidieron aplicar dicha doctrina, devolviendo el asunto a un órgano jurisdiccional extranjero, y en únicamente dos casos optaron por desestimar la alegación de la parte demandada, entrando a conocer del fondo del asunto. Por un lado, en el asunto *In re West Caribbean Crew Members*³⁶, por entender el juzgador que la concurrencia de factores de interés público y privado favorecían al foro de los EE UU; Por otra parte, en el asunto *In re Cessna 208 Series Aircraft Prods. Liab. Litig.*³⁷, por entender el tribunal que el balance de los factores concurrentes en el caso no favorecía que rechazase el asunto.

³³ H.S. Scott, “What to Do About Foreign Discriminatory Forum Non Conveniens Legislation”, *Harvard Int’l L. J.*, n° 49, 20 enero 2009, pp. 96–104.

³⁴ H. Saint Dahl, “Forum Non Conveniens...”, *loc. cit.*, pp. 21 ss.

³⁵ Datos extractados de P.S. Dempsey, “All along the watchtower: Forum non conveniens in international aviation”, *McGill University– Faculty of Law*, 18 noviembre 2015, pp. 25–27.

³⁶ 632 F. Supp. 2d 1193 (S.D. Fla. May 14, 2009)

³⁷ 546 F. Supp. 2d 1191 (D. Kan. April 23, 2008)

A) Asuntos más representativos abordados por distintos órganos jurisdiccionales norteamericanos

A continuación se definirán algunos de los asuntos más representativos abordados por distintos órganos jurisdiccionales norteamericanos, en relación con la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*, a raíz de accidentes aéreos.

i) Como se ha dicho, la primera ocasión en que el Tribunal Supremo de EE UU se pronunció en referencia a la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens* en un accidente aéreo tuvo lugar en el ya conocido asunto *Piper Aircraft v. Reyno*, en la que se interpuso en California una acción contra empresas estadounidenses fabricantes de aeronaves y componentes de repuesto, por muerte ocasionada por negligencia. Dicha demanda se interpuso por los herederos de ciudadanos del Reino Unido que fallecieron cuando su avioneta se estrelló en un vuelo doméstico entre Blackpool (Inglaterra) y Perth (Escocia), por un fallo en la hélice. Tanto el fabricante del avión como el de la hélice estaban domiciliados en los EE UU. En este caso, el tribunal de primera instancia accedió a la petición de los demandados de que se aplicase el *forum non conveniens*, encontrando que Escocia sería un lugar más apropiado para el proceso, con el argumento de que fue el lugar en que se produjo el accidente, los fallecidos eran ciudadanos británicos, y la mayor parte de la evidencia se encontraba allí. Tras una revocación de la Sentencia por el Tribunal de Justicia de EE UU, el Tribunal Supremo sostuvo que la discrecionalidad para aplicar *forum non conveniens* recae en el tribunal de primera instancia, y puede ser revocada solamente si se detecta una clara arbitrariedad, respaldando los argumentos del tribunal de primera instancia.

ii) Una situación más compleja se produjo en el asunto *In re Air Crash Near Athens, Greece on August 14, 2005*³⁸, en el que se accedió a la petición de *forum non conveniens*, si bien sujeta a una serie de condiciones para el demandado: i) someterse a la jurisdicción de los tribunales de Chipre o Grecia; ii) renunciar al ejercicio de cualquier acción de prescripción frente a las demandas que se interpusiesen en Chipre o Grecia en los 120 días siguientes; iii) proporcionar a los demandantes acceso a todas las pruebas y testigos en su custodia o control correspondiente; iv) asumir el coste de la traducción de los documentos en idioma inglés que estuvieran bajo su custodia, al griego; y v) hacer frente a los pagos provisionales a los causahabientes de las víctimas acordados por los tribunales griegos y chipriotas. Pese a que en la mayoría de los casos se acude a la jurisdic-

³⁸ N° 06 C 3439, 2007 U.S. Dist. Lexis 20761.

ción norteamericana por la vía de los daños ocasionados por productos defectuosos, lo cierto es que, en ocasiones, el *forum non conveniens* también se aplica en casos de transporte internacional, regulados por el Convenio de Varsovia o el Convenio de Montreal. Como se ha visto, ambos textos internacionales ofrecen al demandante una pluralidad de foros en los que accionar. En este caso, la postura mayoritaria³⁹ en los EE UU es que, si bien el actor tiene la posibilidad de elegir dónde presentar su caso, no existe una discreción absoluta para elegir entre los foros existentes, pudiendo el juzgador transferir el proceso a una jurisdicción más apropiada.

iii) En la sentencia *In re Air Crash Disaster on July 9, 1982*⁴⁰, el tribunal entró a evaluar la compatibilidad de los foros que el art. 28 del Convenio de Varsovia ofrece a los demandantes con la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*. Tras este accidente aéreo, se presentaron 52 demandas en nombre de los 42 pasajeros extranjeros que murieron al caer un avión Boeing 727 que operaba el vuelo Pan Am 759, entre Miami y Las Vegas. La conclusión que alcanzó el tribunal fue que había de aplicar el *forum non conveniens*, dado que la prerrogativa que ostentan los demandantes de elegir foros implica que se sometan a los requisitos de procedimiento y dispositivos que forman parte de las leyes internas del foro concreto por el que optan, entendiendo además que la adhesión de los EE UU a la citada Convención de Varsovia no podía significar la renuncia a un instrumento de procedimiento tan valioso como la doctrina de *forum non conveniens*, porque de lo contrario, los tribunales estadounidenses podrían convertirse en los foros para litigios con poca o ninguna relación con este país.

iv) Resulta igualmente interesante el asunto *Gambra v. International Lease Finance Corp.*⁴¹. En esta ocasión, la caída de una aeronave Boeing B-737 tras el despegue de un vuelo chárter efectuado por la compañía egipcia Flash Airlines, que efectuaba el itinerario entre Sharm el-Sheij (Egipto) y París ocasionó 122 víctimas mortales entre el pasaje, siendo codemandadas ante los tribunales estadounidenses tanto la fabricante de la aeronave accidentada –Boeing–, como la compañía propietaria del aparato –ILFC–, que lo había arrendado a la operadora. Salvo dos ciudadanos norteamericanos, la totalidad de los demandantes eran ciudadanos franceses, que optaron por el foro estadounidense con el argumento de que el contrato de arrendamiento entre ILFC y Flash incluía una cláusula por

³⁹ V.gr., A. Mendelsohn y R. Lieux, “The Warsaw Convention Article 28, The Doctrine of Foreign Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff”, *J. Air L. & Com.*, 2003, pp. 68 ss.

⁴⁰ 821 F.2nd 1127 (5th Cir. 1987).

⁴¹ 821 F.2nd 1127, 1162 (5th Cir. 1987).

la que el arrendador renunciaba a objetar cualquier demanda que se le interpusiera en un foro adecuado. Ante esta alegación, el tribunal consideró que la citada cláusula se limitaba a los posibles litigios que pudieran surgir entre las partes, y no refería a la responsabilidad de cualquiera de las partes frente a los pasajeros, que no podían ser terceros beneficiarios en el contrato, decidiendo remitir el proceso a las autoridades judiciales francesas.

v) En relación con el Convenio de Montreal de 1999, el asunto *In re West Caribbean Crew Members*⁴² refería a la demanda presentada por los herederos de los pasajeros del vuelo 708 de la compañía West Caribbean Airways, todos ellos residentes de Martinica, que fallecieron cuando un avión McDonnell Douglas MD-82 de matrícula colombiana se estrelló realizando el itinerario Ciudad de Panamá–Martinica. Se da la circunstancia de que el único vínculo con los EE UU era que la empresa demandada, de nacionalidad estadounidense, había contratado la aeronave, comercializando el vuelo como parte de un paquete turístico. Esto la convirtió, según el criterio del tribunal norteamericano, en transportista contractual en los términos previstos en el art. 39 del Convenio de Montreal. En este caso, los fiscales federales de los Departamentos de Justicia, Estado y Transporte tomaron la medida inusual de presentar una declaración oficial, con el interés de aclarar la posición del gobierno norteamericano. En ella, dejaban claro que los EE UU no renuncian a la capacidad de sus tribunales para aplicar el *forum non conveniens* en casos derivados del Convenio de Montreal, en protección de su “interés significativo en evitar la congestión en sus tribunales cuando un foro extranjero ofrece una alternativa más justa, conveniente y adecuada”. El tribunal del asunto *West Caribbean Airways* concluyó que el *forum non conveniens* tiene naturaleza procesal, y que el Convenio de Montreal contempla explícitamente que el tribunal del foro elegido puede aplicar sus propias normas de procedimiento. De esta forma, y dado que la doctrina estaba firmemente afianzada en el derecho procesal de los EE UU en el momento en el Convenio de Montreal fue redactado, el texto internacional implícitamente permite su aplicación en un proceso.

vi) Un criterio idéntico se aplicó en el asunto *Esheva v. Siberia Airlines*⁴³, en un accidente protagonizado por un Airbus A-310 de la compañía Siberian Airlines. En este caso, el avión era de matrícula francesa y no viajaban ciudadanos norteamericanos a bordo, siendo la única vinculación con los EE UU la nacionalidad de la empresa propietaria de la aeronave, que la había arrendado a la trans-

⁴² 632 F. Supp. 2nd 1193 (S.D. Fla. 2009).

⁴³ 499 F. Supp. 2d 493 at 498 (S.D.N.Y. 2007)

portista rusa. El tribunal norteamericano entendió que el único motivo que había llevado a litigar a un foro de los EE UU era beneficiarse del régimen indemnizatorio de los daños que proporciona aquella legislación.

vii) Sin embargo, en ocasiones se pueden encontrar resoluciones judiciales contradictorias con este criterio general. Así, en el asunto *Hosaka v. United Airlines*⁴⁴, caso en el que 93 ciudadanos japoneses resultaron heridos y uno murió cuando el vuelo 826 de United Airlines encontró turbulencia severa en un vuelo desde Tokio a Honolulu, 18 demandantes japoneses accionaron ante los tribunales norteamericanos, que constituían un foro apropiado en virtud del Convenio de Varsovia, al ser los EE UU domicilio y centro de actividad principal de la parte demandada, United Airlines. El tribunal de distrito federal renunció a entender del asunto, aplicando el *forum non conveniens*. El Tribunal de Apelación, por su parte, decidió que no resultaba aplicable la doctrina en este concreto caso, con el argumento de que el Convenio de Varsovia, vigente en aquel momento para los EE UU, no permite que un tribunal federal renuncie a un asunto en aplicación de *forum non conveniens*.

B) El caso específico de las demandas planteadas desde España

A todos los asuntos anteriores, se han de añadir dos recientes ocasiones en que tribunales norteamericanos han aplicado la doctrina de *forum non conveniens* a procesos abiertos en relación con demandas planteadas desde España, que se resumirán a continuación.

En primer lugar, se aborda el proceso judicial llevado a cabo en los EE UU a raíz del accidente aéreo sufrido por los pasajeros del vuelo JK 5022 de la compañía Spanair, que tuvo lugar el día 20 agosto 2008 en el aeropuerto de Barajas (Madrid). El suceso llevó a que doscientos cuatro demandantes interpusieran ante los tribunales federales americanos ciento dieciséis demandas en representación de cien pasajeros (noventa y dos españoles, tres alemanes, uno brasileño, uno gambiano, uno indonesio, uno sueco y uno turco), contra la compañía McDonnell Douglas Corp., y su sucesora, The Boeing Company, así como contra otras compañías fabricantes de componentes aeronáuticos⁴⁵ ante los tribunales federales de diferentes Estados norteamericanos (California, Florida e Illinois), que fueron acumuladas en el Tribunal del Distrito Central de California por orden del Tribunal Federal de coordinación competente.

⁴⁴ 305 F.3d 989 at 1001 (9th Cir. 2002)

⁴⁵ Información extraída de: C. Llorente Gómez de Segura, “*Forum non conveniens* revisited...”, *loc. cit.*, p. 268.

La acción contra estos demandados se concretó en una reclamación de responsabilidad no contractual por productos defectuosos, derivados de un defecto de diseño del modelo accidentado, el MD-82, que supuestamente el fabricante no había sido corregido, pese a que se habían producido accidentes por causas similares (*flaps* y *slats* no desplegados en el momento del despegue) desde el accidente del vuelo 255 de Northwest Airlines de 16 agosto 1987.

A la vista de los argumentos de ambas partes, se dictó la *Resolución In Re Air Crash at Madrid, Spain, on August 20, 2008*⁴⁶, que procedió a desestimar las demandas presentadas, por entender que concurrían requisitos suficientes para la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*, remitiendo el asunto a los tribunales españoles, por entender que España constituía un foro adecuado para juzgar las causas, conclusión que reforzaba el hecho de que los demandantes eran extranjeros, circunstancia que hacía que su elección de tribunal no mereciera la deferencia que hubiera tenido en caso de que fueran nacionales de los EE UU.

Para la valoración del caso, el tribunal tuvo en cuenta la siguiente serie de factores de interés privado: i) Residencia de las partes del pleito y de los testigos; ii) Conveniencia para las partes; iii) Facilidad para el acceso a las pruebas; iv) Posibilidad de obligar a los testigos a comparecer en juicio; v) Coste de la asistencia de los testigos al juicio; vi) Ejecutividad de la sentencia; vii) Otros asuntos de índole práctica.

Asimismo, evaluó la concurrencia de los siguientes factores de interés público: i) Interés del foro en el pleito; ii) Conocimiento del Derecho aplicable; iii) Razonabilidad de las cargas que implicaría el proceso para el tribunal y el jurado; iv) Congestión del tribunal; v) Costes derivados de la resolución.

La resolución fue recurrida por los demandantes, siendo definitivamente confirmada por la Corte de Apelación de Pasadena (California), que argumentó que The Boeing Company se había comprometido por escrito a aportar a la justicia española la documentación que le fuera requerida, a ser parte en el pleito si era demandada y a respetar cualquier decisión judicial que dimanase de los órganos judiciales españoles.

Otro caso abordado ha sido el del accidente acaecido el 1 julio 2002, en el que colisionaron en pleno vuelo, sobre espacio aéreo alemán, un Tupolev TU-154M explotado por la compañía aérea Bashkirian Airlines, que realizaba un vuelo chárter entre Moscú y Barcelona, y un avión Boeing 757-200, de la compañía carguera DHL Airways. A consecuencia del mismo, fallecieron los

⁴⁶ Asunto 2:10–ml–02135 GAF (RZx).

ocupantes de ambas aeronaves, un total de 71 personas, de los que 59 eran pasajeros comerciales, y el resto los tripulantes de ambos aviones⁴⁷, habiendo concluido el informe oficial del accidente que este se había producido a causa de una información erróneamente proporcionada por el control de espacio aéreo de Suiza, que había seguido la tripulación técnica del Tupolev, contravieniendo la indicación sonora del sistema de seguridad TCAS (*Traffic Collision Avoidance System*), encargado de proporcionar una vía evitación ante un riesgo de colisión

En el año 2004, se presentaron unificadas ante el Juzgado Federal del Distrito de Nueva Jersey las demandas de los familiares de las víctimas contra las empresas norteamericanas implicadas en la fabricación del TACS, entre ellas Honeywell y ACSS, por entender que el sistema TCAS adolecía de defectos de diseño y de software, que habían sido detectados, sin tomar medidas al respecto, así como por la redacción defectuosa del Manual del Piloto del TCAS, que no resultaba suficientemente clarificador del orden de prioridad de las instrucciones proporcionadas por el sistema TCAS frente a las indicaciones de los controladores. Las empresas demandadas alegaron en sede judicial la concurrencia de motivos suficientes para aplicar la doctrina de *forum non conveniens*, bajo el argumento de que existía un foro mejor situado para conocer del asunto, como era el de España: Finalmente, se pronunció el tribunal por medio de la resolución *Faat v. Honeywell Int'l Inc.*⁴⁸ en la que estimaba la alegación de las demandadas, remitiendo el asunto a los tribunales españoles.

En su decisión, el juzgador tuvo en cuenta los siguientes factores de interés privado: i) La mayor facilidad de acceso a los medios de prueba, al ser España miembro de la UE; ii) Que la jurisdicción española dispusiera en ese momento de la documentación relevante sobre el asunto; iii) La mayor facilidad de acceso a las pruebas; iv) Que la mayoría de los testigos se encontraban en Europa; v) Que compañías demandadas se habían comprometido a testificar en Europa.

En cuanto a los factores de interés público a tener en cuenta, el tribunal alegó: i) En España ya se estaba sustanciando un proceso contra la aerolínea rusa; ii) Mayor interés por parte de España en resolver el litigio, como punto de destino de uno de los aviones siniestrados; iii) El interés de los EE UU por conocer la seguridad de sus productos decae cuando el accidente ocurre en el extranjero y los demandantes no son norteamericanos; iv) Dificultades para el conocimiento

⁴⁷ Información extraída de A. Hernández Rodríguez, “Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, p. 308.

⁴⁸ Nº. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005)

del Derecho aplicable, especialmente complicado por concurrir varios ordenamientos en el caso; v) Elevados costes del proceso.

A la vista de la resolución, los familiares de las víctimas del accidente interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona, quien dictó Sentencia en fecha de 3 marzo 2010, en la que entendía que las empresas debían responder por los daños ocasionados, derivados de productos defectuosos. Dicha Sentencia fue parcialmente revocada por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en su Sentencia 230/2012, de 7 mayo 2012, procedió a elevar la cuantía de las indemnizaciones de forma significativa.

IV. Conclusiones

En un transporte de carácter eminentemente internacional, como el aéreo, resulta cada vez más habitual que pasajeros damnificados acudan a foros ubicados en los EE UU, con la pretensión de beneficiarse del sistema de *punitive damages* que aquellos ofrecen, que permiten acceder a indemnizaciones más cuantiosas de las que podrían corresponderles en instancias judiciales más cercanas. Frente a esta situación, en un elevado número de supuestos, y mediando petición de parte, los tribunales estadounidenses declinan la competencia que en aplicación de la normativa les pudiera corresponder, remitiendo el asunto a otro foro que consideran más apropiado, aplicando la doctrina de *forum non conveniens*, si entiendo que de este modo sirve mejor a los intereses de las partes y de la justicia.

En la toma de decisión han de evaluar la concurrencia de un conjunto de factores de interés, tanto de carácter privado, cuya concurrencia afecta a la capacidad de los litigantes para llevar a cabo un litigio lo más rápido y sencillo posible, como de carácter público, en los que el tribunal ha de evaluar si a la comunidad le compensa a las dificultades administrativas y costes operativos del proceso. Si bien en principio el *forum non conveniens* tiene carácter excepcional, en los casos en que el demandante no es ciudadano estadounidense, decae la presunción de favorable sobre la competencia de los tribunales norteamericanos, lo que lleva a que los tribunales lo apliquen en mucha mayor medida a demandantes no nacionales de los EE UU.

En el ámbito concreto de la aviación comercial, los tribunales de los EE UU han tenido que decidir la aplicación de la doctrina *forum non conveniens* en relación con dos tipos de demandas: por un lado, las que traen causa de los grandes Convenios internacionales en materia de transporte aéreo –Convenio de Varsovia y Convenio de Montreal–, y por otro lado, las demandas presentadas contra

fabricantes de aeronaves o componentes de las mismas, al amparo de la normativa reguladora de la responsabilidad por productos defectuosos. Normalmente, los procesos judiciales guardan relación con accidentes aéreos ocurridos en un Estado, cuyas víctimas son nacionales y residen en Estados diferentes, y que terminan con la interposición de demandas ante los tribunales del Estado del domicilio de algunos de los más importantes fabricantes de la industria de la aeronáutica.

La primera ocasión en que el Tribunal Supremo de EE UU se pronunció en referencia a la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens* a un demandante extranjero fue precisamente a raíz de un accidente aéreo. En el *Piper Aircraft v. Reyno*, el Alto Tribunal norteamericano ratificó una sentencia de primera instancia que rechazaba juzgar la demanda planteada contra la compañía fabricante del avión siniestrado, así como algunas de las fabricantes de los componentes, todos ellos domiciliados en los EE UU, con el argumento de que el accidente se produjo en Gran Bretaña, siendo sus ciudadanos británicos, y estando la mayor parte de pruebas y testigos disponibles en el reino Unido.

En cuanto a la relación de *forum non conveniens* con los diversos foros disponibles en los Convenios internacionales de transporte aéreo, la postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia de los EE UU se inclina por entender que, pese a que la demanda puede interponerse ante cualquiera de los foros disponibles, el juez puede corregir esa decisión remitiendo el asunto a una jurisdicción que considere más adecuada, sobre la base de que el *forum non conveniens* tiene naturaleza procesal, y en consecuencia se halla protegido por el propio Convenio, que reconoce a los Estados la plena aplicación de sus propias normas procesales internas, aunque estas limiten la pluralidad de foros establecidos por el Convenio.

La decisión de aplicar el *forum non conveniens* en relación con los Instrumentos internacionales se toma sobre todo en casos de demandas de ciudadanos no nacionales de los EE UU, incluso en casos en los que los puntos de conexión con los EE UU son profundos. A modo de ejemplo, se puede citar la sentencia *In re Air Crash Disaster on July 9*⁴⁹, en que el tribunal optó por aplicar la doctrina a 52 demandas presentadas al amparo del art. 28 del Convenio de Varsovia por familiares de 42 pasajeros extranjeros fallecidos en un accidente aéreo producido en un vuelo doméstico de los EE UU (ruta Miami – Las Vegas), a bordo de un avión de bandera norteamericana, propiedad de una compañía aérea estadounidense (Pan Am).

⁴⁹ 821 F. 2d 1147, 1165 (1987).

En definitiva, se puede apreciar que el transporte aéreo no ha quedado al margen de la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*. Al contrario, dada la enorme incidencia económica que suelen acarrear los accidentes e incidentes graves relacionados con la actividad aérea, en términos de daños materiales y humanos, se puede apreciar una especial preocupación de las instancias judiciales norteamericanas por ahuyentar a los demandantes extranjeros de los foros estadounidenses, como fórmula de protección tanto de su propio sistema judicial —frente a congestiones innecesarias, ocasionadas por demandas que realmente guardan escasa relación con el foro escogido—, como de las compañías aéreas, productores de aeronaves y fabricantes de componentes de nacionalidad norteamericana, grandes protagonistas de la industria aeronáutica —en este caso, frente a las mayores cuantías indemnizatorias que, con carácter general, se conceden en los EE UU—.

De esta forma, se consigue minimizar el riesgo económico de la actividad de las corporaciones norteamericanas fuera de su país, evitando a quienes se ven perjudicados acceder a un foro al que la normativa les da acceso, derivándoles a foros alternativos que, generalmente, van a decidir concederles un resarcimiento de cuantía inferior.

Este diferente tratamiento a los demandantes en función de su nacionalidad ha sido objeto de crítica por cierta parte de la doctrina, especialmente la procedente de ámbitos geopolíticos en que la normativa indemnizatoria y procesal dificulta en mayor medida las pretensiones resarcitorias de quienes han sufrido un daño. Por ello, en ciertos países de Iberoamérica se han lanzado iniciativas legislativas, encaminadas a que finalmente sean los tribunales estadounidenses quienes conozcan del asunto inicialmente rechazado, mediante las *blocking statues*, normas procesales que retiran la jurisdicción de los tribunales nacionales si la misma procede de una acción interpuesta ante un tribunal extranjero competente. No obstante, en algunos de estos casos, los tribunales estadounidenses han mantenido la aplicación de *forum non conveniens*, generando la indefensión de los demandantes.

A la vista de los argumentos aportados por quienes defienden la aplicación de esta doctrina, debe reconocerse que la jurisdicción norteamericana tiene motivos razonables para protegerse de alguna forma frente a la más que probable inflación de demandas que pudieran producirse en asuntos con una mera relación tangencial con los EE UU, en la mera búsqueda de un foro más favorable a los intereses de los demandantes, especialmente de quienes son nacionales de Estados con normativas procesales, civiles y mercantiles que dificultan o impiden un adecuado resarcimiento a las víctimas. Sin embargo, también debe convenirse que no resulta razonable ni proporcionada la arbitrariedad en la toma de decisiones de las autoridades judiciales estadounidenses, sin duda provocada por la falta

de una definición más concreta de los criterios a aplicar, más allá de una etérea enumeración de elementos de valoración genéricos. En particular, no resulta ecuánime que ante situaciones idénticas, que además están amparadas por la normativa de atribución de competencias, la decisión de los tribunales sobre la conveniencia de que otros tribunales conozcan sobre el fondo de las demandas interpuestas sea distinta, basándose la diferencia únicamente en la nacionalidad del demandante, sin que haya razonamientos jurídicos de fondo que justifiquen la diferenciación.

Bibliografía

- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el art. 24 del Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004, p. 66–72.
- Dempsey, P.S.: “All along the watchtower: Forum non conveniens in international aviation”, *McGill University– Faculty of Law*, 18 novembre 2015, pp. 25–27.
- Furnish, D.B.: “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*, apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 322 ss.
- Grossi, S.: “Forum non conveniens as a Jurisdictional Doctrine”, *University of Pittsburgh L. Rev.*, vol. 75, nº 1, 2014, pp. 26 ss.
- Guerrero Lebrón, M.J.: *La responsabilidad contractual del porteador en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Hernández Rodríguez, A.: “Accidentes aéreos y forum non conveniens. Algunas cuestiones en torno al asunto *Honeywell* en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 2, 2012, pp. 308 ss.
- Hernández Rodríguez, A.: “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 191 ss.
- Lorente Martínez, I.: “Litigación internacional. Forum Non conveniens y daños punitivos: el caso del accidente aéreo de Spanair”, *Revista Castellano–Manchega de Ciencias Sociales*, nº 19, 2015, pp. 217 ss.
- Llorente Gómez de Segura, C.: “Forum non conveniens revisited: el caso Spanair”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 268 ss.
- Mapelli López, E.: “La responsabilidad del transportista en la Unión Europea”, *Revista ALADA*, nº 14, 1999, pp. 346 ss.
- Mendelsohn, A. y Lieux, R.: “The Warsaw Convention Article 28. The Doctrine of Foreign Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff”, *J. Air L. & Com.*, 2003, pp. 68 ss.
- Rueda Valdivia, R.: *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2002.
- Saint Dahl, H.: “Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes”, *University of Miami Inter–American L. Rev.*, vol. 35, 2004, pp. 21 ss.

Scott, H.S.: “What to Do About Foreign Discriminatory Forum Non Conveniens Legislation”, *Harvard Int’l L. J.*, nº 49, 20 enero 2009, pp. 96–104.

Zubiri de Salinas, M.: “El contrato de transporte de pasajeros: B) El contrato de pasaje”, en *Contratos mercantiles*, vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 467 ss.

Recepción: 31.5.2016
Aceptación: 24.6.2016

LA NUEVA LEY DE PATENTES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE GARANTÍAS INTERNACIONALES *

Briseida Sofía JIMÉNEZ GÓMEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Garantías sobre bienes inmateriales y Derecho aplicable. 1. Alcance de la *lex loci protectionis*. 2. Perspectivas de evolución. III. Modificaciones introducidas en la Ley de Patentes. 1. Objeto. 2. Legitimación activa. 3. Registro de derechos. 4. Extensión objetiva de la hipoteca mobiliaria. 5. Nuevo objeto: hipoteca sobre nombre de dominio. IV. Conclusión.

RESUMEN: Las modificaciones que la nueva Ley de Patentes 24/2015 de 24 de julio introduce en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento representan un avance con respecto a la redacción anterior de los artículos aplicables a la propiedad industrial e intelectual. Este artículo examina las modificaciones legislativas introducidas desde el punto de vista de Derecho sustantivo proyectándolo al ámbito de Derecho Internacional Privado, así como las perspectivas de futuro a la luz de los recientes trabajos internacionales en materia de garantías sobre bienes inmateriales.

PALABRAS CLAVE: LEY DE PATENTES – LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN – PROPIEDAD INDUSTRIAL – PROPIEDAD INTELECTUAL – *LEX LOCI PROTECTIONIS*.

ABSTRACT: *The New Patent Act and its Implications on International Security Interests*

The changes introduced in the Chattel Mortgage and Pledge Without Possession Act by the new Patent Act 24/2015 of 24 July represent an improvement over the previous wording of the articles applicable to intellectual property. This article explores the statutory changes introduced from the point of view of substantive law and private international law, as well as future prospects in light of recent international studies of security rights in intellectual property.

KEYWORDS: PATENT ACT – CHATTEL MORTGAGE AND PLEDGE WITHOUT POSSESSION ACT – INTELLECTUAL PROPERTY – *LEX LOCI PROTECTIONIS*.

* Esta contribución ha sido elaborada en el marco del proyecto de investigación DER2012–34086 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Investigadora predoctoral del MINECO. Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid. LL.M. College of Europe, Brujas.

I. Introducción

El contexto de explotación internacional de los derechos de propiedad industrial e intelectual ha llevado a algunos autores a afirmar lo siguiente: “*Intellectual property is almost international by definition*”¹. En principio parece una contradicción, porque la propiedad industrial e intelectual está marcada por dos caracteres básicos: la territorialidad y la independencia de derechos². Sin embargo, lo que estos autores quieren destacar es que con frecuencia los derechos de propiedad industrial e intelectual son explotados en un mundo globalizado y en contraste, las legislaciones nacionales siguen sin prestarle la atención que merece a la dimensión internacional de derechos de propiedad industrial e intelectual. Un ejemplo de este fenómeno es que la normativa de Derecho internacional privado no muestra un especial desarrollo en la materia sobre propiedad industrial e intelectual; ya que los convenios internacionales poseen primordialmente reglas de Derecho sustantivo. Sin ir más lejos nuestra legislación sobre garantías de propiedad industrial e intelectual no contempla de manera específica los problemas que pueden surgir en casos de garantías internacionales.

De modo que al igual que los derechos sobre bienes inmateriales se explotan en un contexto global, sus titulares que llegado el momento necesitan financiación para seguir acometiendo sus proyectos se benefician de un contexto internacional de financiación. Así el titular de un porfolio de derechos de propiedad industrial y/o intelectual acudirá al mercado financiero en busca de capital y será posible que una entidad financiadora no esté domiciliada en el mismo Estado que el titular de los derechos. Así surgen los primeros elementos de la internacionalidad, donde los derechos en sí pertenecen a varios países, por tanto, están regidos bajo sus respectivas leyes de protección y además, las propias partes pueden no estar domiciliadas en el mismo Estado.

Este estudio nace a colación de la nueva Ley de patentes española: la Ley 24/2015 de 24 de julio, de Patentes³ en adelante la LP/2015. La ley de patentes modifica el articulado de la normativa aplicable a las garantías no sólo sobre patentes, sino también sobre propiedad industrial en general y sobre propiedad

¹ J. Fawcett y P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Oxford Private International Law Series, 2011, p. 670.

² P.A. De Miguel Asensio, “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t.VII, 2007, pp. 375–406, esp. p. 376.

³ BOE 25.7.2015. Repertorio Iprolex, 2015, nº 2015/27, <https://aedipr.com/documentos/>.

intelectual. Las garantías que se pueden otorgar sobre dichos objetos se encuentra en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión (LHMPSD). A primera vista, llama la atención la forma en que se modifica normas sustantivas aplicables a las garantías sobre propiedad industrial e intelectual en nuestro ordenamiento jurídico. Los cambios introducidos en la ley, que regula las garantías sobre propiedad industrial e intelectual, tratan de pasar desapercibidos al no hacer ni siquiera una mención en el Preámbulo de la LP/2015. El uso de esta técnica legislativa bastante mejorable no resta la importancia que se merece un tema en auge a nivel mundial. El hecho de que los bienes inmateriales puedan ser utilizados como garantías en operaciones de financiación no es hoy especulativo, sino más bien una realidad en el contexto internacional⁴.

II. Garantías sobre bienes inmateriales y Derecho aplicable

1. Alcance de la *lex loci protectionis*

En las operaciones de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual en un contexto internacional se plantean problemas de ley aplicable a las garantías sobre los mencionados bienes inmateriales. La visión tradicional de aplicar la *lex loci protectionis* se corresponde con la falta de normas de conflicto más específicas en la materia. La norma de conflicto de la ley del Estado bajo la que se ampara la protección se entiende aplicable a todos los aspectos jurídico-reales (la constitución, oponibilidad frente a terceros, prioridad o rango y ejecución) de la garantía sobre dichos derechos, al igual que en otros sistemas en Derecho comparado (Italia, Croacia, Portugal, *inter alia*)⁵. Debemos destacar que en este ámbito no ha sido sustituido por el Reglamento Roma II, cuyo objeto se limita a las obligaciones extracontractuales.

El principal factor de tensión en el ámbito de la ley aplicable surge a raíz de dos intereses contrapuestos, el interés del Estado para el que se reclama la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual y el interés de las operaciones de garantía cuyo derecho compite a escala global⁶. En los países de *common law* varios aspectos de las operaciones de garantía sobre propiedad

⁴ H. P. Knopf, "Security Interests in Intellectual Property: An International Comparative approach", *International Intellectual Property Law & Property*, 2002, pp. 90(1)–90(80), p. 90(9).

⁵ T. Kono, *Intellectual Property and Private International Law Comparative perspectives*, Oxford, Hart, 2012, p. 187.

⁶ S. Bariatti, "The Law Applicable to Security Interests in Intellectual Property Rights", *J. Pr. Int'l L.*, 2010, vol. 6, n° 2, pp. 395–416, p. 396.

industrial e intelectual suelen regirse por la regla general de la ley de situación del otorgante de la garantía⁷.

El Preámbulo de la nueva Ley de Patentes recuerda que recientemente nuestra legislación ha suprimido el documento público en la formalización de transmisiones y licencias de patentes⁸. Esta reforma implicó la eliminación de diferente forma que existía en función del objeto de la propiedad industrial sobre el que se realizaran las transmisiones o licencias. Por tanto, el Reglamento de ejecución de la LP se alineó con los Reglamentos de ejecución de la ley de Marcas⁹ y de la ley de diseño industrial¹⁰. Sin embargo, la mencionada tendencia antiformalista no afectó a los derechos reales sobre la propiedad industrial y concretamente, la hipoteca mobiliaria, que continúa siendo remitida desde los Reglamentos de ejecución a sus disposiciones específicas.

Las modificaciones de la nueva LP tampoco han relajado los estrictos requisitos formales para otorgar garantías sobre derechos de propiedad industrial o intelectual. Estos requisitos consisten en la utilización de la escritura pública e inscripción de la misma en el Registro de Bienes Muebles (art. 3 LHMPSD). Además, los mencionados requisitos son de carácter imperativo si las partes quieren gozar del régimen establecido en la legislación española. Sin embargo, estos requisitos dificultan la posibilidad de incluir garantías que incluyan los derechos sobre bienes inmateriales españoles dentro de una operación compleja con más derechos internacionales. En este aspecto resulta importante determinar el alcance de la *lex loci protectionis*.

La *lex loci protectionis* fija cuáles deben ser las condiciones para la explotación contractual de los derechos de propiedad industrial o intelectual¹¹. Un gran problema de los contratos de derechos reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual son sus efectos reales¹². Así, la trascendencia jurídico-real de

⁷ Vid. C. Heinze, "Notes Article 3:802 Security Rights in Intellectual Property", *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford Univ. Press, 2013, p. 367.

⁸ Vid. Ley 25/2009, de 22 diciembre modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 23.12.2009, modificó el art. 79 de la LP 11/1986, y se reformó el Reglamento de ejecución RD 245/2010, de 5 de marzo, por el que se modifica el RD 2245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. Vid. arts. 53 y 54.

⁹ Vid. arts. 30 y 32 RD 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

¹⁰ Vid. arts. 37 y 39 RD 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.

¹¹ P.A. De Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 169. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª edición, Cizur Menor, Civitas, 2015, p. 665.

¹² J. Fawcett y P. Torremans, *op. cit.*, p. 765 referencia los contratos de licencia de propiedad industrial.

un contrato de garantía sobre bienes inmateriales, válido conforme a la *lex contractus* viene determinada por la ley que rige los aspectos jurídico-reales, es decir, la *lex loci protectionis*¹³. Los requisitos de forma que se exigen como presupuesto de la transmisibilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual vienen determinados por la *lex loci protectionis*¹⁴. En Derecho español para constituir garantías reales sobre propiedad industrial o intelectual se requiere una forma notarial especial, la constitución de escritura pública (art. 3 LHMPSD), sin la misma el derecho real de hipoteca sobre la propiedad industrial e intelectual no existe, aunque existieran los efectos obligacionales de un contrato entre las partes¹⁵. La alternativa sobre si esta norma (el art. 3 LHMPSD) debe ser aplicada a título de *lex loci protectionis* (por el art. 10.4º Cc) o queda incluida dentro de la ley aplicable al contrato de garantía, parece que actualmente debiera aplicarse a título de *lex loci protectionis*. Por consiguiente, para que un derecho de propiedad industrial o intelectual pueda ser hipotecado deberá cumplir con la forma que exige la ley del país para la que se reclama su protección, es decir, en este caso, la ley española. Sin embargo, esta interpretación obligaría a que sólo se pueda otorgar un tipo de garantía real sobre el derecho de propiedad industrial e intelectual español bajo la forma jurídica de hipoteca mobiliaria. Debemos lamentar que las modificaciones de la LHMPSD no hacen ninguna alusión al tipo de problemas de reconocimiento de garantías extranjeras sobre derechos de propiedad industrial e intelectual; teniendo en cuenta que el supuesto típico en la esfera internacional será que una empresa decida otorgar garantías sobre varios derechos de propiedad industrial e intelectual y una parte de sus derechos sean españoles.

2. Perspectivas de evolución

A nivel internacional han destacado dos iniciativas de grupos internacionales que discuten y proponen alternativas a la ley aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual. Uno dentro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y otro, dentro de la esfera europea, vinculado a los prestigiosos institutos de investigación Max

¹³ Nótese que en el contexto de los bienes corporales: “Determinada la validez del título conforme a la *lex contractus*, la *lex rei sitae* regirá todos los aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real, a su contenido y efectos”. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 640. La doctrina ha defendido las ventajas de aplicar las *lex contractus* tanto a las relaciones personales como reales entre las partes contratantes cuando se enfrenten ante una situación litigiosa. No obstante, nuestro sistema aplica la *lex rei sitae* tanto a las relaciones reales de las partes.

¹⁴ P.A. De Miguel Asensio, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵ Cf. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M.J. Marín López, *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 60.

Planck. Aunque existe otro tipo de iniciativas relativa a los derechos de propiedad intelectual y el Derecho internacional privado, no serán tenidas en cuenta en este artículo; porque no abordan específicamente el tema relativo a las garantías sobre este tipo de derechos¹⁶.

En primer lugar, el Grupo de Trabajo VI enmarcado en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCTRAL) se percató de que la *Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas* de 2007 no se adaptaba bien a los derechos de propiedad industrial e intelectual, (en adelante *Guía*). La citada *Guía* procura dar indicaciones sobre los aspectos que deberían regularse en un régimen moderno de las garantías reales sobre todos los tipos de bienes muebles, tanto corporales como inmateriales. El hecho de su inadecuación para las situaciones donde los bienes a garantizar fueran los derechos sobre propiedad industrial e intelectual fue la razón para elaborar un Suplemento, que explicara el contexto de las recomendaciones de la *Guía* aplicado a estos derechos, e incluso formulara nuevas recomendaciones para los casos concretos de las garantías sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual. Este reciente trabajo se conoce como el *Suplemento relativo a las Garantías reales sobre Propiedad Intelectual a la Guía Legislativa de CNUDMI sobre las operaciones garantizadas 2010*, (en adelante *Suplemento* de CNUDMI) e incluye recomendaciones tanto sustantivas como de ley aplicable a las garantías sobre derechos de propiedad industrial e intelectual. Estas recomendaciones resultan relevantes por su vinculación con otros trabajos por parte de CNUDMI en materia de insolvencia. No obstante, no nos detendremos en este artículo sobre los aspectos que plantean este tipo de garantías en situaciones de concurso de acreedores.

En segundo lugar, el Grupo Europeo Max Planck elaboró unos Principios sobre Derecho internacional privado de la Propiedad Intelectual que son conocidos como los Principios CLIP (*Conflict of Laws in Intellectual Property*)¹⁷. Este Grupo Europeo se formó bajo los auspicios de dos Institutos Max Planck: el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* (Hamburgo) y el *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law* (Múnich). Sus componentes son académicos de reconocido prestigio en el campo de la Propiedad Industrial y el Derecho Internacional Privado. Por tanto, las soluciones del Grupo CLIP no son de ninguna manera vinculantes en ningún sistema jurídico; sin embargo, sirven para la reflexión sobre las cuestiones analizadas,

¹⁶ Vid. Section 317 (2) de los *Principios del American Law Institute* (ALI).

¹⁷ European Max Planck Group on Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, OUP, 2013.

entre las cuales se encuentra el problema de la ley aplicable a las garantías sobre propiedad industrial e intelectual.

La lectura de ambos documentos (el *Suplemento* de CNUDMI y los Principios CLIP) ponen de manifiesto la posibilidades de limitar la *lex loci protectionis* a los casos de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual e industrial, planteando ambos instrumentos como alternativa la ley de ubicación del otorgante de la garantía para algunas cuestiones. A los efectos de las recomendaciones de CNUDMI, la *Guía* define la ubicación del otorgante de la garantía como el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que se ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual¹⁸.

Debemos comenzar describiendo la visión prudente que adopta la *Guía* de operaciones garantizadas con respecto a la propiedad intelectual (en cuyo concepto se incluye también la propiedad industrial). El acercamiento de la *Guía* al Derecho de propiedad intelectual se realiza con profundo respecto de los derechos nacionales respectivos, es decir, si surge una incompatibilidad con la *Guía*, las diferencias deben resolverse no aplicando las recomendaciones de la *Guía*¹⁹. El *Suplemento* no anula la deferencia hacia el ordenamiento nacional correspondiente de propiedad intelectual en caso de conflicto con las recomendaciones del *Suplemento*²⁰.

Dentro del *Suplemento de CNUDMI* la recomendación 248 nos introduce la ambivalencia de dos normas de conflicto: la clásica en el mundo de la propiedad intelectual, es decir, la *lex loci protectionis*, y otra muy común en el mundo anglosajón de las operaciones de financiación tales como los préstamos hipotecarios, dicha ley es la ley del Estado donde se encuentre el otorgante de la garantía²¹.

El hecho de que el *Suplemento de CNUDMI* no se manifieste claramente a favor de una única ley proviene de las distintas opiniones de las delegaciones que elaboraron el *Suplemento*. No se culminó con un acuerdo sobre qué ley resulta más adecuada en términos generales y se llegó a un compromiso entre los favorables y los detractores de la *lex loci protectionis*. Quienes defendían la *lex loci*

¹⁸ Vid. Recomendación 219 *Guía* de CNUDMI, inspirada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Los Principios CLIP concretan la ubicación en la residencia habitual del otorgante.

¹⁹ Vid. *Guía* de CNUDMI, Recomendación 4b.

²⁰ A. Tosato, "The UNCITRAL Annex on security rights in IP: a work in progress", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009, vol. 4, n° 10, pp. 743–750, p. 746.

²¹ Section 9–301(1) y 9–307 (a)–(b) *Uniform Commercial Code*, Section 239 (3) Ley australiana de garantías 2009, en vigor desde del 30 enero 2012.

protectionis para regir la ley aplicable a las garantías reales se amparaban en los Convenios internacionales sobre la materia, concretamente en los siguientes párrafos: el párrafo 1) del art. 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el párrafo 2) del art. 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas²². Por otra parte, quienes se manifestaban en contra de utilizar la *lex loci protectionis* esgrimían el argumento de que el ámbito de aplicación de los convenios mencionados no hacía referencia a la ley aplicable a las garantías reales sobre propiedad industrial e intelectual, incluso aunque eventualmente consideráramos las normas de los convenios internacionales como normas de conflicto. Pero además, los partidarios de la ley del lugar de ubicación del otorgante de la garantía concebían excepciones a su enfoque. Los defensores de la ley del lugar de ubicación del otorgante de la garantía entendían esta ley preferible en la mayoría de cuestiones sobre ley aplicable a las garantías, excepto en dos aspectos: los conflictos de rango entre una garantía real y los derechos de un cesionario o licenciatario de la propiedad intelectual gravada. Estos últimos aspectos podrían, a su juicio, regirse por la *lex loci protectionis*²³. La razón de la simplificación de las operaciones de garantías sobre propiedad intelectual era propuesta por las dos posiciones más extremas, es decir, que todos los aspectos jurídico-reales de las dichas garantías fueran regidos por la *lex loci protectionis* o por la ley del lugar de situación del otorgante de la garantía. Además, tampoco faltaron enfoques híbridos en esas discusiones, cuyas reminiscencias se pueden observar en la solución final adoptada. En el *Suplemento* podemos leer que la constitución de la garantía puede realizarse tanto por la *lex loci protectionis* como por la ley del otorgante de la garantía. No obstante, se recomienda que para la oponibilidad a terceros y la prelación de la garantía real sobre propiedad intelectual sea la ley del Estado en que está amparada la protección de la propiedad intelectual, si bien también es posible que la oponibilidad a terceros que no sea otro acreedor garantizado, ni un cesionario ni un licenciatario se rija por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante. En consecuencia, se determina una clase especial de terceros que son: los cesionarios, los licenciatarios y otros acreedores garantizados, frente a los cuales la oponibilidad de la garantía sobre propiedad intelectual debe regirse por la *lex loci protectionis* (*vid.* Recomendación 248 b)²⁴.

²² *Vid.* el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 16 período de sesiones (A/CN.9/685, párr. 90).

²³ *Ibid.*, párr. 91.

²⁴ Dicha distinción no se realiza en los principios CLIP sino que los efectos frente a todo tipo de terceros debe regirse por la *lex loci protectionis* [*vid.* art. 3:802 (2) (e)].

Los Principios CLIP también parten de la dicotomía *lex loci protectionis* y ley del otorgante de la garantía para los efectos reales de las operaciones de garantías sobre propiedad industrial e intelectual. Resulta destacable que para delimitar las materias regidas por la ley de residencia habitual del otorgante de la garantía, los principios CLIP comienzan con la salvedad de lo que se encuentre en el apartado 2 regido por la *lex loci protectionis*. Dicho aspecto concuerda con la deferencia de la *Guía* CNUDMI a los derechos nacionales de propiedad intelectual y con la visión tradicional de la *lex loci protectionis*.

Los Principios CLIP reservan aspectos de las garantías sobre bienes inmateriales a los que se aplica la ley del Estado para el que se reclama la protección. Destacamos todos los referidos a la existencia, validez y alcance del derecho de propiedad intelectual como tal, la propiedad del derecho de propiedad intelectual utilizado como garantía, aunque con salvedades a otras secciones, los requisitos de inscripción en los registros de propiedad intelectual, la adquisición de buena fe de un derecho de propiedad intelectual o de la garantía sobre tales derechos, así como las cuestiones de rango y los efectos frente a terceros de las garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual²⁵.

No obstante, también ejemplifican otras cuestiones a las que puede resultar de aplicación no sólo la *lex loci protectionis*, sino la ley en que el otorgante tenga su residencia habitual en el momento de constitución de la garantía real.

Entre esos aspectos señalamos todos los referidos al acuerdo de garantía por el que se constituye o cede la garantía, incluidos entre otros la forma, el alcance, la interpretación y el grado de especificidad, la cuestión de si una garantía real puede constituirse sobre derechos de propiedad intelectual futuros, así como la oponibilidad y validez de dicho acuerdo²⁶.

III. Modificaciones introducidas en la Ley de Patentes

1. Objeto

La legislación aplicable a la hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual se encuentra en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 diciembre 1954, en adelante la LHMPSD²⁷ y su re-

²⁵ Vid. art. 3:802 (2).

²⁶ Vid. art. 3:802 (1).

²⁷ Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 diciembre 1954, de 18 diciembre 1954.

glamento de desarrollo, el RHMPSD²⁸ fundamentalmente. No obstante, la propia ley prevé la aplicación subsidiaria de la normativa de la hipoteca inmobiliaria (*cf.* Disposición adicional tercera de la LHMPSD). Dicha normativa regula el Derecho sustantivo aplicable a la hipoteca mobiliaria de los objetos delimitados taxativamente en la propia Ley. Así, la propiedad intelectual y la industrial son englobados textualmente en el ap. 5º del art. 12 LHMPSD. Más adelante, el capítulo IV del Título II de la Ley se adentrará específicamente en la regulación “De la hipoteca de propiedad intelectual e industrial”. Dicho capítulo IV consta de 7 artículos que se numeran del 45 al 51 LHMPSD. Pues bien, las modificaciones de la Ley de Patentes en su *disposición final primera* solamente se produce en dos artículos: el 45 y el 46 LHMPSD.

Además, hay que tener en cuenta la regulación en la ley especial. En este sentido el art. 82.1º de la nueva Ley de Patentes se inspira en el art. 46.2º LM para redactar el artículo denominado “Principios generales”, en el cual se permite la constitución de hipoteca mobiliaria sobre patente. Con esta redacción se expone con claridad el régimen aplicable, dónde debe inscribirse la constitución de hipoteca mobiliaria sobre patente y la coordinación telemática de los registros.

La inclusión de la propiedad industrial en el art. 45 LHMPSD y de la propiedad intelectual en el art. 46 LHMPSD simboliza una separación formal entre la propiedad industrial e intelectual, quizá con razón, que antes de la reforma no se producía; porque ambas propiedades especiales se regulaban en el art. 45 LHMPSD. Una vez que especifica que “podrán sujetarse a hipoteca mobiliaria los derechos protegidos por la legislación de Propiedad Industrial”, enumera a modo de ejemplo conceptos incluidos en la propiedad industrial (patentes, topografías de productos semiconductores, marcas, nombres comerciales, diseños industriales, variedades vegetales). En principio, la regulación de estos objetos inmateriales vendrá determinada en las leyes españolas correspondientes. No obstante, debemos matizar que la patente europea con efecto unitario implicará nuevos retos para localizar la patente en un Estado contratante y poder aplicar así una legislación nacional como objeto de propiedad²⁹. En segundo lugar, los títulos europeos con respecto a las marcas (art. 19 RMUE)³⁰, los diseños industriales

²⁸ Decreto 17 junio 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión.

²⁹ Reglamento (UE) nº 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 diciembre 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, DO 2012 L361/1.

³⁰ *Vid.* Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo de 26 febrero 2009 sobre la marca comunitaria (versión codificada), DO 2009 L 78/1, modificado por el Reglamento (UE) nº 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, DO 2015 L347/21.

(art. 29 RDC)³¹ y las variedades vegetales³² regulados en sus respectivos Reglamentos de la UE también pueden ser gravados mediante hipoteca mobiliaria. En tercer lugar, al enumerar a modo ejemplo los tipos de propiedad industrial, la LHMPSD incluye derechos de propiedad industrial cuya ley especial no reconocía la posibilidad de otorgar hipoteca sobre ellos. Nos referimos a la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores, que no incluye ningún apartado dedicado al derecho como objeto de propiedad; y a la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales. Finalmente, se observa una cierta flexibilidad en la cláusula general al incluir fórmulas como “otras cualesquiera modalidades típicas de conformidad con su ley reguladora”. Esto permite, por tanto, una lista abierta a otros derechos de propiedad industrial, que tengan un valor patrimonial susceptible de ser objeto de negocios de garantía. En principio, esta apertura de la ley podría interpretarse como la posibilidad de constituir una hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial extranjeros³³. No obstante, dicha interpretación ocasionaría problemas de orden práctico no sólo de equivalencia de figuras jurídicas entre los distintos sistemas de garantías existentes en Derecho comparado, sino también de coordinación registral. Aunque la ley española no se opone a gravar con hipoteca mobiliaria derechos de propiedad industrial extranjeros; sin embargo, requiere la coordinación entre el Registro de Bienes Muebles y el de la propiedad industrial, de forma que si el Derecho fuera extranjero se requeriría una coordinación con el Registro de Propiedad Industrial en el país de su inscripción. Ni la nueva Ley de patentes ni las modificaciones introducidas a la Ley de hipoteca mobiliaria se percatan de estos eventuales problemas de orden práctico, lo cual no facilita el otorgamiento de hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial extranjeros.

³¹ Vid. Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo de 12 diciembre 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios, DO 2002 L 3, modificado por el Reglamento (CE) n° 1891/2006 del Consejo, de 18 diciembre 2006, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 6/2002 y (CE) n° 40/94 para hacer efectiva la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro internacional de dibujos y modelos industriales, DO 2006 L 386/14.

³² Vid. art. 23 que no hace referencia a que podrán darse en garantía sino a su transmisión, Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 julio 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, DO 1994 L227/1, modificado por el Reglamento (CE) n° 1650/2003 del Consejo, de 18 junio 2003, DO 2003 L 245/28, el Reglamento (CE) n° 873/ 2004 del Consejo, de 29 de abril, DO 2004 L 162/38 y por el Reglamento (CE) n° 15/2008 del Consejo, de 20 diciembre 2007, DO 2008 L 8/2.

³³ Vid. C. Górriz López, “Hipoteca mobiliaria de una patente”, *Actas de Derecho industrial*, vol. 30, 2009–2010, pp. 273–294, esp. p. 284. El autor consideraba posible ya antes de las modificaciones la posibilidad de la hipoteca mobiliaria sobre patentes extranjeras.

Así mismo, dentro de esta lista abierta de propiedad industrial, el legislador incluye en los apartados siguientes del art. 45 LHMPSD el nombre de dominio, cuya problemática será abordada en el ap. 5) *infra* del artículo.

Además, es posible otorgar una garantía tanto respecto de la propiedad industrial como respecto a la solicitud de concesión (art. 45.2º LHMPSD) en coherencia con la legislación especial (art. 82.1º LP/2015, art. 74.1º LP/1986, art. 46.2º LM)³⁴.

Las modificaciones que introduce la LP/2015 LHMPSD también representan un avance al referirse expresamente a los derechos de propiedad intelectual que pueden ser hipotecados. Los derechos de propiedad intelectual que pueden ser objeto de una hipoteca mobiliaria son los derechos de explotación de la obra y todos aquellos derechos y modalidades de la propiedad intelectual de contenido patrimonial que sean susceptibles de transmisión *inter vivos*. La calificación a esta determinación del objeto sobre el que recae la hipoteca es un signo francamente positivo, acorde con la interpretación mayoritaria de la doctrina que se remitía a la legislación especial para definir los derechos de propiedad intelectual hipotecables³⁵. Por tanto, quedan al margen los derechos morales de las obras (art. 14 Ley de Propiedad Intelectual –LPI–) y el derecho de participación en la reventa de originales plásticos³⁶ al no resultar incluidos dentro de los derechos de propiedad intelectual con contenido patrimonial³⁷. En conclusión, no podrá otorgarse una hipoteca mobiliaria sobre los derechos morales de autor, sino solamente sobre los derechos de explotación de la obra, por ser los anteriores personalísimos y quedar fuera del comercio³⁸. Por consiguiente, se consigue formalmente una alineación del apartado 1 del art. 46 LHMPSD con el art. 53.1º LPI.

Finalmente, el art. 46.1º LHMPSD especifica que los derechos de explotación de una obra cinematográfica también podrán sujetarse a una hipoteca mobiliaria.

³⁴ En Derecho comparado, cuando no se distingue entre solicitud de concesión y derecho protegido, se considera que es posible gravar la solicitud de derecho de propiedad industrial en tanto en cuanto es enajenable. L. Zelechowski, “Securitization of patents and trademarks: the Polish perspective in comparative perspective”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 4, nº 8, 2009, pp. 549–558, p. 551.

³⁵ Vid. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M.J. Marín López, *Tratado... op. cit.*, p. 103.

³⁶ Art. 6 Ley 3/2008 de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

³⁷ A. Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2006, pp. 91–92.

³⁸ J.L. García-Pita y Lastres, “La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil” en U. Nieto Carol y M. Muñoz Cervera (coords.), *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, t. II, Garantías reales, vol. 1. Garantías mobiliarias, Madrid, Civitas, 1996, pp. 149–331, p. 300.

Dicha alusión sobre un tipo de derecho de propiedad intelectual no se producía antes de las modificaciones expresamente en la ley. Las obras cinematográficas se caracterizan en la legislación española como los únicos de derechos de propiedad intelectual que poseen una normativa específica y diferenciada: el Decreto 387/1970, de 31 de diciembre, relativo a la hipoteca mobiliaria sobre obras cinematográficas, vigente por el RD Legislativo 1/1996, texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁹.

En los trabajos internacionales recientes, por una parte la CNUDMI no entra a calificar el problema de los objetos de propiedad industrial e intelectual que pueden ser gravados ni en la *Guía* ni en el *Suplemento*. La CNUDMI concibe dicho problema como un asunto preliminar que podrá ser determinado por la *lex loci protectionis*⁴⁰. Por otra parte, los principios CLIP califican las cuestiones del objeto de la garantía para que pueda ser gravado dentro de la reserva a la *lex loci protectionis* en virtud de del art. 3:802 (2), apartado (a).

2. Legitimación activa

Será posible en España ampliar el número de sujetos legitimados para constituir una hipoteca mobiliaria a raíz de la introducción del apartado segundo en el art. 45 LHMPD. La Ley nombra tanto al propietario como al licenciario con facultad de ceder su derechos de propiedad industrial a tercero (art. 45.2º LHMPSD). Esto supone un avance muy positivo en comparación con la redacción anterior, la cual no se refería a la legitimación y era necesario recurrir a las reglas generales (art. 1857.2º y 3º Cc). Tradicionalmente la doctrina no deducía de las reglas generales que los licenciarios, ni siquiera exclusivos pudieran constituir hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial⁴¹. Nuestra legislación se moderniza en este aspecto de forma similar a la visión expresada en el *Suplemento* de CNUDMI, el cual se muestra favorable a que el propietario, el licenciante o el

³⁹ En Derecho comparado también es común una legislación especial a la obra cinematográfica. J. Marco Molina, “Comentario al art. 53 de la LPI”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 851–870, esp. p. 853.

⁴⁰ Vid. *Guía*, Recomendación 13 y *Suplemento* p. 142 pár. 287. “la determinación de si un bien (incluida la propiedad intelectual) es o no transferible o gravable es una cuestión preliminar que deberá dilucidarse antes de la constitución de una garantía real y que no se aborda en las recomendaciones sobre conflictos de leyes de la *Guía*. Por ello, en la medida en que otras reglas de conflictos de leyes remitan lo relativo a la transferibilidad de la propiedad intelectual a la ley del lugar (Estado) en donde dicha propiedad esté protegida (la *lex loci protectionis*, también llamada *lex protectionis*), la *Guía* no afectará a esas reglas”.

⁴¹ M. Curto Polo, “La hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual” en Bercovitz Rodríguez Cano (ed.), *Contratos mercantiles*, t. III, Pamplona, Aranzadi, 2009, p. 512; A. Carrasco Perera, *op. cit.*, p. 107; C. Górriz López, *loc. cit.*, p. 277.

licenciatario puedan gravar sus derechos si son transmisibles según la legislación aplicable⁴². Nuestra ley (LHMPSD) no contempla al licenciante expresamente, quizá porque considere que el concepto de “propietario” incluye al de licenciante. Aunque haya ocasiones en que el propietario y el licenciante coincidan en la misma persona, parecería adecuado sustituir el término propietario por “titular de derechos”. Con el mencionado cambio se englobaría, sin duda, al licenciante. El licenciatario puede claramente constituir hipoteca sobre el derecho que adquiere sobre la propiedad industrial si es susceptible de ceder su derecho a un tercero, resultando indiferente que la licencia de la que sea titular sea exclusiva o no exclusiva. Cuando el contrato de licencia de un licenciatario se refiere solamente a una parte del territorio o para alguna de las facultades que integran el derecho de exclusiva, el otorgamiento de hipoteca tendrá las limitaciones contractuales. En consecuencia, el licenciatario no podrá hipotecar los derechos que no se incluyen en el contrato de licencia siguiendo el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. La legitimación del otorgante de la garantía se establece en función de si es posible la transferencia de los derechos de propiedad industrial. Nuestra legislación especial también sigue este razonamiento, siendo la transmisibilidad del objeto, la condición necesaria para que pueda ser otorgada en garantía. Así la patente o solicitud de patente (art. 82.1º LP/2015, art. 74.1º LP), la marca o la solicitud de la marca (art. 46.2º Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas) y el diseño (art. 59.1º Ley 20/2003, de 7 julio Protección Jurídica del diseño industrial). De forma que podríamos sostener la hipotecabilidad de otros derechos de propiedad industrial por su transmisibilidad, a pesar de que la ley especial no lo contemple expresamente, como los casos de la Ley de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y la Ley del régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (art. 20.2º)⁴³.

Respecto a la Propiedad intelectual, la modificación del art. 46 LHMPSD en su apartado segundo, confirma lo que venía admitiendo la doctrina, la posibilidad de constitución por el cesionario de derechos de propiedad intelectual de una hipoteca, incluso sin diferenciar entre cesionario en exclusiva o parcial⁴⁴. No

⁴² *Suplemento* de CNUDMI, p. 7, pár.14.

⁴³ El obtentor podrá someterse su derecho a hipoteca, a pesar de que su ley especial no lo diga expresamente.

⁴⁴ J. Rams Albesa y A. Fernández-Tresguerres García, “La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación de la ley de 11 noviembre 1987”, *Revista Jurídica del Notariado*, Abril-Junio 1994, pp. 177-209, esp. p. 187; A. Domínguez Luelmo, *op. cit.*, p. 16 cree que la enmienda al Anteproyecto de LPI que hoy contemplamos en la LPI al utilizar la expresión “los derechos de explotación de las obras” y no los derechos de explotación pertenecientes al autor, era un signo evidente de que se incluía a los derechos del cesionario en exclusiva.

obstante, lo que sigue sin precisarse es la necesidad de autorización por parte del autor, lo cual en la normativa española puede ser necesario según el tipo de propiedad intelectual gravada. Mientras que para películas cinematográficas es el productor el cesionario exclusivo y no necesita consentimiento de autores⁴⁵, no resulta así para otro tipo de cesionarios de propiedad intelectual⁴⁶. La LHMPSD exige que el cesionario tenga facultad para enajenar su derecho a tercero. Como consecuencia habrá que acudir a la LPI para determinar si el cesionario posee esta facultad. De acuerdo a la ley española se distingue entre cesionario en exclusiva, que puede transmitir su derecho, si bien con consentimiento expreso del cedente; y el cesionario no exclusivo cuyo derecho es intransmisible, salvo que se produzca como consecuencia de disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria⁴⁷.

En definitiva, la ley se aparta de su tradicional silencio respecto a si el cesionario podía constituir una garantía, dejando de ser una incógnita o el resultado de una interpretación doctrinal, para dar paso a la afirmación de que el cesionario puede ser sujeto de la relación jurídica constituyendo una garantía sobre sus derechos. Sin embargo, la Ley nos introduce el término de cesionario parcial, como contrapuesto a no exclusivo, aunque la LPI no utiliza esta terminología. En la LPI observamos que aparecen los términos de cesionario exclusivo o no exclusivo. Mientras que el término parcial se suele usar para la obra (“los actos de reproducción parcial”⁴⁸, “la reproducción total o parcial”⁴⁹, “la publicación o difusión total o parcial”⁵⁰). Si la LHMPSD pretendía adaptarse específicamente a la LPI, como parece en algunos preceptos, debería adaptarse manteniendo un orden más sistemático. Al utilizar una terminología diferente, podría crear también incertidumbre en su interpretación.

El *Suplemento* de CNUDMI se muestra consciente de que el otorgante de la garantía debería estar legitimado para gravar el bien, e incluso reconoce que el derecho interno de la propiedad industrial e intelectual, impone requisitos para la constitución de una garantía sobre dichos objetos⁵¹. Un ejemplo de las diferencias entre nuestra legislación y las recomendaciones de CNUDMI, lo observamos en el hecho de que esta última permite que el sujeto legitimado para gravarlo lo sea en el momento de la conclusión del acuerdo de garantía o con posterior-

⁴⁵ Art. 2 Decreto de 31 diciembre 1970 sobre hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas.

⁴⁶ Art. 49 LPI.

⁴⁷ Vid. arts. 49 y 50.1 LPI. En la doctrina A. Carrasco Perera, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁸ Art. 32.4º LPI.

⁴⁹ Art. 90 LPI.

⁵⁰ Art. 138 LPI.

⁵¹ *Suplemento* de CNUDMI, p. 42, pár.82.

ridad a ella. Para este aspecto resultaría aplicable la reserva prevista en el apartado b) de la recomendación 4 de la *Guía* de CNUDMI. Por tanto, cualquier incompatibilidad entre las recomendaciones del *Suplemento* y el derecho interno de propiedad industrial e intelectual, se resolverá a favor de la regulación de propiedad industrial e intelectual. En consecuencia, será la *lex loci protectionis* la que regirá el aspecto de la legitimación para constituir garantías reales sobre propiedad industrial e intelectual.

En el art. 3:802 (2) en el apartado (b) los Principios CLIP proponen que la cuestión referida a la propiedad del derecho de propiedad industrial e intelectual que sea utilizado como garantía se determine de acuerdo a la *lex loci protectionis*. Este principio aparece en concordancia con el principio general de derecho aplicable (art. 3:102), el principio de titularidad originaria (art. 3:201), el principio de transmisibilidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual (art. 3:301) y el de cotitularidad originaria y transmisibilidad de cuotas (art. 3:401).

3. Registro de derechos

En este aspecto las modificaciones introducidas por la nueva LP en la LHM-PSD tienen dos dimensiones importantes en la esfera registral de los derechos de propiedad industrial e intelectual y de sus respectivas garantías. Por un lado, la negación expresa de constituir hipoteca sobre derechos de propiedad industrial o intelectual no registrados se produce por primera vez de manera legal. Por otro lado, el carácter constitutivo o no de la inscripción de la garantía sobre derechos de propiedad industrial e intelectual en el Registro de Bienes Muebles queda aclarado legalmente a favor de la primera opción.

Con respecto a la primera dimensión, tanto para los derechos de propiedad industrial como para los derechos de propiedad intelectual, los nuevos apartados terceros de los arts. 45 y 46 LHMPD, introducen con claridad la prohibición de sujetar a hipoteca mobiliaria derechos de propiedad industrial e intelectual registrables, pero no registrados. La mencionada norma implica el tratamiento uniforme para los derechos de propiedad industrial e intelectual, si bien dichos derechos poseen normativa diferenciada en cuanto a su existencia y registro. Por ejemplo, las patentes deberán estar registradas para iniciar su existencia, en contraste los derechos de autor nacen con su creación y por tanto, sin necesidad de registro. Por consiguiente, de acuerdo a la legislación española, los derechos sobre todo tipo de propiedad industrial o intelectual deberán previamente a la constitución de la hipoteca mobiliaria haber sido inscritos en su correspondiente Registro. En España estos registros son: la Oficina Española de Patentes y Marcas para propiedad industrial y el Registro de la Propiedad Intelectual para propiedad intelectual. Con anterioridad a las modificaciones de la HMPD, parte de

la doctrina mercantilista y civilista venía sosteniendo que la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual era requisito previo al otorgamiento de la escritura pública⁵². La introducción expresa del registro de derechos de propiedad intelectual, previamente a la hipoteca mobiliaria sobre los derechos mencionados, implica una sistematización en nuestro ordenamiento jurídico, porque la identificación del objeto necesaria en la escritura pública requiere fecha y número de inscripción, renovación, rehabilitación o prórroga en el Registro especial, (vid. art. 47 LHMPSD). Ya en la *Exposición de Motivos* de la LHMPSD se aludía al carácter esencialmente formal de la propiedad industrial e intelectual. La perfecta adecuación a la vida registral de las propiedades especiales determinaba su identificación, de forma que era uno de los elementos que habían sido tomados en consideración para incluir los derechos de propiedad industrial e intelectual bajo la figura de la hipoteca mobiliaria⁵³. Estas características formales que permiten la fácil identificación sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual siguen presentando inconvenientes en un contexto doméstico e internacional; porque no se ven favorecidas las operaciones de garantía sobre dichos bienes inmateriales. Por un lado, nuestra legislación no permite el otorgamiento sobre derechos de propiedad industrial que se caracteriza por su no publicidad, como los secretos industriales o *know-how*. Por otro lado, en operaciones donde son varios los derechos de propiedad intelectual los que se otorgan como garantía para un préstamo hipotecario, nuestro sistema obliga a inscribir los derechos en todas los Registros que resulten competentes, lo cual dificulta el otorgamiento de hipoteca mobiliaria sobre derechos extranjeros en un contexto internacional, al no existir dichos Registros especiales en todos los Estados. Debemos recordar también en este punto que el art. 5.2º de la Convención de Berna prohíbe la imposición de forma para el goce y el ejercicio de derechos sobre las obras literarias y artísticas⁵⁴.

Con respecto a la obligación de registrar los derechos de propiedad industrial e intelectual, el *Suplemento* de CNUDMI contempla que el Derecho interno de un Estado pueda exigir la inscripción de un aviso o documento probatorio de la garantía constituida en el correspondiente registro de la propiedad intelectual. Esto nos puede llevar a integrar dicha obligación de registro dentro del alcance de la *lex loci protectionis*. En cualquier caso, siempre el Estado que adopte la

⁵² A. Carrasco Perera, *op. cit.*, pp. 63–64, J. Rams Albesa y A. Fernández-Tresguerres García, *loc. cit.*, p. 201. A. Pau Pedrón, “La hipoteca de propiedad intelectual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 642, 1997, pp. 1147–1174, esp. p. 1767.

⁵³ Vid. J.B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre garantías reales*, 2ª ed., Madrid, Montecorvo, 1984, pp. 403–404.

⁵⁴ Cf. S. Mitsdörffer, *Sicherungsrechte an Schutzrechten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, pp. 79–80.

Guía o el *Suplemento* podrá aplicar su derecho de propiedad industrial o intelectual en caso de incompatibilidad con los instrumentos de CNUDMI.

El art. 3:802 (2) de los Principios CLIP en el apartado (d) considera que cualquier requisito de inscripción en registros de propiedad intelectual debe ser regido por la ley del Estado para el que se reclama la protección así como los efectos de la inscripción o falta de inscripción en tales registros. En el punto de los registros específicos sobre bienes inmateriales pueden coincidir las recomendaciones de CNUDMI y los Principios CLIP.

La segunda dimensión de los efectos registrales se refiere al alcance de las inscripciones en el Registro de Bienes Muebles. Dicho alcance ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencia contradictoria en cuanto a su efecto constitutivo o meramente declarativo⁵⁵. El hecho de que la última frase del nuevo apartado quinto del art. 45 (y del art. 46) LHMPSD exprese que: “La garantía se reputa constituida a los efectos previstos en esta Ley desde que quedare inscrita en el Registro de Bienes Muebles” cierra el debate a favor de su carácter constitutivo. Sin embargo, las garantías sobre propiedad industrial e intelectual no sólo deben aparecer inscritas en el Registro de Bienes Muebles, sino que también deben estar en su correspondiente Registro especial.

El apartado quinto de los arts. 45 y 46 describe el sistema de funcionamiento de los Registros españoles⁵⁶. Nuestro sistema registral presenta ventajas en relación con otros del Derecho comparado, precisamente por la coordinación de Registros generales y especiales, evitando a las partes interesadas tener que realizar una segunda inscripción. El Registrador del Registro de Bienes Muebles remite de oficio certificación del contenido del asiento practicado a la Oficina Española de Patentes y Marcas o al Registro de Propiedad Intelectual⁵⁷. Debe-

⁵⁵ Cf. P. Martín Aresti, “Comentario al art. 46”, en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I, 2ª ed., Aranzadi, 2008, pp. 788–789.

⁵⁶ Art. 45.5º LHMPSD: “Inmediatamente después de haber practicado los asientos respectivos en el Registro de Bienes Muebles, el Registrador remitirá de oficio certificación de su contenido a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su constancia registral en esta última y la coordinación entre sendos servicios de publicidad. La garantía registral se reputa constituida a los efectos previstos en esta Ley desde que quedare inscrita en el Registro de Bienes Muebles”.

⁵⁷ El hecho de que el Registrador en el Registro de Bienes Muebles remita de oficio al Registro especial (Oficina Española de Patentes y Marcas, o Registro de la propiedad intelectual en su caso) para que conste en el último indica que el encargado del Registro especial no tiene poder calificador y debe extender el asiento en el Registro especial. *Vid.*, en este sentido, J. Massaguer, “Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual”, *La Ley*, 1995, nº 4, pp. 1166–1180, p. 1175. El Derecho polaco tras la reforma de 2009 se haya en situación similar a la española: “*registration of registered pledge in IPR registers will now be made ex officio, as soon as the Patent Offices receives the court's decision on registration of the pledge in the register of pledges. Until now, the registration of*

mos destacar que esta situación de coordinación ya se producía con anterioridad a las modificaciones en virtud del art. 76 de la LHMPSD⁵⁸.

La coordinación automática de Registros era la solución que el propio sistema presentaba ante las contradicciones legales en cuanto al efecto del alcance de registro de la garantía sobre propiedad industrial e intelectual. El art. 82.1 de la nueva LP menciona expresamente que la constitución de hipoteca mobiliaria sobre patente se inscribirá en la sección cuarta del Registro de Bienes Muebles y dicha inscripción se notificará al Registro de Patentes para su inscripción en el mismo. Dicho artículo concluye que “a estos efectos ambos registros estarán coordinados para comunicarse telemáticamente los gravámenes inscritos o anotados en ellos”. Sin embargo, la nueva LP no ha rectificado sus artículos para que el sistema ganara en coherencia. Nos referimos a que el artículo dedicado a la eficacia del registro de patentes no haya mencionado las inscripciones de las garantías sobre patentes, obligando al igual que tradicionalmente a que los actos o negocios jurídicos sobre patentes para que surtan efectos frente a terceros deban estar inscritos en el Registro de Patentes (art. 79.2º LP/2015⁵⁹).

Con respecto a las inscripciones en registros generales de garantía, la propuesta de CLIP considera que la ley aplicable a los requisitos de inscripción en un registro general de garantías reales debe ser la del Estado en que el otorgante tenga su residencia habitual en el momento de inscripción de la garantía real [art. 3:802 (1)(b)]. Por tanto, los Principios CLIP mantienen una diferenciación de la ley aplicable a los requisitos de inscripción en función de si el registro es un registro general de garantías reales o es un registro de propiedad intelectual. Dicha diferenciación no se haya en el *Suplemento* de CNUDMI.

4. Extensión objetiva de la hipoteca mobiliaria

Los artículos 45.4 y 45.6 de la LHMPSD hacen referencia al concepto de extensión de la hipoteca mobiliaria sobre derechos de propiedad industrial e intelectual. Terminológicamente las modificaciones acaban con la distinción entre

registration of registered pledge in IPR registers could be made only at the request of the grantor or the secured creditor” en L. Zelechowski, *loc. cit.*, p. 556.

⁵⁸ F. García Solé y F.J. Gómez Gállego, *Derecho de los bienes muebles Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2002, pp. 245–246.

⁵⁹ Solución similar en parte del Derecho comparado, se requiere la inscripción en el Registro de Propiedad industrial para que los actos sean oponibles frente a terceros, *v.gr.*, art. 42.1º de la Ley belga de patentes. Sin embargo, las garantías sobre patentes no tienen la obligación de registrarse en Derecho alemán, ya que la Ley alemana de patentes no tiene ningún artículo al respecto. La *Guía* recomienda que se reconozca la inscripción en el registro especial pertinente como método alternativo para lograr la oponibilidad a terceros, salvo en la medida en que la ley de propiedad intelectual disponga otra cosa, *Suplemento* sobre propiedad intelectual de CNUDMI, párrafos 121 a 129.

“derechos principales” y “derechos accesorios”, tan criticada por la doctrina⁶⁰. Dichas disposiciones establecen una clara diferenciación entre la extensión de la garantía entre la propiedad industrial y ese mismo aspecto en la propiedad intelectual⁶¹. La LHMPSD elimina la posibilidad de pacto en contrario a la extensión de la garantía a derechos y mejoras de la propiedad industrial, incluyendo por tales los resultantes de la adición, modificación o perfeccionamiento de los derechos registrados⁶². De manera que la extensión a las mencionadas mejoras se produce automáticamente⁶³.

En contraste, con respecto a la garantía hipotecaria sobre propiedad intelectual, las partes siguen teniendo la posibilidad de modular la extensión objetiva de la garantía. La diferencia con la redacción anterior a las modificaciones estriba en que son las partes las que tienen que pactar la extensión de la hipoteca mobiliaria a traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales o cuales quiera transformaciones de la obra. Así, con respecto a la propiedad intelectual la regla general será que no extiende la garantía a las mencionadas transformaciones de la obra cuando las partes no lo acuerdan.

Las citadas disposiciones eran calificadas por algún autor como normas de carácter “semidispositivo”⁶⁴. Pero a partir de las modificaciones de la LP, dicha calificación parece que no será válida con respecto a la extensión de la hipoteca mobiliaria de propiedad industrial.

Por su parte, el *Suplemento* de CNUDMI no hace referencia a la extensión de la garantía como aspecto contractual⁶⁵. Más bien se puede entender incluidas las mejoras dentro del concepto de propiedad intelectual futura. El *Suplemento* se remite al Derecho interno de propiedad industrial e intelectual para ejemplificar como determinadas mejoras pueden ser automáticamente incluidas dentro del concepto de garantía real o por el contrario, son derechos separados de la propiedad industrial e intelectual que fueron gravados en un primer momento. Debido a la disparidad legislativa en Derecho comparado, la *Guía* simplemente recomienda al acreedor garantizado adoptar una postura prudente. La postura

⁶⁰ Vid. A. Pau Padrón, “La hipoteca de propiedad intelectual”, *loc. cit.*, p. 1755. F. Gómez-Acebo Santos, *La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1961, p. 21.

⁶¹ Compárese con la redacción anterior del art. 46 LHMPSD.

⁶² Idea que entendía preferible F. Gómez-Acebo Santos, *op. cit.*, p. 22.

⁶³ Al igual que lo que establecía la redacción anterior del art. 46 para la propiedad industrial. Vid. A. Carrasco Perera, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁴ Vid., J.L. García-Pita y Lastres, “La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil”, *loc. cit.*, p. 299.

⁶⁵ Vid. *Suplemento*, p. 105, pár. 222.

prudente consistirá en describir en el acuerdo de garantía que las futuras mejoras deberán ser gravadas directamente⁶⁶.

Sin embargo, resulta controvertido que la *lex loci protectionis* deba regir la extensión de la garantía, si la modulación de la extensión puede ser acordada por las partes. Según los principios CLIP podríamos entender comprendida la extensión de la garantía dentro del concepto del alcance del acuerdo de la garantía, y si esto fuera así, la ley aplicable sería la ley donde el otorgante tenga su residencia habitual (art. 3:802, apartado a)⁶⁷.

5. Nuevo objeto: hipoteca sobre nombre de dominio

Aun habiendo controversia en torno a la naturaleza jurídica del nombre de dominio y en qué medida puede ser un tipo de propiedad, dicha situación no ha impedido su otorgamiento en garantía de forma sencilla en una declaración de financiación en las administraciones nacionales de EE UU. Las jurisdicciones favorables a las garantías sobre nombres de dominio no contienen una legislación específica autorizando la posibilidad de hipotecar los nombres de dominio, sino que en la práctica se constituyen garantías sobre ellos; porque la legislación general de garantías no lo excluye y, por tanto, se entienden incluidos en la definición de “*general intangibles*”⁶⁸. Incluso algunos estudios llegan a enunciar que los derechos sobre nombres de dominio son el tipo de propiedad mobiliaria que los legisladores pretendían incluir en la categoría de “*general intangible*”⁶⁹.

Cabe destacar que tampoco existe una legislación federal que se ocupe de las cesiones de nombres de dominio ni del registro de las garantías sobre nombres de dominio en los países más propensos a utilizar como “*collateral*” los nombres de dominio⁷⁰. La cualidad que permite crear garantías sobre nombres de dominio

⁶⁶ Vid. Suplemento, p. 56, pár.117.

⁶⁷ En el contexto de los bienes corporales respecto al alcance de una reserva de dominio, vid., J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 640.

⁶⁸ J. Krisko, “U.C.C. Revised Article 9: Can Domain Names Provide Security for New Economy Businesses?”, *North Carolina L. Rev.*, vol. 79, 2000–2001, pp. 1178–1188, pp. 1184–1185; X–T Nguyen, “Intellectual Property Financing: Security Interests in Domain Names and Web contents”, *Texas Wesleyan L. Rev.*, vol. 8, 2002, pp. 489–504, p. 492; J.M. Moringiello, “Seizing Domain Names to Enforce Judgments: Looking Back to Look to the Future”, *University of Cincinnati L. Rev.*, vol. 72, 2003, pp. 95–150, pp. 126–127; J.R. Wiedmann, “Evolving Property Rights in Domain Names”, *Law School Student Scholarship. Paper 86*, 2010, pp. 1–29, pp. esp. 24–29, http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/86; M. Lastiri Santiago, *La comercialización del nombre de dominio, Régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 306.

⁶⁹ Cf. “domain name rights are the sort of personal property rights that the drafters intended the general intangibles category to include”, J. Krisko, *loc. cit.*, p. 1185.

⁷⁰ X–T Nguyen, *loc. cit.*, p. 494.

se fundamenta en que el deudor puede transmitir los derechos del nombre de dominio⁷¹. El ejemplo más representativo se encuentra en el art. 9 del *Uniform Commercial Code*. Sin embargo, la prueba de fuego del *security interest* sobre el nombre de dominio se encuentra en la fase de ejecución. En la práctica contractual de los acuerdos de registros de nombres de dominio con la entidad registradora suelen existir cláusulas que limitan la cesión de los derechos sobre el nombre de dominio. En EE UU estas cláusulas no son válidas si impiden la capacidad del deudor de constitución de garantías sobre nombres de dominio (sección 9–408 UCC)⁷². Así, la parte asegurada puede ejecutar su garantía sobre el nombre de dominio al igual que sobre otro “*general intangible*”. Además, aunque se prohíba la cesión de los derechos del nombre de dominio en el contrato de registro, el acreedor garantizado puede ejecutar los llamados *proceeds* del nombre de dominio frente a la entidad registradora. Los *proceeds* son los ingresos que se perciben por la venta, permuta, cobro u otra disposición del objeto de la garantía; y los derechos que surgen de la garantía [sección 9–102(a)(64) UCC].

Por otra parte, los nombres de dominio geográficos alemanes pueden darse en prenda, precisamente por su característica de ser transferibles⁷³. Además, el Tribunal Supremo alemán confirmó la embargabilidad de los nombres de dominio .de⁷⁴.

El nuevo art. 45.6º LHMPD se refiere exclusivamente a los nombres de dominio: “Respecto a los nombres de dominio en Internet se estará a lo que dispongan las normas de su correspondiente registro no pudiéndose gravar con hipoteca mobiliaria los derechos no susceptibles de enajenación voluntaria de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable”. Se deduce de este apartado que el nombre de dominio puede ser objeto de hipoteca mobiliaria si es susceptible de enajenación voluntaria conforme a la normativa aplicable. En una primera aproximación, debe ser calificado de positivo que la normativa española reconozca la hipotecabilidad de los nombres de dominio, por dos razones. La primera es jurídica y la segunda es de índole económica. La primera razón se deriva del principio de legalidad de nuestro sistema, que regula la posibilidad de hipoteca de derechos especiales en su correspondiente ley (LM, LP), pero no se concibe tal derecho en los nombres de dominio. De forma que si estamos ante un

⁷¹ A. Freeman, “Internet Domain Name Security Interests: Why Debtors Can Grant Them and Lenders Can Take Them in This New Type of Hybrid Property”, *ABI Law Review*, 2002, vol. 10, pp. 853–889, esp. pp. 883–884.

⁷² A. Freeman, *ibid.*, p. 886, J. Krisko A., *loc. cit.*, p. 1187.

⁷³ Vid. C. Birner, *Die Internet-Domain als Vermögensrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck 2005, pp. 111–113.

⁷⁴ BGH 5.7.05, VII ZB 5/05.

sistema de regulación exhaustiva y la ley que contempla las garantías sobre activos intangibles no se pronuncia respecto a realizar garantías sobre nombres de dominio, la eventual práctica de realizarlas estaba como mínimo en una situación de alegalidad, o incluso de ilegalidad al no permitir nuestra ley tal posibilidad (*vid.* art. 12 LHMPSD)⁷⁵. En contraste, ahora se proclama su legalidad. La segunda razón es puramente económica. Puede ocurrir que el valor patrimonial de una empresa radique en buena medida en su nombre de dominio, de forma que tener una garantía sobre la propiedad industrial e intelectual de una empresa que no abarque su correspondiente nombre de dominio, carecería de sentido desde el punto de vista del acreedor, por ejemplo, pensemos en la sociedad *Booking.com*. Asimismo una empresa que se dedique exclusivamente al negocio de los nombres de dominio parece que para obtener financiación podrá otorgar en garantía el portfolio de sus bienes, que no es otro que los nombres de dominio registrados a su nombre.

La pregunta clave es determinar a qué tipo de nombres de dominio se está refiriendo la norma española. Los nombres de dominio de primer nivel se clasifican en nombres de dominio genéricos y geográficos. Los nombres de dominio genéricos actualmente pueden ser cientos tras el proceso de expansión de ICANN⁷⁶. Cada nombre de dominio genérico depende de una entidad que se encarga de su gestión global, la cual es nombrada por la ICANN⁷⁷. Los nombres de dominio geográficos son gestionados por una entidad designada por IANA. La entidad designada puede establecer la regulación y gestión independiente de otros nombres de dominio geográficos. Así, para los nombres de dominio geográficos en nuestro país, la asignación de los mismos corresponde a la empresa pública Red.es. Los nombres de dominio geográficos pueden mantener algún tipo de asociación con el país al cual se vincula el nombre de dominio, es decir, para poder registrarlos normalmente se exige una vinculación entre el registrante (futuro titular del registro) y el Estado geográfico o territorio (como el caso del “.eu” que se refiere a la Unión Europea)⁷⁸. El sufijo geográfico indica qué orga-

⁷⁵ Cf. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M.J. Marín López, *op. cit.*, p. 111. el dominio de Internet aparece como activo hipotecable de empresa virtual a través de la hipoteca de propiedad industrial.

⁷⁶ P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 60–63; B.S. Jiménez Gómez, “Evolución de los mecanismos de solución de controversias sobre nombres de dominio”, *Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 379–415, esp. p. 381; M. Lastiri Santiago, *op. cit.*, pp. 30–31.

⁷⁷ Cf. A. Agustino y Guilayn, *Nombres de dominio, normativa internacional, comunitaria española comentada*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 20.

⁷⁸ *Vid.*, A. Agustino y Guilayn, *op. cit.*, pp. 23, 83 y 92. Para registrar un nombre de dominio “.eu” se requieren que las personas físicas y jurídicas residan en la UE, mientras que para registrar un dominio “.es” se exige de manera más genérica que tengan intereses o mantengan vínculos con España.

nización nacional ha asignado el nombre⁷⁹. Sin embargo, también existen nombres de dominio geográfico de registro abierto⁸⁰.

Dado que la normativa española no especifica que se aplique a un tipo de nombre de dominio, en nuestra opinión se puede aplicar potencialmente a todos. El supuesto podría ser el siguiente: un empresario que tiene distintos bienes y entre ellos dos nombres de dominio, uno “.es” y otro “.com”, ¿no debería poder dar en garantía ambos? o ¿el futuro acreedor no estará interesado en ambos con vistas a su valoración? Hay que matizar que los nombres de dominio más valorados en el mercado son los “.com”; quizá porque los nombres “.com” son más utilizados en internet y en parte los más conocidos por los consumidores⁸¹. Negar poder garantizar los nombres genéricos llevaría a no poder hacer aflorar un valor latente e incluso realizable en el mercado. De modo que en principio entenderíamos incluidos todos los nombres de dominio, con la excepción de que exista una normativa que prohíba garantizarlos⁸². Esta normativa la podríamos encontrar en los nombres de dominio geográficos que no permitieran su libre transmisibilidad, caso que ocurría con los nombres “.es” hasta el año 2005⁸³.

Respecto al registro de los nombres de dominio sucede que éste no es un registro de gravámenes ni de titularidades al menos el del operador del registro, (el cual sólo es uno por cada nombre de dominio de primer nivel, por ejemplo, “.com”⁸⁴). El operador del registro es quien relaciona el nombre de dominio con la dirección IP y hace posible la conectividad en la Red. Quienes venden los nombres de dominio y registran el nombre del titular del mismo son los agentes registradores (“registrars”), que son empresas distintas con las que nos comuni-

⁷⁹ P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, op. cit., p. 56.

⁸⁰ A. Agustino y Guilayn, op. cit., p. 23.

⁸¹ P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, op.cit., p. 58; M. Lastiri Santiago, op. cit., pp. 47–48; J. Krisko, loc. cit., p. 1181,1183; X–T Nguyen, loc. cit., p. 491.

⁸² Vid., v.gr., las condiciones de contratación de DENIC la empresa alemana que asigna los nombres de dominio “.de” y cuyas condiciones expresamente reconocen la transferibilidad del nombre de dominio. O. Kopf, *Die Internetdomain in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz des Domaininhaber*, Jena, JWV, 2006, p. 101.

⁸³ El Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (“.es”) según la Orden ITC/1542/2005, de 19 de mayo supuso un avance con respecto al Plan original de los nombres de dominio “.es”.

⁸⁴ D. Lindsay, *International Domain Name Law, ICANN and the UDRP*, Oxford and Portland, Hart, 2007, pp. 84–86. En el acuerdo que realiza ICANN con los operadores de registro se incluyen las obligaciones del operador, entre ellas la seguridad y estabilidad de la base de datos del registro o la obligación de notificar a los registradores los datos personales que guardan y su derecho a rectificación, pero no hacen referencia a la naturaleza jurídica del registro que deben mantener los operadores como un registro de titularidades.

camos si queremos registrar un nombre de dominio⁸⁵. Además, el sistema de registro de los mismos no fue diseñado para inscribir garantías sobre los mismos, por eso no existe ninguna alusión a las garantías en la Política Uniforme de la ICANN.

La determinación de la ley aplicable a los aspectos jurídico–reales de las garantías constituidas sobre nombres de dominio no está regulada de manera suficiente. La falta de regulación no es una buena solución si ocasiona incertidumbre acerca del uso de las operaciones de financiación sobre nombres de dominio⁸⁶. El primer efecto económico que ocasiona la existencia de incertidumbre acerca de su régimen jurídico se traslada al hecho de no se constituyen garantías sobre nombres de dominio, a pesar de la posibilidad de que el régimen jurídico lo permita. El segundo efecto consiste en que aunque se constituyan garantías sobre nombres de dominio, la propia incertidumbre jurídica se traducirá en un aumento del coste de financiación, bien a través del coste capital o bien por el endurecimiento de las condiciones del préstamo.

Determinar cuál es la *lex rei sitae* en estas transacciones plantea problemas específicos por la diversidad de nombres de dominio y de sus registros. En los nombres de dominio geográficos, la problemática en un primer momento parece menor. Existen nombres de dominio geográficos que se vinculan normalmente con el país al que van referido, por ejemplo, “.es”. Sin embargo, debemos destacar que el tipo de asociación del nombre de dominio geográfico con el país no es el mismo en todos los casos⁸⁷. La heterogeneidad se debe a que es el propio Estado, el que decide en su normativa sobre los nombres de dominio geográfico los requisitos de asignación. También existen nombres de dominio geográficos para cuyo registro, los países referidos no exigen requisitos de vinculación. Por ejemplo, “.tv” dominio de Tuvalu⁸⁸. El acrónimo “.tv” es muy valorado por las personas o empresas dedicadas al mundo de la televisión; sin embargo, pueden no tener ninguna conexión con Tuvalu y registrar un nombre de dominio de segundo nivel “.tv”. Por tanto, incluso para los nombres de dominio geográficos sería adecuado flexibilizar la vinculación con el Estado al que van referidos; porque puede que el nombre de dominio geográfico no tenga ninguna relación real con dicho país.

⁸⁵ Por ejemplo, solamente para nombres de dominio “.es” encontramos 102 agentes registradores, consultado el 3 abril 2016 en <http://www.dominios.es/>

⁸⁶ Incluso en los EE UU, Estado donde más se realizan este tipo de operaciones, la doctrina ha constatado que sería deseable una uniformidad nacional respecto a la localización de un nombre de dominio. Vid. J. M. Moringiello, *loc. cit.*, p. 146.

⁸⁷ Los requisitos pueden variar desde la exigencia de presencia local, relaciones comerciales con el país o tener validada una marca en el país hasta exigir un contacto administrativo local.

⁸⁸ Vid. Agustino y Guilayn, *op. cit.*, p. 23

En los nombres de dominio genéricos se proyecta con mayor amplitud las dificultades de determinación de la ley aplicable a los aspectos jurídico–reales sobre las garantías constituidas sobre estos nombres de dominio. En la legislación estadounidense (ACPA⁸⁹) cabe encontrar unas normas relativas a la situación de los nombres de dominio. Dichas normas no están pensadas para las garantías sobre nombres de dominio, sino para las acciones ejercitables por los titulares de marcas contra los registros abusivos de nombres de dominio. A los mencionados efectos, para el ejercicio de acciones *in rem*, un nombre de dominio se puede encontrar situado en el distrito judicial donde se halle el registrador, registro u otra autoridad de nombres de dominio que registró o cedió dicho nombre de dominio.

Teniendo en cuenta el significado de registro de los nombres de dominio, las posibles conexiones importantes son los siguientes: la ley del lugar de situación del registrador o la ley del lugar de situación del operador central del registro. Mientras que la ubicación del registrador puede estar situada en cualquier parte del mundo, dada la práctica de la ICANN de delegar a muchas empresas los registros de nombres de dominio, parece más relevante el lugar del operador central del registro del nombre de dominio. Las razones de la importancia del operador central vienen determinadas por el hecho de que sólo existe uno para cada tipo de nombre de dominio de primer nivel y el titular no puede cambiar de registro central, aunque sí de registrador⁹⁰.

IV. Conclusión

Las modificaciones que la LP introduce en la LHMPSD representan un avance. La ley contempla una serie de cuestiones que antes no estaban incluidas. Entre estas cuestiones destaca que la Ley amplía el objeto de la hipoteca mobiliaria incluyendo expresamente el nombre de dominio, permite la expansión de los sujetos legitimados para constituir hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual (al licenciatario o al cesionario) y ayuda a la clarificación de los efectos del Registro de Bienes Muebles. No obstante, el modelo se basa en la utilización de la legislación española para los derechos de propiedad industrial e intelectual españoles. Dicho modelo no contempla las particularidades que pueden plantear garantías reales sobre bienes inmateriales con conexiones con otros países.

⁸⁹ *Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)*, 15 U.S. Code § 1125 (d)(2)(c), 1999.

⁹⁰ *Vid.* J.M. Moringiello, *loc. cit.*, p. 146.

Las normas de Derecho internacional privado se basan en la aplicación de la *lex loci protectionis* a las operaciones internacionales de garantías sobre bienes inmateriales en nuestro ordenamiento jurídico. La *lex loci protectionis* origina la acumulación de numerosas leyes nacionales a las garantías sobre bienes inmateriales en un contexto internacional. Resultaría conveniente que las normas de Derecho internacional privado evolucionasen para facilitar estas transacciones de cara al futuro. Entre las alternativas para simplificar el tratamiento de las garantías internacionales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual destaca, en las recientes propuestas internacionales, el criterio de atribuir una mayor relevancia a la ley del lugar de situación del otorgante de la garantía.

Bibliografía

- Agustino y Guilayn, A.: *Nombres de dominio, normativa internacional, comunitaria española comentada*, Barcelona, Bosch, 2008.
- Bariatti, S.: "The Law Applicable to Security Interests in Intellectual Property Rights", *J. Pr. Int'l L.*, vol.6, nº 2, 2010, pp.395–416.
- Birner, C.: *Die Internet-Domain als Vermögensrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck 2005.
- Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J.: *Tratado de los Derechos de garantía*, 3ª ed., t. II, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- CNUDMI: *Guía Legislativa de CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* 2007, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security.html.
- CNUDMI: *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas: Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual*, 2010, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security.html.
- Curto Polo, M.: "La hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial e intelectual" en Bercovitz Rodríguez Cano (ed.): *Contratos mercantiles*, t. III, Pamplona, Aranzadi, 2009.
- De Miguel Asensio, P.A.: "La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp.375–406.
- : *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- : *Derecho privado de internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015.
- Domínguez Luelmo, A.: *La hipoteca de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 2006.
- European Max Planck Group on Intellectual Property: *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013.
- Fawcett, J. y Torremans, P.: *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford Private International Law Series, 2011.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015.

- Freeman, A.: "Internet Domain Name Security Interests: Why Debtors Can Grant Them and Lenders Can Take Them in This New Type of Hybrid Property", *ABI Law Review*, vol. 10, 2002, pp. 853–889.
- García Solé, F. y Gómez Gállego, F.J.: *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- García-Pita y Lastres, J.L.: "La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil" en U. Nieto Carol y M. Muñoz Cervera (coords.), *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, t. II. Garantías reales, vol. 1, Garantías mobiliarias, Madrid, Civitas, 1996.
- Gómez-Acebo Santos, F.: *La hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1961.
- Górriz López, C.: "Hipoteca mobiliaria de una patente", *Actas de Derecho industrial*, 2009–2010, vol. 30, pp. 273–294.
- Jiménez Gómez, B.S.: "Evolución de los mecanismos de solución de controversias sobre nombres de dominio", *Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 379–415.
- Knopf, H. P.: "Security Interests in Intellectual Property: An International Comparative approach", *International Intellectual Property Law & Property*, 2002, pp. 90(1)–90(80).
- Kono, T.: *Intellectual Property and Private International Law Comparative perspectives*, Oxford, Hart, 2012.
- Kopf, O.: *Die Internetdomain in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz des Domain-inhaber*, Jena, JWV, 2006.
- Krisko, J.: "U.C.C. Revised Article 9: Can Domain Names Provide Security for New Economy Businesses?", *North Carolina L. Rev.*, vol. 79, 2000–2001, pp. 1178–1188.
- Lastiri Santiago, M.: *La comercialización del nombre de dominio. Régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- Lindsay, D.: *International Domain Name Law, ICANN and the UDRP*, Oxford and Portland, Hart, 2007.
- Marco Molina, J.: "Comentario al art. 53 de la LPI", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- Martín Aresti, P.: "Comentario al art. 46", en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I, 2ª ed., Aranzadi, 2008.
- Massaguer, J.: "Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual", *La Ley*, 1995, nº 4, pp. 1166–1180.
- Mitsdörffer, S.: *Sicherungsrechte an Schutzrechten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.
- Moringiello, J.M.: "Seizing Domain Names to Enforce Judgments: Looking Back to Look to the Future", *University of Cincinnati L. Rev.*, vol. 72, 2003.
- Nguyen, X-T: "Intellectual Property Financing: Security Interests in Domain Names and Web contents", *Texas Wesleyan L. Rev.*, vol. 8, 2002, pp. 489–504.
- Pau Pedrón, A.: "La hipoteca de propiedad intelectual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 642, 1997, pp. 1147–1174.
- Rams Albesa J. y Fernández-Tresguerres García, A.: "La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación de la ley de 11 noviembre 1987", *Revista Jurídica del Notariado*, Abril–Junio 1994, pp. 177–209.

- Tosato, A.: "The UNCITRAL Annex on Security Rights in IP: A Work in Progress", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009, vol. 4, nº 10, pp. 743–750.
- Vallet de Goytisolo, J. B.: *Estudios sobre garantías reales*, 2ª ed., Madrid, Montecorvo, 1984.
- Wiedmann, J. R.: "Evolving Property Rights in Domain Names", *Law School Student Scholarship. Paper 86*, 2010, pp.1–29, http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/86.
- Zelechowski, L.: "Securitization of patents and trademarks: the Polish perspective in comparative perspective", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 4, nº 8, 2009, pp. 549–558.

Recepción: 4.4.2016
Aceptación: 19.5.2016

LA SOLUCIÓN SALOMÓNICA EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES APLICABLES PARA LA CUESTIÓN PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHECO

Magdalena PFEIFFER *

SUMARIO: I. La cuestión previa y sus particularidades en el Derecho internacional privado. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La solución independiente y la armonía interna de decisiones. 3. La solución dependiente y la armonía externa de decisiones. 4. El paralelismo entre la cuestión previa y el reenvío: II. La cuestión previa en los reglamentos unificados del Derecho internacional privado en la UE. III. La relevancia práctica de la solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa. 1. Supuestos en presencia. 2. La influencia del *forum shopping* en la solución de la cuestión previa. IV. La solución de conflicto de la cuestión previa en la Ley sobre el Derecho internacional privado de la República Checa: 1. La opción del legislador checo. 2. La combinación de la solución de conflicto de leyes para la cuestión previa independiente y la dependiente. 3. El reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la cuestión previa. 4. Reenvío en el Derecho internacional privado checo. V. Conclusión.

RESUMEN: Este artículo trata de las particularidades de la cuestión previa en el Derecho internacional privado. En caso de conflicto de leyes, en la teoría del Derecho internacional privado, existen dos formas de determinación de la ley aplicable para la cuestión previa – la solución dependiente que significa la aplicación de las normas de conflicto de *lex causae* y la independiente que significa la aplicación de las normas de conflicto de *lex fori*. Los debates sobre la ley aplicable para la cuestión previa que siguen produciéndose entre los defensores de la solución independiente y la dependiente desde hace años suelen llevarse a cabo en su mayoría a nivel doctrinal; dentro del Derecho positivo, la reglamentación de la solución de conflicto de las leyes aplicables para la cuestión previa sigue siendo una excepción. Como se analiza en el artículo, la nueva reglamentación sobre la cuestión previa dentro de la Ley de Derecho internacional privado de la República Checa pertenece a estas excepciones. Su Sec. 22 ofrece una solución que combina las dos formas y procura el entrelazamiento mutuo de la armonía de las decisiones judiciales interna y la externa.

*Profesora Asistente, Universidad de Carlos en Praga, República Checa.

PALABRAS CLAVE: NORMA DE CONFLICTO – CUESTIÓN PREVIA – ARMONÍA DE DECISIONES – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHECO.

ABSTRACT: *The Solomon's solution of the conflict treatment of incidental questions in the Czech Private International Law*

This article deals with the peculiarities of incidental questions in private international law. In case of conflict of laws there are basically two approaches to determining the law applicable to incidental questions in the theory of private international law – either based on the conflict rules of lex causae (dependent connection) or based on the conflict rules of lex fori (independent connection). Among followers of the two approaches the debate on the law applicable to incidental questions has carried on for years, however mainly on doctrinal level, its legislative regulation is an exception. As analysed in this article, the new Czech Act on Private International Law constitutes such an exception. Its Sec. 22 offers a solution that combines both approaches and procures a mutual interconnection between internal and international harmony of decisions.

KEYWORDS: CONFLICT RULES, –INCIDENTAL QUESTION – HARMONY OF DECISIONS – CZECH PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

I. La cuestión previa y sus particularidades en el Derecho internacional privado

1. Planteamiento de la cuestión

Las cuestiones previas no aparecen solamente en los casos donde está presente un elemento extranjero, sino que son habituales incluso en procedimientos judiciales de carácter puramente nacional. Dentro del proceso civil se entiende como “cuestión previa” aquella cuestión jurídica que no entraña, aunque podría constituirlo considerada aisladamente, el objeto del procedimiento de cuya solución depende la decisión que debe adoptar el tribunal¹. En este caso, el objeto del procedimiento sería la cuestión principal, pero su solución implica resolver de forma anticipada la cuestión incidental. Las cuestiones previas aparecen en especial en los procedimientos del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones cuando se resulta necesario resolver determinadas cuestiones propias del estatuto familiar (*v.gr.*, la existencia de un matrimonio o de una relación de parentesco). Bien entendido que el proceder procesal del tribunal, al resolver las cuestiones previas dentro de un procedimiento judicial, toma como referente las normas procesales nacionales. En el ordenamiento jurídico checo esta cuestión está regulada en las Sec. 135, Ap. 2 y Sec. 159a, Ap. 1 y 4 del Código de Enjui-

¹ A. Winterová y A. Macková, a kol., *Civilní procesní právo. Část čtvrtá: řízení nalézací*, Praga, Linde, 2014, p. 135.

ciamiento Civil². De igual forma en los supuestos con elemento extranjero el tribunal procede en virtud de sus propias normas procesales (independientemente del hecho de si aplica el Derecho sustantivo propio o ajeno), siendo por ello siempre necesario buscar la normativa procesal relevante relacionada con la cuestión previa (*v.gr.*, si la solución de la cuestión previa es obligatoria para otros tribunales) en las normas procesales de *lex fori*.

No obstante, dentro de un procedimiento en Derecho privado con elemento extranjero, no es posible percibir los aspectos de la cuestión previa sólo en el plano del Derecho procesal civil, haciéndose necesario tener en cuenta también los aspectos propios del conflicto de leyes. En este caso se produce un conflicto de ordenamientos jurídicos y éste tiene que ser resuelto no sólo para la cuestión principal sino que también para las cuestiones previas. Por lo tanto, el tribunal determina, en concordancia con las normas de conflicto, no solamente la ley aplicable para la resolución de la cuestión principal sino que también la ley aplicable en virtud de la cual se resolverá la posible cuestión previa. Si una relación jurídica o un hecho jurídico que hay que resolver como cuestión previa para decidir sobre la cuestión principal caen dentro del ámbito de la ley aplicable a la cuestión principal, no hay que buscar la correspondiente norma de conflicto para la cuestión previa. El tribunal determina la ley aplicable a la cuestión principal y procede en virtud de las disposiciones sustantivas de dicho ordenamiento también para resolver la cuestión previa.

El ámbito de aplicación de la ley aplicable está incorporado, en forma de una lista demostrativa, *v.gr.*, en el Reglamento europeo de sucesiones³, en el Reglamento Roma I⁴ o en el Protocolo de la Haya 2007⁵. Sin embargo, por regla general, no se pueden subsumir las cuestiones de estado dentro del alcance de la norma de conflicto aplicable a la cuestión principal. En tal caso, el ámbito de la ley aplicable a la cuestión principal no cubre la cuestión previa, y el tribunal tiene que buscar una propia solución de conflicto para la cuestión previa. ¿Debe el tribunal entonces buscar la correspondiente norma de conflicto en su ordenamiento jurídico (*lex fori*) o en el ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión principal (*lex causae*)? En la teoría del Derecho internacional privado y en rela-

² Ley n° 99/1963 Recop., Código de Enjuiciamiento Civil.

³ Art. 23 Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante sólo “Reglamento europeo de sucesiones”).

⁴ Art. 12 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I).

⁵ Art. 11 Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en adelante sólo “Protocolo de la Haya”).

ción con estas dos formas de determinación de la ley aplicable a la cuestión previa se alude a las llamadas solución independiente y solución dependiente. La solución independiente de la cuestión previa significa la aplicación de la ley aplicable determinada basándose en las normas de conflicto de *lex fori*; por su parte, la solución dependiente de la cuestión previa significa que su solución se realiza a partir de las normas de conflicto de *lex causae*. En los casos en que la ley aplicable a la cuestión principal es *lex fori*, la solución de conflicto de la cuestión previa no causa problemas: la ley aplicable para resolver la cuestión previa será determinada en concordancia con las normas de conflicto correspondientes que forman parte del ordenamiento jurídico del Estado cuyo tribunal lleva el procedimiento sobre la cuestión principal. En este caso, dichas normas de conflicto son a la vez también las normas de conflicto de *lex causae*. No obstante, la determinación de la ley aplicable se puede volver problemática cuando la cuestión principal se rige por un Derecho extranjero.

Dentro de la doctrina del Derecho internacional privado, la cuestión previa está integrada en su parte general. Entre los académicos se viene prestando atención a esta problemática desde los años treinta del siglo pasado, W. Wengler y G. Melchior fueron los primeros en describir los problemas y la solución conflictual de la cuestión previa y son considerados como pioneros⁶. Los debates sobre la ley aplicable para el tratamiento de la cuestión previa que siguen produciéndose entre los defensores de la solución independiente y la dependiente desde entonces suelen llevarse a cabo en su mayoría a nivel doctrinal. Ahora bien, dentro del Derecho positivo, la reglamentación de la solución de conflicto de la cuestión previa sigue siendo una excepción. Como se analizará en detalle más adelante, es precisamente la nueva reglamentación sobre la cuestión previa dentro de la Ley de Derecho internacional privado de la República Checa⁷, efectiva desde el enero del año 2014, donde se encuentran estas excepciones.

2. La solución independiente y la armonía interna de decisiones

Si los tribunales aplican la solución independiente y determinan la ley aplicable para resolver la cuestión previa en virtud de las normas de conflicto de su propio ordenamiento jurídico, proceden de la misma manera de como si estuvieran determinando la ley aplicable si la misma cuestión legal fuese objeto de un procedimiento por separado. En ambos casos, los tribunales deciden en virtud

⁶ W. Wengler, "Die Vorfrage im Kollisionsrecht", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, pp. 148–251; G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1932.

⁷ Ley n° 91/2012 Recop., sobre el Derecho Internacional Privado (en adelante LDIP).

del mismo Derecho sustantivo y la práctica decisoria parte, dentro de la misma jurisdicción, de la misma base jurídica. Los tribunales deciden sobre la misma causa con respaldo en la misma reglamentación sustantiva del mismo ordenamiento jurídico –*lex fori*– y deberían llegar a la misma solución sustantiva sin considerar el hecho de si la cuestión está siendo juzgada como principal o previa. La solución independiente asegura un tratamiento unificado de cierto hecho jurídico en el territorio de un estado, asegura la, así llamada, armonía interna de las decisiones de los tribunales.

La teoría jurídica checa se inclina decididamente hacia la solución independiente de la cuestión previa⁸. También en la bibliografía específica alemana se encuentran numerosos defensores de la solución independiente de la cuestión previa, de hecho en la jurisprudencia y teoría alemanas es esta postura la que prevalece⁹. La solución independiente está considerada como regla general de la cual existen excepciones¹⁰. La armonía interna de decisiones de los tribunales suele incluso señalarse como una premisa de un sistema jurídico operativa¹¹. Dicha solución de conflicto de la cuestión previa es acogida con agrado en la práctica porque previene un posible dictamen de resoluciones contradictorias dentro de una sola jurisdicción. Aunque, según la interpretación del Tribunal Supremo de la República Checa, el tratamiento de la cuestión previa no es obligatorio para los tribunales dentro de otro procedimiento, si dicha cuestión previa no ha sido tratada en el dictamen del tribunal original, habiéndola referenciado solamente en los fundamentos de Derecho¹², en otros Estados puede haber un sistema procesal o una interpretación dentro de la jurisprudencia que sean diferentes.

En el caso de la armonía interna de las decisiones, el tribunal decide en virtud de la misma ley aplicable sin considerar si la cuestión está siendo tratada como previa o si es objeto de un procedimiento independiente con base en una acción declarativa. Las cuestiones principal y previa se ven siempre decididas de forma

⁸ Z. Kučera y L. Tichý, *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*, Panorama, 1989, p. 61.

⁹ D. Solomon, “Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, H. y U. Wanitzek, *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, Sellier Law Publishers, 2010, p. 356.

¹⁰ D. Henrich, “Vorfragen in Familien und Erbrecht: eine unendliche Geschichte”, en K. Schurig, R. Michaels y D. Solomon, *Liber Amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag*, Sellier, 2012, p. 63.

¹¹ C.Ch. Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, 2010, p. 90.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de la República Checa de 11 junio 2009, n° 23 Cdo 1454/2009; Sentencia del Tribunal Supremo de la República Checa de 3 diciembre 2013, n° 32 Cdo 4004/2011; Resolución del Tribunal Supremo de la República Checa de 12 marzo 2015, n° 29 Cdo 2517/2013.

equivalente dentro de la misma jurisdicción. Sin embargo, este argumento pierde parte de su credibilidad en relación con el reconocimiento de resoluciones de tribunales extranjeros. El hecho de que un tribunal extranjero haya aplicado, para la determinación de la ley aplicable para una cuestión previa, unas normas de conflicto de un derecho diferente del ordenamiento jurídico del estado donde se solicita el reconocimiento de una resolución extranjera, no es una razón para denegar el reconocimiento ni en el sistema autónomo checo del derecho procesal civil internacional¹³ ni en la reglamentación relevante de la Unión Europea¹⁴.

Según la doctrina jurídica checa no es posible que una autoridad judicial competente para decidir se desligue del ordenamiento jurídico de su Estado¹⁵. Si los tribunales checos conocen de un procedimiento sobre una causa con un elemento extranjero, siempre determinarán la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto que forman parte de su ordenamiento jurídico (sea de origen nacional, de la Unión Europea o internacional). Ignorar las normas de conflicto “propias” y aplicar normas de conflicto extranjeras puede percibirse como una elusión de la ley vigente (*fraudem legis*). Tal proceder sería posible solamente en el caso de que el sistema jurídico en sí lo permitiera expresamente. Si el ordenamiento jurídico no lo establece así expresamente, es necesario aplicar una solución independiente. Incluso en las normas de conflicto se va proyectando cada vez con más fuerza la autonomía de la voluntad, limitada por la posibilidad de las partes de elegir la ley aplicable. No está permitido que las partes de unas relaciones jurídicas elijan un ordenamiento jurídico cuyas normas de conflicto se deberían aplicar¹⁶. La solución independiente tiene, claro está, una ventaja más puramente práctica. Los tribunales aplican sus normas de conflicto y no se ven expuestos a la muy frecuentemente ardua tarea de averiguar las normas de conflicto extranjeras y su aplicación.

3. La solución dependiente y la armonía externa de decisiones

La solución dependiente significa la determinación de la ley aplicable a la evaluación de la cuestión previa en virtud de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico por el cual se rige la cuestión principal. Si éste corresponde al Derecho extranjero, los tribunales determinarán la ley aplicable a la evaluación de la cuestión previa con base en las normas de conflicto de dicho ordenamiento jurídico extranjero. De esta forma se trata de una excepción del principio general

¹³ Sec. 15 LDIP.

¹⁴ *V.gr.*, art. 45, ap. 1 RB I bis o art. 24 del Reglamento sobre alimentos.

¹⁵ Z. Kučera y L. Tichý, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶ G. Kegel y K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., Múnich, 2004, p. 379.

consistente en que el punto de partida para la determinación de la ley aplicable sean siempre las normas de conflicto “propias”. En consecuencia, para la misma cuestión legal, pueden los tribunales del mismo Estado aplicar las normas de conflicto de diferentes ordenamientos jurídicos según si la están examinando como una cuestión previa imprescindible para la decisión dentro de la causa de la cuestión principal o si es el objeto de un procedimiento independiente como cuestión principal. De esta forma, una cuestión legal puede ser tratada con respecto a la ley aplicable en virtud de las diferentes normas de conflicto dentro de una sola jurisdicción que no necesariamente tienen que partir de los mismos factores de conexión y pueden hacer referencia a otros ordenamientos jurídicos cuyo Derecho sustantivo correspondiente puede diferir.

El resultado pueden ser resoluciones contradictorias dentro de la jurisdicción en cuestión, siendo sin embargo mantenida la armonía externa de decisiones, la armonía en relación a las decisiones de los tribunales del estado cuyo ordenamiento jurídico es aplicable para la cuestión principal. El tribunal que lleva el procedimiento dentro de la causa de la cuestión previa, trata la cuestión previa en virtud de la ley aplicable que sería aplicada por los tribunales del estado *lex causae* si estuviesen decidiendo sobre ella como sobre una cuestión principal. Sin embargo, ni siquiera en las soluciones dependientes es perfecta la armonía externa de decisiones, es que no necesariamente tiene que ser respetada en relación a las decisiones de los tribunales de terceros países. La norma de conflicto para la determinación de la ley aplicable para la cuestión principal en el ordenamiento jurídico de un tercer estado puede partir de un criterio de conexión diametralmente diferente y hacer así referencia a una ley aplicable diametralmente diferente.

Un nivel más alto de la armonía externa de decisión en relación a las cuestiones previas se puede conseguir unificando las normas de conflicto para determinar la ley aplicable de la cuestión principal. Los tribunales de los estados vinculados por un instrumento unificador internacional aplican en tal caso la misma *lex causae* y en el caso de la solución dependiente de la cuestión previa llegarán a la misma ley aplicable para tratar la cuestión previa.

La solución dependiente de la cuestión previa es considerada por lo general una excepción de la regla de la solución independiente¹⁷, no obstante incluso la solución dependiente tiene a sus defensores, también Wengler y Melchior¹⁸ se inclinaban hacia ella. Los defensores de esta forma argumentan que en relación al ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión principal, el tratamiento de la

¹⁷ *Vid. supra.*

¹⁸ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, p. 224.

cuestión previa es un requisito imprescindible para la aplicación de normas sustantivas de *lex causae* de la cuestión principal, condicionando su resolución. Por tanto, es imposible no reconocerle a la ley sustantiva aplicable a la cuestión principal la influencia dominante en la determinación del contenido concreto de la cuestión previa. En consecuencia, podría parecer conveniente por lógica determinar también la ley aplicable para la cuestión previa en virtud de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico en cuyo marco sustantivo haya surgido¹⁹.

4. El paralelismo entre la cuestión previa y el reenvío

En el caso de la solución dependiente de la cuestión previa se ofrece cierto paralelismo con otro instituto del Derecho internacional privado –con el reenvío–. Igual que en el caso de la solución dependiente de la cuestión previa, también en el caso del reenvío se aplican normas de conflicto extranjeras. Cada una de las normativas nacionales adopta diferentes posiciones hacia el reenvío, algunas ni siquiera lo permiten, otras solamente en una medida limitada²⁰. Si una normativa nacional del Derecho internacional privado adopta la posición de admitir el reenvío, aunque sea sólo en unos casos específicos, tal postura puede ser interpretada como un indicio del interés del legislador de conseguir una armonía externa de decisiones. La admisión del reenvío significa el respeto hacia la solución de conflicto de leyes de un ordenamiento jurídico extranjero. Los tribunales de los estados que admiten el reenvío, admiten la aplicación de las normas de conflicto extranjeras y deciden en virtud de la ley aplicable determinada con base en estas normas. En relación a la cuestión previa, tal postura se ve a nivel general interpretada a favor de la solución dependiente de la cuestión previa²¹.

Los reglamentos de la Unión Europea que unifican las reglas para la determinación de la ley aplicable suelen excluir el reenvío, siendo la única excepción el Reglamento europeo de sucesiones que admite el reenvío bajo ciertas circunstancias. En concordancia con el art. 34 del Reglamento europeo de sucesiones se contemplan las normas extranjeras del Derecho internacional privado siempre que la ley aplicable para las relaciones de sucesión determinadas en concordancia con las normas de conflicto del reglamento sea el derecho de un tercer estado, si éstas remiten al Derecho de algún estado de la UE o al derecho de un tercer estado que aplicó su derecho. Con respecto a la correlación indicada arriba

¹⁹ J. Rohlík, *Preliminary and Incidental Questions in Czechoslovak Private International Law*, Acta Universitatis Carolinae, roč. 11, 1969, p. 107.

²⁰ Z. Kučera, M. Pauknerová y K. Růžička. a kol. *Mezinárodní právo soukromé*, Plzeň – Brno, Aleš Čeněk – Doplněk. 8. vydání, 2015.

²¹ C.Ch. Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen...*, op. cit., p. 92.

deducida entre estos institutos del Derecho internacional privado, la incorporación limitada del reenvío al Reglamento europeo de sucesiones puede ser considerada como un cierto indicio hacia la solución dependiente de las cuestiones previas que surjan en los procedimientos sobre las causas de sucesión. En el marco de la preparación de la propuesta del Reglamento europeo de sucesiones, el Parlamento Europeo se inclinó expresamente hacia la solución dependiente de las cuestiones previas. En el anexo de la resolución que contiene la recomendación dirigida a la Comisión Europea acerca de la problemática de sucesión y testamentos²², expresó que el acto legislativo que se adopte deberá regular también las cuestiones de carácter general en materia de ley aplicable, señalando, en cuanto a las cuestiones previas, que la reglamentación de la cuestión previa debería estar sometida a la ley designada por las normas de conflicto competentes de la ley aplicable a la sucesión. Precizando al mismo tiempo que la solución sólo será válida respecto al procedimiento en el cual se ha planteado la cuestión previa. No obstante, esta recomendación no se vio proyectada en el texto final del reglamento adoptado, lo que puede ser interpretado por otro lado como una cierta señal a favor de la solución independiente de la cuestión previa. C.Ch. Bernitt incluso hace constar que en el caso de la exclusión del reenvío, la aplicación de las normas de conflicto de *lex causae* es absolutamente imposible desde el punto de vista de la técnica legislativa²³. Se trataría de una postura conceptual por parte del legislador que no es del todo consistente, sin embargo el simple hecho de la exclusión del reenvío de una reglamentación jurídica nacional no debería llevar a la deducción de la exclusión de la posibilidad de incorporar la solución dependiente de la cuestión previa en sí.

Entre la forma de aplicación de normas de conflicto extranjeras basada en la admisión del reenvío por un lado y en la solución dependiente de la cuestión previa por el otro existe una diferencia primordial ligada al prevalente concepto doctrinal de la solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa. En el caso del reenvío, las normas de conflicto del ordenamiento jurídico no se ven activadas hasta el momento cuando la norma de conflicto de *lex fori* aplicada hace referencia al ordenamiento jurídico extranjero incluso sus normas del Derecho internacional privado.

La solución de conflicto de leyes aplicables para una cuestión previa, sin embargo, no se ve reglamentada expresamente en la mayoría de los sistemas jurídicos del Derecho internacional privado ni en los tratados internacionales o regla-

²² Resolución del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos de 16 noviembre 2006, Recomendación 6, (2005/2148(INI)).

²³ C.Ch– Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen...*, op. cit, p. p. 127.

mentos de la UE y por tanto, en el caso de la solución dependiente de una cuestión previa adoptada por los tribunales solamente basándose en el prevalente principio doctrinal dentro de su jurisdicción y no en una disposición jurídica expresa de su propio ordenamiento jurídico se produciría una directa aplicación de las reglas de conflicto extranjeras. La doctrina jurídica checa rechaza tal postura argumentando que una autoridad decisoria no puede desligarse del ordenamiento jurídico de su estado y decidir fuera de su marco²⁴.

II. La cuestión previa en los reglamentos unificados del Derecho internacional privado en la UE

El esfuerzo unificador en el campo del Derecho internacional privado es muy intenso en las últimas décadas. Especialmente en la Unión Europea hemos sido últimamente testigos de la adopción de una cantidad de reglamentos que unifican tanto las normas de conflicto como las reglas del derecho procesal civil internacional. Sin embargo, en las disposiciones jurídicas adoptadas de origen internacional o de la UE no se le dedica demasiada atención a la reglamentación de cuestiones generales del Derecho internacional privado al que pertenece la solución de conflicto de leyes aplicables para las cuestiones previas, faltando así una reglamentación especial expresa. La solución de conflicto de las cuestiones previas no se ve considerada ni en tratados internacionales ni en los reglamentos de la UE. Se lleva discutiendo durante largo período de tiempo la propia unificación de la parte general del Derecho internacional privado, transcurriendo dicho debate no obstante y ante todo en el nivel académico²⁵.

Como ya ha sido insinuado más arriba, incluso aplicando estas fuentes del Derecho internacional privado emerge la necesidad de tratar las cuestiones previas y la pregunta relacionada de si el carácter unificado de las normas de conflicto de leyes aplicables aplicadas a la cuestión principal influye la forma de solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa.

A favor de la solución dependiente se pronuncia el mismo objetivo de la adopción de los tratados internacionales y reglamentos de la UE: la unificación del sistema jurídico. Teniendo en cuenta este objetivo es necesario procurar una armonía externa puesto que solamente mediante ella se puede alcanzar la unifi-

²⁴ Z. Kučera y L. Tichý, *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*, Panorama, 1989, p. 61.

²⁵ V.gr., S. Leible y H. Unberath (eds.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.

cación²⁶. En el caso de instrumentos internacionales, el argumento de la armonía externa de las decisiones judiciales va cobrando de esta forma cada vez más relevancia en vista de un sistema de las normas de conflicto unificadas²⁷. El punto de partida para la solución de conflicto de las cuestiones previas en estos casos debería ser siempre y en primer lugar el ámbito de aplicación de dichos reglamentos que representa los límites generales del alcance de las normas de conflicto aplicadas y la reglamentación eventual del ámbito de ley aplicable determinado en virtud de la norma de conflicto unificada²⁸. Si se trata de una cuestión previa expresamente excluida del ámbito de aplicación de un tratado internacional o un reglamento de la UE, es evidente que no es posible determinar la ley aplicable para tales cuestiones en virtud de las normas de conflicto unificadas. Como consta arriba, detrás de cada unificación está la intención de lograr la armonía externa. Por todo ello, incluso algunos defensores de la solución independiente de las cuestiones previas admiten en el caso de la normativa internacional unificada la aplicación de las normas de conflicto de *lex causae*²⁹.

Como un contrapeso a la relevancia superior de la armonía externa de las decisiones de los tribunales en el caso de la unificación de las normas de conflicto para la cuestión previa que es el objeto del procedimiento, se suele citar la exclusión expresa del reenvío en la mayoría de los instrumentos unificadores. Otra argumentación a favor de la solución independiente es según algunos autores también el hecho de que tanto los tratados internacionales como los reglamentos de la UE tienen un ámbito de aplicación estrictamente definido. Si existiera, por parte del legislador, el interés de que incluso la ley aplicable para las cuestiones previas fuese determinada en concordancia con el ordenamiento jurídico determinado en virtud de la norma de conflicto unificada, todas las cuestiones previas serían incluidas en el ámbito de aplicación del reglamento o en el ámbito de aplicación de ley aplicable. La exclusión expresa del ámbito de aplicación significa que deben ser tratadas en virtud de otras normas de conflicto –lo cual lleva a la solución independiente³⁰–. Aunque existen varios paralelismos entre la unificación de las normas de conflicto en los tratados internacionales y reglamentos de la UE que podrían justificar la misma forma de tratar la cuestión previa³¹, muchos autores observan una diferencia y se inclinan hacia la

²⁶ T. Rauscher, *Internationales Privatrecht. Mit Internationalem Verfahrensrecht*, 4ª ed., C.F. Müller, 2009, p. 127.

²⁷ D. Solomon, “Die Anknüpfung von Vorfragen...”, *loc. cit.*, p. 366.

²⁸ V.gr. art. 12 ap. 1 RR I o art. 23 del Reglamento sobre sucesiones.

²⁹ D. Solomon, “Die Anknüpfung von Vorfragen...”, *loc. cit.*, p. 366.

³⁰ T. Rauscher, *Internationales Privatrecht...*, *op. cit.*, p. 128

³¹ C.Ch. Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen*, *op. cit.*, p. 101.

solución independiente de las cuestiones previas tratadas dentro del procedimiento sobre la cuestión principal a la cual se aplica la norma del conflicto unificada de la UE³².

Cierta tendencia a favor de la solución independiente se puede deducir *v.gr.* del considerando 10 del preámbulo del Reglamento Roma III³³ que dice literalmente que “las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.

Consecuentemente, los tribunales deberían aplicar la solución independiente y sus normas de conflicto de leyes, sin tener en cuenta de la ley aplicable a la cuestión principal, determinada por la regla unificada.

Por el contrario, en cuanto al Reglamento europeo de sucesiones, como argumento a favor de la solución dependiente de las cuestiones previas relativas a un procedimiento de sucesión se suele citar, aparte de la recomendación del Parlamento Europeo citada arriba, también el Certificado Sucesorio Europeo (en adelante sólo “CSE”)³⁴ introducido por dicho reglamento.

El CSE que se expide con el fin de ser utilizado en otro estado miembro causa directamente los efectos jurídicos en los estados miembros participantes en el reglamento. El CSE debería facilitarles a los herederos, legatarios, ejecutores o albaceas testamentarios el poder demostrar su posición o derechos y facultades en otro estado miembro³⁵. Es decir, para que el CSE pueda funcionar correctamente en la práctica es imprescindible aplicar la solución dependiente de las cuestiones previas respecto a los hechos jurídicos que se certifican en el CSE. En el caso de la solución independiente de las cuestiones previas relevantes se podría producir la expedición de un CSE que, desde el punto de vista de otros estados miembros, podría no contener datos verídicos³⁶.

³² D. Solomon, “Die Anknüpfung von Vorfragen...”, *loc. cit.*, p. 369.

³³ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

³⁴ D. Henrich, “Vorfragen in Familien und Erbrecht: eine unendliche Geschichte”, en K. Schurig, R. Michaels y D. Solomon, *Liber Amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag*, Sellier, 2012, p. 64.

³⁵ Ap. 67 del Preámbulo del Reglamento de sucesión.

³⁶ A. Dutta, *MünchKommBürgerlGesetz*, Band 10: Internationales Privatrecht I, 6ª ed., C.H. Beck 2015, p. 1518.

III. La relevancia práctica de la solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa

1. Supuestos en presencia

La relevancia práctica de los arriba presentados distintos tratamientos de la solución de conflicto de las cuestiones previas en la doctrina del derecho internacional privado no se debe sobrevalorar, no siempre una solución de conflicto de las cuestiones previas es problemática³⁷. No obstante, tampoco se debe infra-valorar puesto que puede influir a gran medida el resultado sustantivo de un procedimiento judicial. La problemática de las soluciones independientes y dependientes de la cuestión previa se vuelve relevante en los casos en los que se cumplen de forma acumulativa tres supuestos relevantes. El primer supuesto es que la cuestión principal se rige por una ley extranjera, la *lex causae* es una ley extranjera. En caso contrario, es decir el caso cuando la ley aplicable a la cuestión principal es el ordenamiento jurídico del estado del tribunal, *lex fori* y *lex causae* resultan indistintas. Las soluciones independiente y dependiente llevan de esta forma a las reglas de conflicto de *lex fori* y la misma solución de conflicto. La dicotomía doctrinal de la solución de conflicto de la cuestión previa se vuelve irrelevante, conservándose la armonía interna de decisiones incluso en caso de la solución dependiente. En un procedimiento de sucesión con un elemento extranjero, los tribunales procederán salvo alguna excepción en virtud de su propia ley, puesto que las normas de competencia y de la ley aplicable del Reglamento europeo de sucesiones están concebidas según el principio de la armonía de *forum* y *ius*. Las cuestiones previas que suelen aparecer relativamente a menudo en un procedimiento de sucesión serán tratadas por el tribunal en concordancia con la ley determinada por sus propias normas de conflicto. El Reglamento europeo de sucesiones no regula las soluciones de conflicto de las cuestiones previas pero por la razón citada arriba, el enfoque no uniforme de la solución de la cuestión previa no debería causar grandes dificultades en relación a este reglamento. El segundo supuesto es que las normas de conflicto de *lex fori* y de *lex causae* relevantes parten de diferentes criterios de conexión³⁸. Si los legisladores en los dos ordenamientos jurídicos aplicasen en las normas de conflicto relevantes el mismo criterio de conexión, los dos ordenamientos jurídicos se dirigirían hacia la misma ley aplicable. Un criterio de conexión idéntico en las

³⁷ Art. 62, ap. 1 del Reglamento europeo de sucesiones.

³⁸ A.E. Gotlieb, "The Incidental Question Revisited: Theory and Practice in the Conflict of Laws", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 26, n° 4, 1977, p. 738.

normas de conflicto relevantes para tratar la cuestión previa en los ordenamientos jurídicos en cuestión no tiene por qué ser incidental, sino un resultado de la unificación. El tercer supuesto es el diferente sistema sustantivo de la cuestión jurídica tratada en *lex fori* y *lex causae*. Es decir, si la cuestión jurídica, que es el objeto de la cuestión previa, está sustantivamente regulada igual en la ley determinada en virtud de la norma de conflicto de *lex fori* y en la ley determinada en virtud de la norma de conflicto *lex causae*, la relevancia de la diferenciación entre las soluciones independiente y dependiente vuelve a desaparecer. Relevante es el resultado del tratamiento de la cuestión previa y éste será en tal caso idéntico sin tener en cuenta la solución de la cuestión previa.

En la práctica no se puede excluir ni otra solución del conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa la cual sin embargo ignora su tratamiento de conflicto de las leyes. Con este método, el tribunal sin más aplica a la cuestión previa directamente la correspondiente reglamentación sustantiva de la ley aplicable para la cuestión principal o del ordenamiento del lugar del tribunal (*lex fori*). Según Gotlieb³⁹, en la práctica los tribunales no se dan cuenta muchas veces que la solución de la cuestión previa pertenece a las particularidades del derecho internacional privado y supeditan la cuestión previa directamente al derecho sustantivo aplicable a la cuestión principal. Es verdad que Gotlieb escribió su tratado sobre la cuestión previa en el año 1977, no obstante, no es posible excluir del todo casos así hoy en día. Como ya se ha mencionado arriba, la teoría jurídica checa adopta una posición muy crítica hacia esta posible forma de proceder de los tribunales.

2. La influencia del forum shopping en la solución de la cuestión previa

El *forum shopping* es un término vinculado a la estrategia de litigación. Se trata concretamente del afán del demandante por presentar la demanda relacionada a una causa con un elemento extranjero en aquella jurisdicción que él cree que será la más ventajosa para sus intereses. Aunque el *forum shopping* abra las cuestiones de legitimidad, honradez, integridad sistemática y costes⁴⁰, si la posibilidad del *forum shopping* está expresamente admitida en la normativa jurídica, la elección estratégica del demandante entre las jurisdicciones ofrecidas no puede ser percibida en plan negativo. El *forum shopping* está permitido por las reglas unificadas de competencia judicial tanto en el caso de algunos tratados internacionales como de los reglamentos de la UE. Las deliberaciones estratégicas

³⁹ *Ibid.*, p. 770.

⁴⁰ L.E. Salles, *Forum Shopping in International Adjudication: the role of preliminary objections*. Cambridge Studies of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2014, p. 16.

del demandante sobre las ventajas de una cierta jurisdicción no se relacionan solamente a la tramitación del procedimiento en sí, es decir a los aspectos procesales, sino que también al derecho aplicable tanto para las cuestiones principales como para las posibles cuestiones previas, puesto que puede tener una influencia fundamental en el resultado sustantivo del procedimiento.

La relevancia del *forum shopping* disminuye si entre los estados que tienen unificadas las reglas de competencia judicial están a su vez unificadas las normas de conflicto relevantes. En ese caso, los tribunales de todas las jurisdicciones ofrecidas proceden en virtud de la misma ley aplicable y se elimina la deliberación estratégica sobre el foro en relación a la ley aplicable. No obstante, si las reglas de competencia internacional dentro de la normativa unificada están entrelazadas con las reglas para la determinación de la ley aplicable así, que la elección del foro influye también a la ley aplicable, la armonía externa de las decisiones judiciales se ve alterada a pesar de la unificación de las normas de conflicto y de nuevo el *forum shopping* vuelve a cobrar relevancia. En estos casos, la elección del foro puede influir también el tratamiento de conflicto de la cuestión previa. Un caso concreto citado por S. Arnold se refiere a la unificación de la UE en cuanto a las obligaciones de alimentos⁴¹. El *forum shopping* está admitido por el art. 3 del Reglamento sobre alimentos. En virtud de esta disposición, para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los estados miembros es competente el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado o el acreedor tenga su residencia habitual, o bajo ciertas circunstancias el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas o de la responsabilidad parental. La ley aplicable para las obligaciones de alimentos será en concordancia con el art. 15 del Reglamento sobre alimentos determinada en concordancia con el Protocolo de la Haya⁴². En virtud de la norma general sobre la ley aplicable en el art. 3, ap. 1 del Reglamento sobre alimentos, las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. Si el acreedor presenta la demanda en los tribunales del estado de su residencia habitual, éstos decidirán en virtud de *lex fori*. Las posibles cuestiones previas, solucionadas sea de forma independiente o dependiente, serán así siempre tratadas en virtud de la ley aplicable determinada en concordancia con las normas de conflicto de *lex fori*, puesto que el tribunal decidirá sobre las obligaciones alimenticias en concordancia

⁴¹ S. Arnold, "Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht", *Praxis des Internationalen Privatrechts*, 2012, nº 4, p. 311.

⁴² Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (2009/941/CE).

con su ley, *lex fori* y *lex causae* resultan indistintas. No obstante, si el acreedor hace uso de la posibilidad ofrecida por el citado art. 3, ap. 1 del Reglamento sobre alimentos, presentando la demanda al tribunal del estado de residencia habitual del demandado, en el caso de ciertos acreedores se aplicará la norma de conflicto especial del art. 4, ap. 3 del Protocolo de la Haya. En virtud de esta disposición, si el acreedor acude a la autoridad competente del estado de la residencia habitual del demandado (del deudor), el tribunal no decide en virtud del ordenamiento jurídico del estado de la residencia habitual del acreedor (como lo establece la norma de conflicto general en el art. 3, ap. 1) sino que en virtud de su propia ley, la ley del foro (*lex fori*). Incluso en este caso, las cuestiones previas serán tratadas en virtud de la ley aplicable determinada por las normas de conflicto de *lex fori*. La existencia de un parentesco que da origen al derecho de alimentos, tratada como una cuestión previa puede ser así, gracias al *forum shopping*, regida a una vez por la ley determinada en virtud de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico del Estado de la residencia habitual del acreedor y otra vez en virtud de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico del estado de la residencia habitual del demandante. La diferencia entre la solución independiente y la dependiente de la cuestión previa se difumina, ya que la cuestión principal no se rige por una ley extranjera. Aún así, si las normas de conflicto en ambos ordenamientos jurídicos relevantes están formuladas de forma diferente, el resultado del tratamiento sustantivo de la cuestión previa en la constelación descrita arriba y gracias al *forum shopping* puede ser en jurisdicciones alternativas distinto.

IV. La solución de conflicto de la cuestión previa en la Ley sobre el Derecho Internacional Privado de la República Checa

1. La opción del legislador checo

También dentro del Derecho internacional privado checo, la cuestión previa ha sido hasta hace poco tratada sólo doctrinalmente. La Ley sobre el Derecho Internacional Privado y Procesal del año 1963⁴³ no hace referencia expresa sobre la solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa. A partir del enero 2014 entró en vigor la nueva LDIP que forma parte de una amplia recodificación del Derecho privado checo⁴⁴. En comparación con la normativa anterior, la nueva LDIP dedica más atención a los institutos generales del Derecho inter-

⁴³ Ley n° 89/2012 Recop., Código civil y Ley n° 90/2012 Recop., sobre Corporaciones comerciales y Cooperativas.

⁴⁴ Z. Kučera, M. Pauknerová y K. Růžicka, *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk, 2015, p. 164.

nacional privado (parte primera hasta tercera de la LDIP). Su propia normativa la tiene en la Sec. 22 en la parte general de la LDIP como novedad también la cuestión previa. Sistemática y lógicamente, esta disposición va incorporada en la parte tercera – disposiciones generales del Derecho internacional privado, que como novedad regula también, *v.gr.*, la problemática de la calificación, la aplicación de las normas imperativas e incorpora una cláusula de escape general. El ordenamiento jurídico checo, es de esta forma, uno de los pocos ordenamientos jurídicos en los que se ha trasladado la solución de conflicto de las cuestiones previas dentro de la normativa legal del plano teórico-jurídico al Derecho vigente.

Como consta más arriba, la teoría jurídica checa rechaza la solución inmediata sustantiva de la cuestión previa dentro de la cual se aplicarían directamente las disposiciones legales sustantivas relevantes de la ley aplicable para la cuestión principal. Si la cuestión jurídica previa fuese tratada en un procedimiento por separado, habiendo un elemento extranjero lo suficientemente relevante se aplicaría siempre la ley determinada en virtud de la norma de conflicto. Por lo tanto, la presencia del elemento extranjero se debería respetar también al tratar la cuestión jurídica como una cuestión previa y hay que buscar las normas sustantivas correspondientes en la ley determinada por una norma de conflicto. La aplicación inmediata de la *lex causae* sustantiva alteraría tanto la armonía de decisiones interna como la externa⁴⁵. En cuanto a la pregunta sobre la solución de la cuestión previa, es decir, si se debería partir de la norma de conflicto de *lex fori* o de *lex causae*, la doctrina jurídica checa se inclina, en concordancia con la opinión prevalente en la vecina Alemania, hacia la solución independiente del conflicto de las leyes aplicables para las cuestiones previas⁴⁶. El argumento principal es el interés en preservar la armonía de decisiones interna. Como otro argumento se suele citar el hecho de que en la solución dependiente se le da preferencia a las normas de conflicto de una ley extranjera ante la nacional⁴⁷. No obstante, la solución dependiente no se considera totalmente excluida a lo que corresponde la formulación de la nueva Sec. 22 de la LDIP. De todas maneras, el punto de partida principal y la regla principal sigue siendo la solución independiente, la solución dependiente es una excepción.

La reglamentación de la Sec. 22 de la LDIP dedicada a la solución de las cuestiones previas está dividida en dos apartados. El primer apartado contiene la norma de conflicto para la solución de la cuestión previa. El segundo apartado regula la pregunta del reconocimiento de la resolución en la causa de una cues-

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 165; Z. Kučera y L. Tichý, *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Panorama, 1989, p. 59.

⁴⁷ Z. Kučera, M. Pauknerová y K. Růžicka, *Mezinárodní právo...*, *op. cit.*, p. 164.

ción previa dictada por un tribunal extranjero. Incluso en la formulación de la norma de conflicto en el primer apartado de la Sec. 22 de la LDIP se produce cierto entrelazamiento con el plano procesal. En la nueva reglamentación queda patente la influencia del, así llamado, concepto más amplio del Derecho internacional privado del que parte la doctrina jurídica checa. Dentro de este concepto interpretación, aparte de las normas de conflicto que forman parte del Derecho internacional privado tradicionalmente, se considera como una parte del derecho internacional privado también el área del Derecho internacional civil procesal. Este concepto lo refrendan tanto la recientemente adoptada LDIP como su predecesora, en ambos casos el área del Derecho internacional civil procesal forma parte de la ley.

2. La combinación de las soluciones independiente y dependiente para la cuestión previa

La norma de conflicto para la solución de la cuestión previa en la reglamentación de la Sec. 22, ap. 1 de la LDIP es de carácter general. Esta regla, gracias a su carácter general y la ausencia de otra disposición especial, se aplica sin tener en cuenta el tipo de la relación del derecho privado que es el objeto del procedimiento (cuestión principal) y sin tener en cuenta qué tipo de relación o hecho jurídico hay que evaluar dentro del procedimiento (cuestión previa). En concordancia con la norma de conflicto general de la primera frase del presente apartado, para la determinación de la ley aplicable para la cuestión previa se aplicarán las normas de conflicto de la LDIP. Esta formulación clara a favor de la solución independiente de la cuestión previa, preserva la continuidad de la doctrina checa. La ley aplicable para la cuestión previa es determinada por los tribunales checos primariamente en virtud de sus propias normas de conflicto sin tener en cuenta la ley aplicable para la cuestión principal. Como consta en la exposición de motivos presentada junto con el proyecto de la LDIP, se va imponiendo el interés en que los tribunales checos decidan en asuntos iguales de la misma forma, y este interés debe prevalecer sobre la consideración de las decisiones de los tribunales extranjeros⁴⁸. El origen de la norma de conflicto aplicada a la cuestión principal no juega en estos casos ningún papel, es completamente irrelevante. Se parte de la misma solución sin tener en cuenta el hecho de si, en el caso de la norma de conflicto aplicada a la cuestión principal, se trata de una norma de conflicto unificada por un instrumento internacional por la cual se ve obligada la República Checa o si se trata de una norma de conflicto puramente nacional. Hasta aquí, el

⁴⁸ Exposición de motivos al proyecto de LDIP, p. 17. http://www.anag.cz/Files/file/duvodova_mezprav.pdf.

legislador checo adoptó una postura clarísima dentro de los enfoques posibles de la solución de conflicto de las leyes aplicables para la cuestión previa, sin embargo la frase segunda del ap. 1, Sec. 22 de la LDIP modifica el principio de la solución independiente. Probablemente bajo la influencia de la dicotomía de opiniones entre los teóricos que viene perdurando durante décadas, no obstante y plenamente de acuerdo con la postura mantenida hasta la fecha por la teoría jurídica checa⁴⁹, en la legislación checa vigente aparece de una manera limitada el principio de la solución dependiente. La solución dependiente no ha sido excluida en la teoría jurídica checa el pasado, ni siquiera en los casos en los que la cuestión previa no tenía relación alguna con el territorio nacional o ni siquiera en los casos en los cuales en la cuestión principal prevalecía la relación hacia el estado por cuya ley se regía (v.gr., en las relaciones con un elemento relativamente internacional)⁵⁰.

Esta disposición es singular desde el punto de vista de su construcción. La problemática de la ley aplicable para las cuestiones previas pertenece tradicionalmente a las cuestiones generales de las normas de conflicto. No obstante, en la Sec. 22 ap. 1 frase segunda de la LDIP la aplicación de la solución de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa es dependiente del cumplimiento de una condición del área del Derecho internacional civil procesal. El entrelazamiento de la solución de conflicto con el (in)cumplimiento de condiciones procesales es muy inusual en la formulación de las normas de conflicto. En virtud de esta disposición, a la cuestión previa se le aplica la solución dependiente si se cumplen dos condiciones: 1) los tribunales checos no son competentes para decidir sobre ella por separado (como cuestión principal) y 2) la cuestión principal se rige por un Derecho extranjero. De la formulación de la disposición es patente que se puede aplicar la solución dependiente solamente en el caso de que las dos condiciones se vean cumplidas de forma acumulativa. No obstante, no sería imprescindible incorporar la segunda condición a la disposición. En el caso de que la cuestión principal se rija por *lex fori*, *lex causae* y *lex fori* resultan indistintas, igual que la solución independiente y la dependiente.

Por lo tanto, bajo ciertas condiciones la norma jurídica en la disposición de la Sec. 22 ap. 1 frase segunda de la LDIP ordena claramente no aplicar la norma de conflicto propia, sino que aplicar la regla de conflicto de un ordenamiento jurídico extranjero. En general es imposible desligarse del derecho de *lex fori* vigente,

⁴⁹ Z. Kučera, M. Pauknerová y K. Růžicka, *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk, 2015, p. 165; Z. Kučera y L. Tichý, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Panorama, 1989, p. 59.

⁵⁰ C.Ch. Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*. Mohr Siebeck. 2010, p. 69.

siendo la excepción tan sólo el caso en el que el propio ordenamiento jurídico del estado al que pertenece el tribunal admita tal proceder. Ni la literatura especializada excluye la elusión de normas de conflicto propias, siempre que esté consagrada por la norma en *lex fori*⁵¹. La competencia del tribunal checo se convierte en el índice de la relación de la cuestión previa hacia su país. Falta de competencia internacional del tribunal checo puede ser interpretada como la no existencia de un interés lo bastante intenso en una solución de conflicto propia y de esta forma es posible dejarla al Derecho extranjero⁵². La solución dependiente debería sin embargo seguir representando un proceder más bien excepcional. Incluso aplicando una norma de conflicto extranjera es necesario proceder según los principios de la aplicación del Derecho extranjero del foro. Como los principios de la aplicación del Derecho extranjero no han sido hasta ahora un objeto de unificación, un tribunal checo aplicaría las disposiciones relevantes de la LDIP. En virtud de la Sec. 23 ap. 1 de la LDIP, el Derecho extranjero ha de ser aplicado de la misma forma como se aplica en el territorio en el que es vigente. Incluso a una norma de conflicto extranjera hay que tratarla igual como lo haría un tribunal en el estado de cuyo Derecho forma parte, todo ello incluyendo la interpretación de los términos empleados en la norma de conflicto.

Se trata de una unión práctica, y a su manera muy elegante, de los dos principios: la solución independiente y la dependiente. El resultado elegido parte de la solución independiente preferida por la doctrina, respetando a la vez los argumentos que se suelen señalar en contra de la solución dependiente de la cuestión previa. Como una de las principales desventajas de la determinación de la ley aplicable para la cuestión previa en virtud de las normas de conflicto de *lex causae* se suele nombrar el hecho de que los tribunales del mismo Estado pueden decidir sobre la misma causa en concordancia con diferentes ordenamientos jurídicos lo que es intolerable, especialmente en las cuestiones de estatus⁵³. No obstante, si los tribunales checos no tienen la competencia de decidir sobre una relación o un hecho jurídico en el caso en el que éstos fuesen el objeto de un procedimiento por separado como cuestiones principales, entonces lógicamente no se puede producir la situación de que, dentro de la misma jurisdicción, los tribunales procedan en la misma causa en concordancia con diferentes normas jurídicas dependiendo de si están tratando la causa como una cuestión principal o una cuestión previa. Sin embargo, una relación jurídica o un hecho jurídico pueden ser regidos por diferentes leyes bajo ciertas circunstancias, si surge la necesidad de tratar la misma cuestión previa en diferentes procedimientos y en

⁵¹ Z. Kučera, M. Pauknerová y K. Růžicka, *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk, 2015, p. 164.

⁵² *Ibid.*, p. 164.

⁵³ *Ibid.*, p. 165.

ambos casos como tal. En los casos en los que las cuestiones principales de dichos procedimientos sean solucionadas según diferentes ordenamientos jurídicos cuyas normas de conflicto para las cuestiones previas no partan del mismo criterio de conexión, el resultado sustantivo del tratamiento de la misma cuestión previa en diferentes procedimientos no tiene que ser necesariamente igual. Claro está que el resultado de tal tratamiento, si no se contiene en la parte resolutive de la decisión del tribunal, sino en la parte considerativa, no tiene efecto de una cosa juzgada (*res iudicata*) en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la República Checa.

3. *El reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la cuestión previa*

La reglamentación del ap. 2, Sec. 22 de la LDIP no puede considerarse como una regla de conflicto. Se trata de una disposición procesal que parte del principio incorporado en la Sec. 135, ap. 2 del Código de Enjuiciamiento Civil⁵⁴ según la cual, cuando en un proceso civil se plantea una cuestión para la que sería competente otro órgano, si ésta constituyera el objeto principal del proceso, el tribunal podría resolverla, siempre que no exista una resolución anterior dictada por el órgano competente. En este caso hay que respetar su resolución como punto de partida. La reglamentación del ap. 2, Sec. 22 de la LDIP sigue desarrollando esta regla procesal del derecho nacional en cuanto a las relaciones transfronterizas. Si existe una resolución firme de un tribunal sobre la cuestión que hay que evaluar como previa, el tribunal parte de ella. Puesto que no siempre tiene que tratarse de una decisión de un tribunal checo (u otro órgano checo, si es el caso) la LDIP precisa que hay que tratar de la misma forma también las decisiones extranjeras si cumplen las condiciones para ser reconocidas en la República Checa. La condición del reconocimiento (ni siquiera de la ejecución) de las decisiones judiciales extranjeras no es, ni en virtud de la LDIP ni en virtud de otra reglamentación jurídica relevante que rija la problemática del reconocimiento y de la ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, que éstas sean adoptadas en virtud de un ordenamiento jurídico que sería aplicable con base en la aplicación de la norma de conflicto checa correspondiente en este caso. Las resoluciones extranjeras en ningún caso podrán ser objeto de una revisión en cuanto al fondo, por lo tanto tampoco pueden ser objeto de una revisión de la solución de conflicto de leyes. Como defensa se podría considerar en casos excepcionales solamente la cláusula de reserva (orden público). El reconocimiento de la resolución extranjera sobre una relación o un hecho legal que se plantea como una cuestión previa en un procedimiento judicial ante un tribunal checo,

⁵⁴ Ley n° 99/1963 Recop., Código de Enjuiciamiento Civil.

significa que el tribunal checo acepta en realidad el resultado sustantivo dictado en virtud de la ley aplicable determinada en concordancia con una norma de conflicto extranjera, es decir aplicando la solución dependiente a la pregunta previa. Ni siquiera en este caso, existe el peligro de una resolución checa sobre la misma causa en concordancia con otra ley aplicable. Si se reconoce una decisión extranjera en la República Checa, tiene los mismos efectos legales como si la hubieran dictado los tribunales checos e impide que la misma causa sea juzgada ante otro tribunal, es decir se aplica la excepción de cosa juzgada.

4. *Reenvío en el Derecho internacional privado checo*

En relación al paralelismo citado más arriba entre el reenvío y la cuestión previa, es apropiado mencionar la forma en la que se posiciona la LDIP hacia el reenvío. Y en especial en vista de la opinión de C.Ch. Bernitt que en el caso de la exclusión del *renvoi*, la aplicación de las normas de conflicto de *lex causae* es absolutamente imposible desde el punto de vista de la técnica legislativa⁵⁵. El ordenamiento jurídico checo pertenece a los ordenamientos jurídicos que admiten el reenvío en medida limitada. En virtud de la Sec. 21 de la LDIP, si su norma de conflicto ordena la aplicación de un Derecho extranjero cuya reglamentación remite al Derecho checo (el reenvío de primer grado o de retorno), se aplicará la reglamentación sustantiva del Derecho checo. Si la reglamentación del Derecho extranjero remite a la ley de un tercer Estado (el reenvío de segundo grado), se aplicará la reglamentación sustantiva de esa legislación si su norma de conflicto la confirma; si no, se aplicará la reglamentación sustantiva de la legislación checa. El reenvío está excluido en el área del Derecho de obligaciones y laboral, y en el caso de la elección de la ley aplicable (si de los acuerdos de las partes no resulta otra cosa)⁵⁶. Puesto que el Derecho internacional privado checo, por lo tanto, no excluye la aplicación de las normas de un Derecho internacional privado extranjero, el tratamiento de las cuestiones previas según la ley aplicable determinada en virtud de una norma de conflicto extranjera bajo las condiciones incorporadas en la frase segunda, ap. 1, Sec. 22 de la LDIP resulta totalmente consistente dentro del marco del concepto de la LDIP.

V. Conclusión

La problemática de la solución de las leyes aplicables para la cuestión previa, que no se puede presentar exhaustivamente en vista de la extensión del presente

⁵⁵ Sec. 21, ap. 2 de la LDIP.

⁵⁶ A.E. Gotlieb, "The Incidental Question Revisited...", *loc. cit.*, p. 780.

artículo, trae consigo una dicotomía de opiniones que viene perdurando durante décadas. Del análisis de la jurisprudencia relevante, Gotlieb saca la conclusión de que a la solución de conflicto de la cuestión previa no es posible aplicar ninguna regla general, de que no existe ninguna clave para la solución.⁵⁷ Tampoco se puede pasar por alto que tanto los defensores de la solución independiente como los de la dependiente llevan mucho tiempo intentando convencerse mutuamente sobre sus respectivas posturas. Como apunta Henrich con mucha lógica, si existiera una solución convincente, las disputas hubieran acabado hace tiempo, silenciándose el debate. Defiende por eso la opinión de que siempre hay que partir de la interpretación teleológica, reflejando el objeto y propósito de una norma relevante.⁵⁸ La pregunta es sin embargo, en qué medida iría esta postura, flexible e individual, en detrimento de la seguridad jurídica, en detrimento del postulado que desempeña tradicionalmente un papel destacado en el derecho continental.

C.Ch. Bernitt, al contrario, considera la falta de una reglamentación expresa de las normas de conflicto para las cuestiones previas una capitulación que no tiene cabida. Según su opinión se trata de un problema arduo pero de ninguna forma sin solución.⁵⁹ Por un lado, el problema de la solución de las cuestiones previas se puede resolver de forma indirecta. Si se unifican las normas de conflicto para las cuestiones que se suelen tratar como previas con más frecuencia, el problema relacionado con la forma de su solución perderá su relevancia. No obstante, con más frecuencia se suelen tratar como cuestiones previas los asuntos de estatus cuya pronta unificación no se espera. El camino hacia la solución sería por lo tanto la elección de una postura uniforme hacia la solución de conflicto de las leyes aplicables para la cuestión previa dentro del marco de la unificación de la parte general del Derecho internacional privado. Justo aquí podría ser la normativa jurídica checa una inspiración adecuada, ya que muestra que no es imposible hallar una solución. La singular combinación de los dos principios tal y como está incorporada en la Sec. 22 de la LDIP es un ejemplo muy logrado de una solución de compromiso. Se trata de una solución que procura el entrelazamiento mutuo de la armonía de las decisiones judiciales interna y la externa.

⁵⁷ D. Henrich, "Vorfragen in Familien...", *loc. cit.*, p. 69.

⁵⁸ C. Ch. Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen...*, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 99.

Bibliografía

- Arnold, S.: “Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht”, *Praxis des Internationalen Privatrechts*, 2012, n° 4, pp. 311 ss.
- Bernitt, C.Ch.: *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, 2010.
- Dutta, A.: *Münicher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10: Internationales Privatrecht I*, 6ª ed., C.H.Beck, 2015.
- Gotlieb, A.E.: “The Incidental Question Revisited: Theory and Practice in the Conflict of Laws”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 26, n° 4, 1977, pp. 738 ss.
- Henrich, D.: “Vorfragen in Familien und Erbrecht: eine unendliche Geschichte”, en K. Schurig, R. Michaels y D. Solomon, *Liber Amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag*, München, Sellier, 2012, pp. 63 ss.
- Kegel, G. y Schurig, K.: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, 2004.
- Kropholler, J.: *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., Tübinga, Mohr Siebeck, 2006.
- Kučera, Z. y Tichý, L.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*, Panorama, 1989.
- Kučera, Z., Pauknerová, M. y Růžicka, K. a kol.: *Mezinárodní právo soukromé*, Plzeň – Brno, Aleš Čeněk – Doplněk, 8. vydání, 2015.
- Leible, S. y Unberath, H. (eds.): *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.
- Melchior, G.: *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1932.
- Rauscher, T.: *Internationales Privatrecht. Mit Internationalem Verfahrensrecht*, 4ª ed., C.F. Müller, 2009.
- Rohlík, J.: *Preliminary and Incidental Questions in Czechoslovak Private International Law*, Acta Universitatis Carolinae, roč. 11, 1969.
- Salles, L.E.: *Forum Shopping in International Adjudication: the role of preliminary objections*, Cambridge Studies of International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2014, pp. 16 ss.
- Solomon, D.: “Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel y U. Wanitzek, *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, Sellier Law Publishers, 2010, pp. 366 ss.
- Wengler, W.: “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, pp. 148–251.
- Winterová, A. y Macková, A. a kol.: *Civilní procesní právo. Část čtvrtá: řízení nalézací*, Praga, Linde, 2014.

FOROS INTERNACIONALES

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

Manuel MEDINA ORTEGA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Las propuestas de UNIDROIT y el Instituto de Derecho Europeo (ELI). III. La intervención del Parlamento Europeo. IV. El desarrollo por la UE de normas de Derecho procesal civil. V. Conclusiones.

RESUMEN: La Unión Europea (UE) ha venido adoptando instrumentos jurídicos de diversa índole que inciden en el Derecho procesal civil de los Estados Miembros, unos de carácter vinculante y otros opcionales. Propuestas recientes del Instituto de Derecho europeo, de Unidroit y de otras organizaciones especializadas en la armonización del Derecho pretenden conseguir un sistema comprensivo de normas comunes en este ámbito, en el espacio europeo, dentro de un marco armonizador universal. Las instituciones europeas se han hecho eco de estas propuestas y estudian en la actualidad la posibilidad de presentar iniciativas legislativas al respecto. Esta comunicación pasa revista a estas propuestas y señala las dificultades constitucionales que plantean a las instancias normativas de la UE las propuestas de armonización debido a la precariedad de sus bases jurídicas.

PALABRAS CLAVE: ARMONIZACIÓN – DERECHO PROCESAL CIVIL – INSTITUCIONES – NORMAS CONSTITUCIONALES – BASES JURÍDICAS.

ABSTRACT: *Harmonization of European Civil Procedural Law*

The European Union (EU) has adopted several legal instruments bearing on the procedural private law of the Member States. Some of these instruments are binding, while others are only optional. Recent proposals by the European Law Institute (ELI), UNIDROIT and other institutions working in the area of legal harmonization aim to achieve a comprehensive system of common rules in this respect in the

* Profesor honorífico de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Universidad Complutense de Madrid

European area within a world framework. The EU institutions have been receptive to these proposals and they are at present studying the feasibility of drafting new legislative initiatives in this respect. This paper overviews these proposals and points to the constitutional difficulties that the EU law-making bodies face in the harmonization process due to the weakness of their legal bases.

KEYWORDS: HARMONIZATION – CIVIL PROCEDURAL LAW – CONSTITUTIONAL RULES – INSTITUTIONS – LEGAL BASES.

I. Introducción

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo está discutiendo en la actualidad la armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia del procedimiento civil mediante la aprobación de principios y normas mínimas comunes¹.

La UE no puede sustituir a los ordenamientos nacionales en este ámbito. El párr. 6º del Preámbulo del TUE formula la intención de los Estados signatarios de “acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones”. El Derecho privado de los diferentes Estados miembros es el resultado de un largo desarrollo histórico y de las culturas y tradiciones nacionales de cada uno de ellos, aunque en el marco del tronco común que hunde sus raíces en las civilizaciones clásicas del Mediterráneo y en la síntesis que hizo Roma de ellas en el ámbito jurídico con su magistral construcción del *ius civile*. Se ha dicho que el Derecho privado constituye la “constitución civil” de las sociedades modernas, lo que le otorga un alto nivel de legitimidad democrática². La UE, sin embargo, centra en la construcción de una Europa supranacional sobre una base funcionalista, no atribuye una importancia fundamental a la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado. El paradigma funcional ha sentado como principio fundamental de la UE el principio de “atribución” según el cual sus instituciones no tienen otras competencias que las que les atribuyen los Tratados. No existe una competencia general de la UE en el Derecho privado, sino competencias específicas en ámbitos seleccionados³.

¹ Vid. documento de trabajo de E. Radev, Ponente, de 21 diciembre 2015, “sobre el establecimiento de unas normas mínimas comunes para el procedimiento civil en la Unión Europea—fundamento jurídico”, DT\1079599ES.doc.— PE572.853v01–00. Este documento se apoya en el Documento de investigación de R. Máňko, *Europeanisation of Civil Procedure. Towards Common Minimum Standards*, In-Depth Analysis. European Parliamentary Research Service, European Parliamentary Research Service, Junio 2015, PE559499.

² R. Máňko, *EU Competence in Private Law. The Treaty Framework for a European Private Law and Challenges for Coherence*, en-Depth Analysis, European Parliamentary Research Service, 2015, PE 545.711.

³ *Ibíd.*

El Preámbulo del TUE formula la resolución de los Estados signatarios de crear una “ciudadanía común a los nacionales de sus países” (párr. 10º), que deberá tener consecuencias sobre el Derecho privado de los Estados miembros, por la relación directa de éste con la ciudadanía nacional. El Preámbulo afirma la adhesión de los Estados signatarios al “respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho” (párr. 4º), que constituyen el fundamento último del Derecho privado. La resolución de los Estados signatarios de “facilitar la libre circulación de personas... mediante el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia” (párr. 12º) deberá tener consecuencias igualmente sobre las normas nacionales que regulan las relaciones privadas. El Preámbulo del TFUE incluye declaraciones que afectan al Derecho privado de los Estados miembros, como la “eliminación de los obstáculos existentes”, que “exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal” (párr. 4º), así como el reforzamiento de “la unidad de sus economías” y el aseguramiento de “su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas” (párr. 5º).

El TUE incluye entre sus objetivos la creación de “un espacio de libertad, seguridad y justicia [ELSJ] sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas” (art. 3.2º) y el establecimiento de “un mercado interior” (art. 3.3º). El Título V de la Parte Tercera del TFUE, arts. 67–89, está dedicado al ELSJ. El art. 67.1º TFUE insiste en el “respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”. El art. 67.4º establece el compromiso de facilitar la tutela judicial efectiva, “garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. El “reconocimiento mutuo” de la UE tiene su origen en la cláusula de “*full faith and credit*” de la Constitución federal de los Estados Unidos, en la que se apoya el Derecho conflictual norteamericano, pero en el ámbito de la UE se reduce al reconocimiento de “las resoluciones” de los Estados miembros y no del Derecho sustantivo vigente en éstos. Los Tratados de la UE no imponen limitaciones a la forma en que los Estados regulan los conflictos de leyes que constituyen el Derecho internacional privado. Se limitan a imponer el principio del reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Pero, al fijarse como objetivo la abolición de las fronteras en el interior de la UE, resulta necesario eliminar los requisitos procedimentales que se venían exigiendo para el reconocimiento de los actos judiciales y extrajudiciales. Había que eliminar el procedimiento del *execuátur* en el reconocimiento en los Estados miembros de las resoluciones de otros Estados miembros, propio de un sistema internacional en el que las relaciones entre los Estados pasan necesariamente por la colaboración

entre los poderes exteriores de cada Estado miembro, y establecer en su lugar la cooperación directa entre las instancias judiciales y administrativas internas de los Estados miembros. Se trata de facilitar la realización de las pretensiones civiles en el interior de la UE mediante el reconocimiento transfronterizo de los derechos subjetivos reconocidos por los diferentes ordenamientos nacionales.

El Capítulo 3 del Título V de la III Parte del TFUE, con un único artículo, el 81, está dedicado a la “Cooperación judicial en materia civil”. El art. 81, ap. 1, después de imponer a la UE el desarrollo de “una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”, prevé que este tipo de cooperación pueda “incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones reglamentarias de los Estados miembros”. El art. 81, ap. 2 establece, además, que, a efectos de lo establecido en el ap. 1 de ese artículo “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento administrativo ordinario, medidas para garantizar:

- “a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;
- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de solución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

Para la adopción de medidas relativas al Derecho de familia es competente el Consejo que decide por unanimidad, siguiendo un procedimiento legislativo especial, a propuesta de la Comisión, pero sin la intervención del Parlamento mediante la codecisión. El PE es sólo consultado en este procedimiento. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario, y se pronuncia igualmente por unanimidad, tras consultar al Parlamento. Las propuestas se comunican a los Parlamentos nacionales, y no podrán ser adoptadas si cualquiera de ellos notifica su oposición en el plazo de seis meses (art. 81.3º).

No existe, pues, una atribución expresa a la UE de una competencia para el desarrollo normativo en el ámbito del Derecho privado, ni tampoco en el del Derecho procesal civil. La posibilidad de adoptar “medidas de aproximación legislativa de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” y las otras especificadas en el art. 81, ap. 2, para garantizar el reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales no constituye una auténtica base legal para la armonización del Derecho procesal, que sólo resultará posible mediante la “aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros”. La UE sólo puede actuar en este ámbito como catalizador, facilitando la cooperación entre las administraciones nacionales.

Otras disposiciones de los Tratados pueden facultar a las instituciones de la UE para fomentar la aproximación de los ordenamientos nacionales en materia de Derecho privado y de Derecho procesal civil. En los ámbitos de competencia propia de la UE sus instituciones pueden adoptar normas jurídicas, dentro de los límites establecidos por los Tratados, que pueden tener incidencia sobre los ordenamientos nacionales, incluido el Derecho procesal.

El Capítulo 3 del Título VII de la III Parte, arts. 114–118, relativo a las “normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, está dedicado a esta última cuestión. El art. 114 autoriza al Parlamento y al Consejo para adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, “las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. El art. 115 autoriza, además, al Consejo, para adoptar “por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior”. El art. 118 prevé que el Parlamento y el Consejo establezcan, “con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas relativas a la creación de títulos europeos para garantizar una protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión y al establecimiento de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión”.

En la II Parte del TFUE, arts. 18–25, sobre “no discriminación y ciudadanía de la Unión”, el párr. 2º del art. 18 faculta al PE y al Consejo para establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la regulación necesaria para prohibir la discriminación por razón de nacionalidad, lo que supondrá necesariamente la atribución de facultades legislativas a la UE en materia de Derecho de familia, sucesiones y otras cuestiones relacionadas con el estatuto personal. La misma consecuencia se extrae del art. 19, que autoriza al Consejo para que

adopte, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa aprobación del PE, acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial, étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

El Título IV de la III Parte, relativo a la “libre circulación de personas, servicios y capitales”, incluye una serie de disposiciones que atribuyen a la UE facultades normativas en materias que inciden sobre el Derecho privado, como la contratación laboral (Cap. 1, “Trabajadores”, arts. 45–48), el “Derecho de establecimiento” (Cap. 2, arts. 49–55), la libre prestación de servicios (Cap. 3, “Servicios”, arts. 56–62) y la libre circulación de capitales (Cap. 4, “Capital y pagos”, arts. 63–66). Las disposiciones del Tít. VIII, relativas a la “política económica y monetaria” (arts. 119–144) y, sobre todo, las relativas a los Estados cuya moneda es el Euro (Cap. 4, arts. 136–138), también inciden sobre el Derecho privado de los Estados miembros.

El art. 81, ap. 2–f), que es la disposición que va más lejos en materia de armonización de las “normas de procedimiento civil”, subordina los avances en esta materia a que la misma sea necesaria. No prevé una auténtica armonización, sino tan sólo “la compatibilidad” entre las normas nacionales.

II. Las propuestas de UNIDROIT y el Instituto de Derecho Europeo (ELI)

El “Instituto Internacional de Derecho Privado” (UNIDROIT), al que pertenecen los 28 Estados miembros de la UE, del total de 63 que lo componen, ha iniciado un proyecto en colaboración con el “Instituto de Derecho Europeo” (“*European Law Institute*”, “*ELI*”) para la armonización del ordenamiento procesal civil en Europa. La base para la colaboración entre ambas organizaciones la encontramos en los “Principios de Procedimiento Civil Transnacional” (“*Principles of Transnational Civil Procedure*”) adoptados conjuntamente por UNIDROIT y el *American Law Institute* de los Estados Unidos en el año 2004 con el propósito de conseguir una reducción de las incertidumbres y facilitar el desarrollo de procedimientos judiciales con elementos comunes mediante la elaboración de un Código universal de procedimiento civil.

A estos principios se adjuntaron unas “Reglas de Procedimiento Civil Transnacional”, adoptadas bajo la responsabilidad personal de los ponentes, que pretenden ser una especie de guía orientativa para los desarrollos futuros en este ámbito. Las Reglas no han sido aprobadas ni por UNIDROIT ni por el ALI. Constituyen una especie de documento modelo redactado por los ponentes para la puesta en ejecución de los Principios. Las Reglas podrían llegar a ser aplicadas, eventualmente, mediante su incorporación a los diferentes sistemas naciona-

les y podrían ser tomadas en consideración, juntamente con los Principios, para revisar las legislaciones de los Estados. Tras la adopción de acuerdo, UNIDROIT se embarcó en la tarea de impulsar la aplicación efectiva de los principios en diferentes ámbitos regionales mediante la elaboración de Reglas que se ajustaran a los diferentes ordenamientos nacionales. En el ámbito europeo, UNIDROIT estableció un sistema de colaboración con el Instituto de Derecho Europeo. Durante los días 18 y 19 octubre 2013 se reunió en Viena un grupo de trabajo formado por representantes de ambas instituciones, al objeto de sentar las bases para la colaboración en este proyecto. El 13 marzo 2014 ambas instituciones firmaron un “*Memorandum of Understanding*”, que establecía un calendario para el desarrollo de un proyecto conjunto para la elaboración de principios transnacionales de procedimiento civil en Europa, y creaba un “Comité de pilotaje” (“*Steering Committee*”), bajo la copresidencia de la Sra. Diana Wallis, presidenta de ELI, y del Sr. José Angelo Estrella Farias, Secretario General de UNIDROIT. La primera reunión del Comité de pilotaje tuvo lugar en la sede de UNIDROIT en Roma, en la Villa Aldobrandini, durante los días 12 y 13 mayo 2014⁴. Se decidió entonces que los tres primeros temas a discutir fueran la prueba, las medidas provisionales y cautelares, y las notificaciones y la información. Más tarde se abordarían la litispendencia y la cosa juzgada así como las obligaciones de las partes y de los abogados. Cada tema debería ser estudiado por un grupo de trabajo bajo la presidencia conjunta de dos de sus miembros. Se inició el trabajo con los tres primeros temas, dejando para 2015 los dos últimos.

El primer informe del Grupo de trabajo sobre medidas provisionales y de protección se presentó en noviembre de 2014⁵. Frente a la línea mantenida en los anteriores intentos de armonización (Convenios de Bruselas y Lugano, Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis 2201/2003 sobre asuntos matrimoniales y responsabilidad parental, Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de mantenimiento y Reglamento 650/2012 sobre sucesiones) e incluso en los Principios ALI-UNIDROIT, dirigidos a establecer una cláusula general para las medidas cautelares, el Grupo de trabajo propuso un enfoque innovador, basado en el Reglamento relativo a la orden europea de retención de cuentas⁶, que se centra en

⁴ Transnational Civil Procedure – Formulation of Regional Rules. ELI-UNIDROIT Rules of Transnational Civil Procedure. Steering Committee, Rome, 12–13 May 2014. Study LXXVIA. Original: English. SC I – Doc. 2.

⁵ Transnational Civil Procedure – Formulation of Regional Rules. ELI – UNIDROIT Rules of Transnational Civil Procedure. Steering Committee and Working Groups. Joint Meeting. Rome, 27 – 28 November 2014. UNIDROIT/ELI 2014. Study LXXVIA – Doc. 1. Original: English. Working Group on Provisional and Protective Measures, con dos ponentes, Neil Andrews y Gilles Cuniberti.

⁶ Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DO L189/59 de 27.6.2014, y corrección de errores en DO L 30/42 de 6.2.2015.

un una medida cautelar singular para una única función, que proporcionaría protección provisional para un caso claramente delimitado.

La propuesta del Grupo de Trabajo partía de la diversidad de las funciones de protección y proponía diferentes medidas en relación con dichas funciones. Cuniberti se refiere a seis “meta funcionales”: la protección de los derechos reclamados en el procedimiento sobre el fondo; la protección de la prueba; la preparación de la ejecución; la pronta satisfacción del acreedor; la preparación del juicio; y la conveniencia de iniciar o no el proceso. Distinguía entre la protección de intereses patrimoniales y no patrimoniales, la protección del asunto en disputa que persiguen ambas partes, la protección de derechos, la prevención de pérdidas adicionales causadas por la violación de los derechos en disputa, la protección de las pruebas y la preparación de la ejecución. Las medidas a adoptar se ajustarían a las distintas funciones que se asignaran a las medidas provisionales respectivas. Así, para la protección de intereses pecuniarios, las medidas más adecuadas serían el embargo de los bienes del deudor o la concesión de derechos *in rem* sobre esos bienes. En cambio, para la protección de intereses no pecuniarios podría bastar una orden de prohibición de un acto particular o una abstención, una declaración provisional o una orden que subordine la continuación de las acciones infractoras alegadas a la prestación de una caución.

El primer informe del Grupo de trabajo sobre el acceso a la información y a la prueba⁷ partía de los Principios ALI-UNIDROIT, pero se refería igualmente al Reglamento comunitario sobre obtención de pruebas en materia civil o mercantil⁸, al Convenio de La Haya sobre la prueba y a las reglas de la *International Bar Association* (“IBA”) relativas a la obtención de pruebas en el arbitraje internacional, y a los comentarios a estas reglas, del año 2010⁹. Pretendía que las reglas relativas a la prueba se aplicaran, no sólo en el ámbito transnacional, sino que, como auténticas reglas uniformes, fuesen aplicables igualmente en los litigios puramente internos. En todo caso, el Grupo de Trabajo partía de los principios y las reglas ALI-UNIDROIT, que constituirían la columna vertebral de su trabajo de investigación, que estaría basado en cinco pilares: ámbito y relevancia

⁷ Transnational Civil Procedure – Formulation of Regional Rules. ELI-UNIDROIT Rules of Transnational Civil Procedure. Steering Committee en Working Groups. Joint Meeting. Rome, 27–28 November 2014. UNIDROIT/ELI 2015. Study LXXVIA – Doc. 2 Corr. Original: English (por N. Andrews), Doc. 2 Add. (PowerPoint) (por F. Gascón).

⁸ Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO L 174 de 17.6.2001, pp. 1–24. *Vid.* Informe parlamentario del autor de este trabajo sobre la aplicación de este Reglamento, doc. PE 415.047v04–00, A7–0058/2009, de 17 febrero 2009, aprobado por el pleno del Parlamento Europeo el 10 marzo 2009, P6_TA(2009)0089, A–6–0058/2009.

⁹ Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee.

del litigio; responsabilidades del recurrente y del demandado en materia de información y prueba; facultades y responsabilidades de los tribunales en cuanto a la admisión y valoración de la prueba; igualdad de acceso a la información y a la prueba; y clases y contenido de la prueba. Proponía la inclusión de los litigios en materia de consumo, pero no, en cambio, los relativos a cuestiones laborales o de Derecho de familia.

El Grupo de Trabajo sobre Notificación de Documentos¹⁰ se encontró con que ya existía una normativa comunitaria expresa en la materia, el Reglamento sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales¹¹, así como con un texto internacional, el Convenio de La Haya de 1965¹².

Con este bagaje normativo en la mochila, el Grupo de Trabajo no podía pretender llevar a cabo un trabajo innovador o rompedor. Sus conclusiones tendrían que dirigirse, en su lugar, a cotejar las diferentes soluciones legislativas y a delimitar su campo de estudio. La ponencia sugería dejar fuera de la investigación tanto la notificación de documentos extrajudiciales como el arbitraje. Esto le permitiría dedicar su atención a aspectos más técnicos, como la traducción de los documentos, la comunicación electrónica y la posibilidad de establecer sistemas de control de la recepción de las notificaciones, así como al desarrollo de la jurisprudencia de la UE en la materia.

A medida que ha ido avanzando la investigación se han ido formando otros grupos de trabajo sobre temas particulares, como la *res iudicata* y la litispendencia¹³.

Otro grupo de trabajo se ocupa de “las obligaciones de las partes” y de los abogados¹⁴. En una reunión del Comité de pilotaje en Tréveris, en noviembre de

¹⁰ Transnational Civil Procedure – Formulation of Regional Rules. ELI – UNIDROIT Rules of Transnational Civil Procedure. Steering Committee and Working Groups Joint Meeting, Rome 27–28 November 2014. UNIDROIT/ELI 2014, Study LXXVIA – Doc. 3. Original: English. Ponente: Eva STORSKRUBB.

¹¹ Reglamento (CE) n° 1393(2007), de 13 noviembre 2007, DO L 79 de 10.12. 2007, pp. 79–120, que sustituyó al Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO L 130 de 30.6.2000, pp. 37–52. El precedente de este Reglamento está en el Convenio sobre la misma materia adoptado por Acto del Consejo de 26 mayo 1997, DO C 261 de 27.8. 1997, pp. 1–16.

¹² Convenio n° XIV de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 noviembre 1965, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie C, Tratados y Convenios internacionales*, n° 175–I, 20 marzo 1986; DO L 75 de 22.3. 2016, pp. 3–9.

¹³ Ponentes: Frédérique Ferrand y Burkhard Hess como ponentes, y Tanja Domej y Marco Cristofaro como miembros.

¹⁴ Remco Van Rhee y Adam Uzelac como pontentes, y Walter Rechberger. Elisabetta Silvestris, B. Karoczyk, Magnus Strömberg y John Sorabij como miembros.

2015, se acordó establecer dos grupos de trabajo adicionales sobre “Costas” y “Sentencias”.

El 26–27 noviembre 2015 el Comité de pilotaje y los grupos de trabajo celebraron una segunda reunión conjunta en la sede de la Academia de Derecho Europeo (“ERA”) en Tréveris, y se ha previsto la celebración de una segunda reunión conjunta del Comité de pilotaje y de los co–ponentes en Roma en abril de 2016, y de una tercera reunión conjunta del Comité de pilotaje y de los grupos de trabajo en Viena en noviembre de 2016.

III. La intervención del Parlamento Europeo

Al estar los poderes normativos de la UE limitados en este ámbito, el Parlamento Europeo sólo ha podido hasta la fecha efectuar una aproximación muy general y tímida al tema, con la designación como ponente del Diputado Emil Radev, búlgaro, del Partido Popular Europeo. Éste presentó, el 21 diciembre 2015, un documento de trabajo al respecto¹⁵. En las “*Assises de la justice*”, organizadas por la Comisión Europea en Bruselas durante los días 21 y 22 noviembre 2013, se había señalado la importancia de la integración del Derecho procesal para reforzar la confianza mutua¹⁶.

El “Instituto de Peritaje y del Perito” (“*European Expertise & Expert Institute*”, “*EEEE*”) colabora con el Programa de Justicia de la UE en el proyecto “*EGLE*” (“*European Guide for Legal Expertise*”, o “Guía Europea de Peritaje jurídico”), en el marco del cual se ha elaborado una “Guía de Buenas prácticas en el Peritaje judicial civil en la Unión Europea”¹⁷. Aunque el ámbito de la Guía está limitado al peritaje judicial, en sus disposiciones preliminares se afirma que su aplicación resultaría facilitada por la creación de un procedimiento civil independiente aplicable a los litigios transfronterizos (“*Object*”, punto 03).

El primer documento de trabajo del ponente Radev limitó su ámbito al fundamento jurídico. Como se ha señalado al comienzo de este trabajo, el principio de atribución limita la facultad legislativa de la UE al reconocimiento expreso de competencias en un ámbito determinado (TUE, art. 4, ap. 1 y art. 5, ap. 1), el principio de subsidiariedad (TUE, art. 5, ap. 3) impide que la UE ejerza esa fa-

¹⁵ DT\1079599ES.doc.– PE572.853v01–00, “sobre el establecimiento de unas normas mínimas comunes para el procedimiento civil en la Unión Europea – fundamento jurídico.

¹⁶ *European Commission Assises de la Justice. Discussion Paper 1 : EU Civil Law*, III, 2.

¹⁷ *Guide to Good Practice in Civil Judicial Expertise in the European Justice*, actualizada en octubre de 2015, JUST/2013/JCIV/AG/4664. Vid. Igualmente, G. Cuniberti, *Civil Judicial Expertise in the EU. Analysis of EU Legislation and Recommendations: In–depth Analysis*, documento redactado por encargo de la Comisión de Asuntos jurídicos, 2015. El 29 mayo 2015 tuvo lugar en Roma, en la sede del Tribunal de Casación, una Conferencia “EGLE” sobre el peritaje judicial.

cultad si el Derecho nacional de los Estados miembros permite hacerlo de forma más eficaz, y el principio de proporcionalidad (TUE, art. 5, ap. 4) obliga a que las medidas sean proporcionales al objeto perseguido.

Para que la UE pueda adoptar normas para la armonización del Derecho procesal civil europeo es necesario, en primer lugar, que los Tratados le atribuyan competencia legislativa en este ámbito. La falta de competencia legislativa expresa en el TCEE impidió la armonización en las Comunidades Europea, que sólo conseguir tal armonización mediante la cooperación entre los gobiernos de los Estados. Para ello había que recurrir a la conclusión de Tratados internacionales entre los Estados miembros.

El primero y más importante de esos acuerdos fue el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, que entró en vigor en 1973. A este Convenio siguieron otros, como el Convenio de Lugano para el EEE y el Convenio de Romas sobre obligaciones extracontractuales. El Tratado de Maastricht de 1992 introdujo un “tercer pilar” de carácter intergubernamental en el que se incluía el Derecho procesal. El Tratado de Amsterdam de 1996 transfirió esta materia al “primer pilar”, que pasó, así, a entrar en el ámbito de acción propia de las instituciones de la UE, sin tener que recurrir a la engorrosa cooperación intergubernamental. A partir de entonces, la UE podría adoptar medidas relativas a la justicia civil mediante la aprobación de normas de Derecho privado, es decir, principalmente, reglamentos y directivas. Además, el Tratado de Amsterdam introdujo entre los objetivos de la UE la creación del ELSJA para facilitar la libre circulación de personas. La regulación comunitaria del Derecho procesal civil tiene a partir de entonces una base jurídica específica en los Tratados de la UE, a diferencia del Derecho sustantivo, que carece todavía de una base jurídica comunitaria de carácter general¹⁸. Esto impone que las normas de la UE relativas al Derecho civil sustantivo en materia civil y mercantil tengan que apoyarse en las disposiciones de los Tratados sobre Derecho procesal civil¹⁹ o en competencias específicas para diferentes sectores.

El TFUE introdujo en el Tít. V de la Tercera Parte, dedicado al ELSJ, un cap. 3 sobre la cooperación en asuntos civiles, con un único precepto, el art. 81, que exige la presencia de un elemento transfronterizo, e impide de este modo una armonización general de las normas internas de procedimiento civil. Será, por tanto, necesaria la asunción de compromisos internacionales por parte de los

¹⁸ R. Mañko, *EU Competence in Private Law*, op. cit., p. 1.

¹⁹ A. Fernández-Tresguerres García, “La perspectiva post Estocolmo del Derecho privado. Una visión desde España”, en M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), y M.M. Heras Hernández (coord.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Thompson–Reuters–Aranzadi, 2015, pp. 59–74, esp. p. 61.

Estados miembros para conseguir esa armonización general, de ámbito universal o circunscritos al espacio territorial de la UE.

Existe otra base jurídica para la armonización del Derecho procesal civil en el ámbito de la aproximación de las legislaciones sobre el mercado interior: el art. 114 TFUE (antiguo art. 95 TCE), en el que se apoyan las directivas sobre el respeto de la propiedad intelectual y sobre daños y perjuicios por infracción de las normas que regulan la competencia. Se habla en este caso de una “procedimentalización por la puerta de atrás” o “procedimentalización incidental”²⁰. La ponencia de Radev propone recurrir a la doble base jurídica de los arts. 81 y 114 para la adopción de las disposiciones para la armonización del Derecho procesal civil.

El art. 67, ap. 4, del Tít. V de la Tercera Parte del TFUE incorpora un fundamento adicional en el procedimiento para el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles relativos a litigios transfronterizos, en el contexto de la facilitación del acceso a la justicia. Radev sostiene que el requisito transfronterizo ha de interpretarse en sentido amplio, de forma que pueda incluir litigios que aunque en principio sean sólo de ámbito nacional, quepa incluir litigios que puedan contener algún elemento transfronterizo. El art. 81, ap. 2, TFUE autoriza al PE y al Consejo a adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior destinadas a garantizar el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros, así como otras medidas relativas al Derecho procesal, como la compatibilidad entre las normas de procedimiento civil.

Existe otra base jurídica para la armonización del Derecho procesal civil en el ámbito de la aproximación de las normas sobre el mercado interior: el art. 114 TFUE (antiguo art. 95 TCE), en el que se apoyan las directivas sobre el respeto de la propiedad intelectual y sobre daños y perjuicios por infracción materia de libre competencia.

El art. 67, ap. 4, del Título V de la III Parte TFUE, introduce un fundamento adicional en el procedimiento para el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles, en litigios transfronterizos, al objeto de facilitar el acceso a la justicia. E. Radev sostiene a este respecto que el elemento transfronterizo ha de interpretarse de forma amplia, que permita incluir litigios que son en principio de ámbito nacional pero que puedan contener algún factor transfronterizo. El art. 81, ap. 2, TFUE autoriza al PE y al Consejo a adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior

²⁰ La Universidad de Maastricht organizó una conferencia sobre este tema, con este mismo nombre, en octubre de 2014, y las contribuciones a la misma han sido publicadas en la *Review of European Administrative Law*, 8, nº 1, 2015.

dirigidas a garantizar el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros, así como otras medidas relativas al Derecho procesal, como la compatibilidad entre las normas de procedimiento civil.

El párr. 1º del art. 296 TFUE dispone que “cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad”. Este principio impondría el recurso en primer lugar a instrumentos no vinculantes. En el supuesto de que sea necesario recurrir a instrumentos vinculantes, la directiva tendría preferencia sobre el reglamento.

Tres Estados miembros, Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, gozan de un estatuto especial en este ámbito bajo los protocolos 21 (para Irlanda y Reino Unido) y 22 (para Dinamarca) anejos a los Tratados de Lisboa. Quedan, así, exentos de la aplicación de las normas generales que puedan adoptar las instituciones europeas, si no se recurre a alguna de las formas de aceptación previstas en esos mismos protocolos.

El art. 114 TFUE prevé la adopción de medidas de armonización fuera de los supuestos de litigios transfronterizos, cuando se trate de normas reguladoras del mercado interior, que pueden abarcar el Derecho sustantivo y no limitarse a los ámbitos del Derecho internacional privado y del Derecho procesal.

El ponente Radev ha propuesto, en la Comisión de Asuntos jurídicos del PE, el recurso a los arts. 81 y 114 TFUE como bases jurídicas alternativas, es decir, no cumulativas, en función de la situación concreta y de los instrumentos jurídicos a los que se pretenda recurrir.

IV. El desarrollo por la UE de normas de Derecho procesal civil

El acceso a la justicia en el ESLJ se facilita con la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles (TFUE, art. 67–4). La falta de una base jurídica adecuada para que las Comunidades Europeas pudieran adoptar normas vinculantes en este ámbito obligó en una primera fase a recurrir a la asunción de obligaciones internacionales por los Estados miembros mediante tratados, como el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil²¹, el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, que extendía esta regulación a los países del Espacio Económico Europeo, y el

²¹ A. Azparren Lucas, “Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil desde la perspectiva del juez español”, en A. Mangas Martín (dir.), *Cuestiones prácticas de Derecho internacional y cooperación judicial internacional*. Cuadernos de Derecho judicial, nº 11, 1994, pp. 452–497.

Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre obligaciones contractuales (Roma I). La comunitarización del tercer pilar por el Tratado de Amsterdam de 1997 evitó tener que recurrir a partir de entonces a la conclusión de tratados internacionales entre los Estados miembros. El Convenio de Bruselas el 29 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos²², que había sido negociado y acordado por los Estados miembros, no llegó a entrar en vigor, y se adoptó en su lugar el Reglamento “Bruselas II” sobre la misma materia²³. Conviene recordar, en todo caso, que la adopción de una reglamentación comunitaria no hace irrelevantes las normas internacionales en la materia, de Derecho consuetudinario o convencional. Ana Fernández-Tresguerres ha puesto de relieve que existe una relación de continuidad entre el Derecho nacional, el Derecho internacional y el Derecho comunitario, que se manifiesta, por ejemplo, en la interrelación entre el art. 669 Cc, el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre formas testamentarias y los arts. 75–2 y 27 del Reglamento de la UE 650/2012, que impone la prevalencia de la norma de conflicto internacional frente a la prohibición del Código civil del testamento mancomunado²⁴. “*Ratione materiae*, si el Derecho de la UE asume una competencia sobre una institución civil la competencia comunitaria prevalecerá tanto sobre cualquier otro ordenamiento internacional privado convencional como sobre el Derecho nacional del Estado miembro”²⁵. Esta afirmación es algo general y habrá que ponerla en el contexto

²² A. Borrás, “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”, DO C 221 de 16.7.1998, pp. 27–64.

²³ Reglamento (CE) n° 1347/2000, del Consejo, de 29 mayo 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, DO L 160 de 30.6.2000, pp.19–36. Vid. H. Gaudemet-Tallon, “Le règlement n° 1347/2000 du Conseil de 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 381–430; E. Cano Bazaga, “El Derecho de familia comunitarizado: La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, *Anuario de Derecho europeo*, 2, 2000, pp. 149–181. Este Reglamento fue sustituido por el Reglamento CE 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 (“Bruselas II bis”), DO L 338 de 31.12.2003, pp. 1–29. Está vinculado al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad patrimonial y de medidas de protección de los niños, ratificado por casi todos los miembros de la UE, trad. al castellano en A. Borrás y J. González Campos, *Recopilación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008. El RB II bis fue complementado por el Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009, pp. 1–79, corrección de errores en DO L 281 de 23.10. 2013, pp. 29–33.

²⁴ *Loc. cit.*, p. 59.

²⁵ *Ibid.*, pp. 59–60. Se apoya para esta afirmación en el dictamen del TJUE 1/2013, de 14 de octubre 2014.

más general de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho de la UE, que son muy complejas. Sí es correcta, en todo caso, la afirmación de esta misma autora de que el desarrollo de las competencias de la UE “limita la capacidad normativa de los Estados miembros y sus relaciones exteriores”²⁶.

El acervo comunitario en materia de Derecho procesal civil se recoge en instrumentos de distinta naturaleza. Algunos reglamentos crean procedimientos opcionales, compatibles con el mantenimiento de los sistemas jurídicos nacionales y paralelos a éstos: Procedimiento de insolvencia²⁷; Proceso europeo de escasa cuantía²⁸; Proceso monitorio europeo²⁹; Orden europea de retención de cuentas³⁰; Resolución de litigios en línea en materia de consumo³¹; Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados³²; Reglamento europeo de nes³³. Directivas específicas sobre sectores determinados armonizan ciertos aspectos del procedimiento civil en el marco de políticas distintas a la cooperación judicial en asuntos de Derecho civil: Acciones de cesación en materia de protección de los consumidores³⁴; Resolución alternativa de litigios en materia de consumo³⁵; Respeto de los derechos de propiedad intelectual³⁶; Acciones por daños en materia de Derecho de la competencia³⁷.

²⁶ *Ibid.*, p. 60.

²⁷ Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 mayo 2000, DO L 160 de 30.6.2000, pp. 1–18, corrección de errores DO L 176 de 5.7.2002, p. 47. Este Reglamento fue sustituido por un texto refundido, Regl. 2015/848, del PE y del Consejo, de 20 de mayo, DO L 141 de 6.6. 2015, pp. 19–72.

²⁸ Reglamento 861/2007, DO L 199 de 31.7. 2007, pp. 1–22, corrección de errores DO L 141 de 5.5.2015, p. 118.

²⁹ Reglamento 1896/2006, DO L 399 de 30.12.2006, pp. 1–32.

³⁰ Reglamento 655/2014, del PE y del Consejo, de 15 mayo 2014, DO L 189/59 de 27.6.2014 y corrección de errores DO L 30/42 de 6.2. 2015.

³¹ Reglamento 524/2013 del PE y del Consejo, DO L 165, pp. 1–12, que modifica el Reglamento CE del PE y del Consejo, de 27 de octubre 2004, sobre protección de los consumidores, DO L 364 de 9.12. 2004, pp. 1–11, y la Directiva CE 2009/22 del Consejo, sobre las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, DO L 110 de 1.5. 2009, pp. 30–36. *Vid.* L. García Montoro, “Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo. Directiva 2013/11/UE y Reglamento (UE) n° 524/13”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, www.uclm.es/centro/cesco. Noticias Consumo.

³² Reglamento 805/2004 del PE y del Consejo, DO L 143 de 30.4.2004, pp. 15–39.

³³ Reglamento 650/2012 del PE y del Consejo, de 4 julio 2012, DO L 201 de 27.7.2012, pp. 107–134.

³⁴ Dir. 98/27/CE del PE y del Consejo, de 19 mayo 1998, DO L 166 de 11.6.1998, pp. 51–53, sustituida por la Directiva 2009/22, de 23 abril 2009, DO L 110 de 8.5.2009, pp. 30–96.

³⁵ Directiva 2013/11 del PE y del Consejo, de 21 mayo 2013, DO L 165 de 18.6.2013, pp. 63–79, y corrección de errores, DO L 348 de 4.12.2014. Modifica el Regl. 2006/204/CE y la Directiva 2009/22/CE. También el Reglamento 524/2013 del PE y del Consejo, de 21 de mayo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, DO L 165 de 18.6.2013, pp. 1–12.

³⁶ Directiva 2004/48/CE del PE y del Consejo, de 29 abril 2004, DO L 157 de 30.4.2004, pp. 45–88, versión corregida DO L 195 de 2.6.2004, pp. 16–25.

³⁷ Directiva 2014/104, del PE y del Consejo, de 26 noviembre 2014, DO L 349 de 5.12.2014, pp. 1–19.

Dos directivas establecen normas mínimas de procedimiento civil de carácter horizontal: Reglas mínimas comunes sobre el acceso a la justicia en litigios transfronterizos³⁸ y Mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles³⁹. La Comisión ha adoptado, además, una Recomendación dirigida a los Estados miembros sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por la normativa de la Unión⁴⁰.

Merecen también mención el Reglamento sobre obtención de pruebas⁴¹, el Reglamento sobre notificación y traslado entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil⁴² y la Decisión sobre la red judicial europea⁴³.

La jurisprudencia del TJ de la UE ha ido profundizando este acervo normativo⁴⁴. Son relevantes, sobre todo, las sentencias relativas al Reglamento Bruselas I sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El TJ ha declarado que este Reglamento “tiene por objeto unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil a través de reglas de competencia judicial que presenten un alto grado de previsibilidad” y que dicho Reglamento “persigue de este modo un objetivo de seguridad jurídica que consiste en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado”⁴⁵.

³⁸ Directiva 2003/8/CE, del Consejo, de 27 enero 2003, DO L de 31.1.2003, pp. 41–47.

³⁹ Directiva 2008/52/CE, del PE y del Consejo, de 21 mayo 2008, DO L 136 de 25.5. 2008, pp. 3–8.

⁴⁰ Recomendación de la Comisión de 11 junio 2013, DO L 201 de 26.7.2013, pp. 60–65.

⁴¹ Reglamento CE 1206/2001, del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO L 174 de 17.6.2001, pp. 1–24.

⁴² Reglamento CE 1393/2007 del Consejo, de 13 noviembre 2007, DO L 2007, pp. 79–120, que sustituyó al Reglamento CE 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, DO L 130 de 30.6.2000, pp. 37–52. El precedente para este Reglamento es el Convenio sobre la misma materia adoptado por Acto del Consejo de 26 mayo 1997, DO C 261 de 27.8.1997, pp. 1–16.

⁴³ Decisión CE del Consejo 2001/470, de 28 mayo 2001, DO L 174 de 27.6.2001, pp. 25–31.

⁴⁴ Vid. M. Requejo Isidro, “El Derecho internacional privado y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 204–2015, pp. 55–89.

⁴⁵ SSTJ 23 abril 2009, as. C–533/07: *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch / Gisella Weller Lindhorst*, aps. 21 y 22; 17 marzo 2016, as. C–175/15: *Taser International Inc. / SC Gate 4 Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu*, ap. 32. Vid. M. Jimeno Bulnes (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, Comares, 2014.

La forma en la que se ha desarrollado el Derecho procesal civil en la UE recuerda la legislación de los Estados europeos anterior a la codificación. Se echa en falta un sistema coherente de normas jurídicas, y sobre todo, su vinculación con los preceptos constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico de la UE, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos nacionales⁴⁶. En este aspecto, conviene señalar la influencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el Derecho procesal europeo⁴⁷. Los principios constitucionales que recogen la Carta Europea de los Derechos fundamentales y el Convenio europeo de Derechos humanos deben inspirar las normas de armonización procesal.

UNIDROIT y ALI centraron su proyecto armonizador en el desarrollo de los “principios del procedimiento civil transnacional, relegando la redacción de reglas modelo a un segundo plano. En el ámbito europeo parece conveniente empujar, del mismo modo con la formulación de principios comunes, apoyados en los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de la Unión Europea y en el CEDH. En la fase actual de desarrollo del Derecho de la UE resulta difícil ir más allá de la aprobación de ciertos principios comunes, teniendo en cuenta las profundas diferencias existentes en esta materia entre los distintos ordenamientos nacionales⁴⁸.

V. Conclusiones

Al constituir las normas de Derecho procesal el principal instrumento de armonización del Derecho privado en la UE, su armonización puede ser un instrumento eficaz para la consecución del espacio jurídico europeo. Existen dificultades, sin embargo, para esta armonización, resultantes, en primer lugar, de la naturaleza del Derecho de la UE como ordenamiento supranacional de carácter funcional que respeta las competencias de los Estados en materia tanto de Derecho privado como de Derecho procesal.

La UE ha desarrollado un conjunto de normas jurídicas especiales que armonizan aspectos parciales del Derecho procesal privado, pero estamos muy lejos de la plena armonización del sector.

⁴⁶ Cf. T. López-Fragoso Álvarez, “Nacimiento y evolución del Derecho procesal como rama de la ciencia jurídica”, en *Estudios jurídicos*, t. I, *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1993, pp. 461–485.

⁴⁷ Vid. B. Hess, “La influencia del Tribunal europeo de Derechos humanos en el Derecho procesal civil europeo”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 35–53.

⁴⁸ Vid. Blomeyer & Sanz: M. Tulibacka y R. Blomeyer, *Common Minimum Standards of Civil Procedure*, Research Paper. PE, Directorate General for Parliamentary Research Services, Policy Department C: Impact Assessment and European Added Value, Bruselas, 2016. https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/11a68585-7be7-4598-bd03-23d42b1b9d94/EPRS_CIVIL_PROCEDURE.pdf.

La UE cuenta con la ayuda de otras organizaciones internacionales, públicas y privadas, activas en el ámbito de la armonización del Derecho privado y del Derecho procesal, que pueden facilitar la armonización de las normas nacionales sin tener que recurrir a la adopción por sus instituciones de normas supranacionales. Conviene destacar a este respecto la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, muchos de cuyos convenios han llegado a ser ratificados por la mayor parte, o incluso por la totalidad de los Estados miembros de la UE. Otra organización de ámbito europeo, UNIDROIT, ha preparado también textos armonizadores que son aceptados por los Estados miembros. La creación del Instituto de Derecho Europeo, que es un organismo estrictamente privado, estimula actualmente los proyectos de armonización. La colaboración del Instituto con UNIDROIT y el *American Law Institute* norteamericano al objeto de conseguir la aprobación de ciertos principios y normas comunes en materia de Derecho procesal privado ha tenido buena acogida en las instituciones europeas, tanto en la Comisión como en el Parlamento Europeo. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento ha empezado a trabajar en este sector. Ahora bien, el progreso en este ámbito no resulta fácil, debido a la vigencia en el Derecho de la UE de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad, que limitan las facultades normativas de la UE. No es previsible la armonización comprensiva del Derecho procesal civil de los Estados miembros. Resultaría factible, en cambio, la adopción de proyectos parciales de armonización en ciertas materias, en la línea del actual desarrollo del acervo comunitario, con una aportación importante de la jurisprudencia de los Tribunales europeos, que constituye un factor decisivo para la aproximación de los ordenamientos internacionales en la materia, o el reconocimiento de ciertos principios comunes de Derecho procesal en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

Bibliografía

- Azparren Lucas, A.: “Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil desde la perspectiva del juez español”, en A. Mangas Martín (dir.), *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 11: *Cuestiones prácticas de Derecho internacional y cooperación judicial internacional*, 1994, pp. 452–497.
- Blomeyer & Sanz: M. Tulibacka y R. Blomeyer, *Common Minimum Standards of Civil Procedure*, Research Paper. PE, Directorate General for Parliamentary Research Services, Policy Department C: Impact Assessment and European Added Value, Bruselas, 2016. https://polcms.secure.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/11a68585-7be7-4598-bd03-23d42b1b9d94/EPRS_CIVIL_PROCEDURE.pdf.
- Borrás, A.: “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K 3 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”, DO C 221 de 16.7.1998, pp. 27–64.

- Cano Bazaga, E.: “El Derecho de familia comunitarizado: La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, *Anuario de Derecho europeo*, 2, 2000, pp. 149–181.
- Fernández-Tresguerres García, A.: “La perspectiva post Estocolmo del Derecho privado. Una visión desde España”, en M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), y M.M. Heras Hernández (coord.). *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Thompson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 59–74.
- García Montoro, L.: “Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo. Directiva 2013/11/UE y Reglamento (UE) nº 524/13”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, www.uclm.es/centro/cesco.
- Gaudemet-Tallon, H.: “Le règlement nº 1347/2000 du Conseil de 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 381–430.
- Hess, B.: “La influencia del Tribunal europeo de Derechos humanos en el Derecho procesal civil europeo”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 35–53.
- Jimeno Bulnes, M. (coord.): *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia: hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, Comares, 2014.
- López-Fragoso Álvarez, T.: “Nacimiento y evolución del Derecho procesal como rama de la ciencia jurídica”, *Estudios jurídicos*, t. I, *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1993, pp. 461–485.
- Mañko, R.: *EU Competence in Private Law. The Treaty Framework for a European Private Law and Challenges for Coherence*, en-Depth Analysis, European Parliamentary Research Service, 2015, PE 545.711.
- Mánko, R.: *Europeanisation of Civil Procedure. Towards Common Minimum Standards*, In-Depth Analysis. European Parliamentary Research Service, European Parliamentary Research Service, Junio 2015, PE559499.
- Requejo Isidro, M.: “El Derecho internacional privado y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 55–89.

Recepción: 5.4.2016
Aceptación: 20.6.2016

DUMPING SOCIAL, DESARMONIZACIÓN SOCIO- LABORAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA DES-UNIÓN EUROPEA

Unai BELINTXON MARTIN *

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución normativa experimentada sobre los aspectos socio-laborales en el sector del transporte internacional por carretera en la UE. 1. Consideraciones preliminares. 2. Marco jurídico aplicable en la UE. III. Derecho europeo y dumping social: la des-Unión Europea. 1 Definición de Dumping social. 2. Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Directiva 96/71/CE y los Reglamentos 1071 y 1072 del año 2009: especial mención a los contratos individuales de trabajo. IV. Conclusiones finales.

RESUMEN: Esta reflexión tiene por objeto el análisis y valoración crítica de la evolución normativa experimentada sobre los aspectos socio-laborales en el sector del transporte internacional por carretera. En particular, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el análisis centrará su atención en el estudio de las prácticas de dumping-social, fraude y abuso en relación con el desplazamiento de trabajadores, el acceso a las prestaciones sociales, y su incidencia sobre el derecho a la movilidad laboral y la libre circulación de trabajadores. Prácticas que pretenden eludir las normas de acceso al mercado del transporte europeo e internacional por carretera con el objetivo de obtener ventajas competitivas. De este modo, se valorará si la UE debe actuar de forma activa para evitar la fragmentación del mercado interior del transporte por carretera, o si por el contrario debe mantener una actitud de inacción legislativa que permita a los Estados miembros aprobar medidas jurídicas unilaterales (como la *Loi Macron* francesa) que impongan una serie de requisitos socio-laborales (salarios mínimos, normas sociales, y tiempos máximos de conducción y descanso) con incidencia directa sobre el grado de apertura del mercado europeo. El sector del transporte por carretera se ha caracterizado históricamente por una gran movilidad de la mano de obra y por una importante actividad transfronteriza requiriendo de normas que garanticen el salario mínimo y los derechos sociales. Desde la perspectiva de los operadores del sector, se abordará en qué medida el complejo ensamblaje jurídico-normativo aplicable compuesto por normas de acceso al mercado del transporte por carretera (Reglamentos 1071, 1072 del año 2009 y Reglamento 561/2006), directivas sobre desplazamiento de trabajadores (Directiva 96/71/CE y Directiva 2014/67/UE), y normas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), junto a la anacrónica calificación de los distintos tipos de transporte realizables en el seno de la UE, y la divergente interpretación de

* Prof. Derecho internacional privado, Universidad Pública de Navarra (UPNA)

esta normativa por parte de los Estados miembros, aflora incertidumbres e inseguridad jurídica que perjudican a esta particular actividad del comercio internacional.

PALABRAS CLAVE: DUMPING SOCIAL – DERECHO EUROPEO – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA – DERECHO APLICABLE.

ABSTRACT: SOCIAL: *Dumping, European Social Deharmonization and International Private Law: European Disunion*

Abstract: This reflection aims to make an analysis and a critical assessment of the development in the experimented regulations as for as the socio-laboral aspects in the international transport by road is concerned, and its assignment in the material area of the private international law. In particular, the analysis will be focused on the study of the social dumping practices, migrant workers employed, posting of workers in the European Union, fraud situations and abusive situations in this area, and the free movement of workers. In a certain way, it is expected to analyze whether aforesaid practices and the attitude of inaction of the European institutions has any practical event as far as the fragmentation of European market, and in the legal unilateral measures taken by member states (as the French Loi Macron). In particular, the research will focus on analyzing the interaction between normative blocks, the Regulation 561/2006 (EU) on the harmonization of certain social legislation relating road transport, the Regulations (EU) 1071, 1072 on common rules for access to the international road haulage market and common rules concerning the conditions to be complied with to pursue occupation of road transport operator, the Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and the Directive 2014/67/EU on administrative cooperation through the Internal Market Information (The IMI Regulation), the Regulation 593/2008 (EU) on the law applicable to contractual obligations (Rome I), and the qualification problems of the cabotaje transport by road. From the operators sector's point of view, it will tackle that when the aim of the legal security is achieving or on the contrary the absence of the compatibility of the rules between those deserve rules finishes producing doubts that harm all the interests of the present cast.

KEY WORDS: SOCIAL DUMPING – EUROPEAN LAW – INTERNATIONAL PRIVATE LAW – INTERNATIONAL CARRIAGE BY ROAD – APPLICABLE LAW.

I. Introducción

Los aspectos socio-laborales en el sector del transporte internacional y europeo por carretera, su incidencia sobre el derecho a la movilidad laboral y la libre circulación de trabajadores, así como las prácticas de dumping-social, fraude y abuso en relación con el desplazamiento de trabajadores, constituyen el hilo conductor de este trabajo que pretende abordar, identificar y analizar desde una perspectiva pluridisciplinar algunas de las cuestiones más controvertidas y con mayor relevancia jurídica que afloran en este particular e importante sector del comercio internacional y presentan una incidencia directa en el efectivo ejercicio del empresario transportista¹.

¹ Sobre el particular: M. Pichars, "L'évolution de la norme dans les transports routier et ferroviaire", L. Peru-Pirotte, B. Dupont-Legrand y C. Landsweerd (dirs.), *Le droit du transport dans tous ses états*:

Analizar el marco legal aplicable en la UE a este subsector de la compleja y apasionante disciplina del Derecho del transporte requiere de un profundo examen que permita identificar y proyectar sobre el ámbito internacional la concreta problemática que aflora en la ejecución de servicios de transporte transfronterizos debido a la constante y continua interacción de los distintos bloques normativos en presencia (europeo, estatal e internacional).

La pluralidad de aproximaciones que el Derecho del transporte por carretera y la contratación laboral internacional admiten en lo tocante a su objeto de estudio y reflexión², exige de manera ineludible una labor de acotación previa que advierta la vertiente *iusprivatista* de nuestra disciplina, sin desatender otras a las que necesariamente habrá que aproximarse con la finalidad inequívoca de ofrecer una respuesta analítica conforme a las características inherentes del Derecho internacional privado actual, caracterizado por una sugerente y atractiva especialización por sectores³.

En particular, estas reflexiones pretenden incidir en algunas de las cuestiones más controvertidas del Derecho europeo del transporte por carretera y con mayor impacto práctico sobre la realidad del sector. En este aspecto, tampoco cabe obviar que la pluralidad legislativa de la UE con la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, hace de la consecución de cualquier política común, un verdadero reto jurídico, económico y político. Todo ello con independencia, a su vez, de que algunos de los diversos Estados parte de la Unión estén caracterizados igualmente por una diversidad de sistemas legislativos territoriales como es el caso español⁴.

El inacabado proceso de liberalización del sector del transporte por carretera en la UE, junto a la anacrónica calificación de los distintos tipos de transporte realizables en el seno del territorio europeo (transportes nacionales, transportes de cabotaje y transportes internacionales), la divergente interpretación por parte de los Estados miembros de la normativa aplicable al acceso al mercado de

réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 17–48.

² Entre otros autores, sobre ello: C. Legros, “Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs”, *Juris régles. Clas. dr. int.*, fasc. 571–66, 25 abril 2012, pp. 13 ss.

³ Sobre ello, es clave la reflexión de J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2002, pp. 156 ss. Puede verse de igual forma J.J. Álvarez Rubio, *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp.13–32.

⁴ Sobre dicha realidad jurídica, entre otros: J.L. Iriarte Ángel, “Propiedad y Derecho internacional”, *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, pp. 133–163; J.J. Álvarez Rubio, *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de Derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

transporte, los tiempos sobre conducción, trabajo y descanso, las normas sobre desplazamiento de trabajadores, las notables diferencias socio-laborales y de salario mínimo interprofesional en territorio de la Unión, y la reiterada negativa de los Estados miembros a ceder mayor competencia en un sector clave que demanda una política común de transportes efectiva y definitiva⁵, está generando un estado de inseguridad jurídica e incertidumbre que perjudica el normal desarrollo de esta importante actividad comercial y entorpece una mayor integración política en la propia UE.

Dicho esto, la nota de internacionalidad del Derecho del transporte y su propensión hacia su uniformidad normativa internacional delimitada hoy por la europeización del Derecho privado que tiene su origen en el Tratado de Ámsterdam⁶, consolidada y reforzada posteriormente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como la dimensión o proyección externa de este proceso⁷, refleja nítidamente una problemática específica en territorio debido precisamente a la coexistencia en este sector determinado de bloques normativos claramente diferenciados (interno, europeo e internacional)⁸.

La citada pluralidad de fuentes normativas confluentes debe permitir al legislador nacional, europeo e internacional explorar nuevas alternativas de elaboración normativa en un ejercicio de prospección futura que permita simplificar la compleja tarea que implica tratar de coordinar tal esfuerzo codificador en este determinado sector del Derecho del transporte por carretera⁹. De esta manera, es necesario subrayar que el progresivo y constante aumento de los transportes y desplazamientos transfronterizos evidenció tempranamente un deseo intrínseco de las instituciones europeas por rescatar y asumir competencias como la concerniente al transporte por carretera no desarrolladas por una actitud de inacción legislativa excesivamente dilatada en el tiempo¹⁰, y que para determinados aspec-

⁵ En relación a la política común de transportes y su aplicación en España puede verse entre otros autores, M.A. Guzmán Gómez, "La aplicación en España de la política común de transportes", *Documentación administrativa*, n° 201, 1984, pp. 675-707.

⁶ En este sentido *vid.* A.L. Calvo Caravaca, "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n° 21, 2003, pp. 49-69.

⁷ *Vid.* A. Borrás, "La Comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285-318; M. Guzmán Zapater, "Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?", *La Ley*, n° 7479, 2010, pp. 713 ss.

⁸ En este sentido *vid.* J.C. Fernández Rozas, "La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, pp. 600 ss.

⁹ Sobre la diversidad de fuentes y la tendencia actual hacia la armonización de las normas europeas aplicables al sector del Derecho del transporte, *vid.*, entre otros, I. Bon Garcin, M. Bernadet e Y. Reinhard, en *Droit des transports*, París, Dalloz, 2010, pp. 2 ss.

¹⁰ Entre otros: U. Belintxon Martín, "La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador", M.V. Petit

tos clave de este nuclear sector del transporte, como el desplazamiento transfronterizo de trabajadores en el seno de la UE y la contratación laboral internacional, se observa a las instituciones europeas incapaces de consensuar acuerdos y paquetes normativos que desplacen y atajen la discriminación por razón de la nacionalidad de las empresas porteadoras/transportistas y de los conductores y profesionales del sector, y en consecuencia, la discriminación entre ciudadanos de la UE.

La reseñada coexistencia de bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al sector del transporte por carretera y a sus trabajadores en la UE pretende, mediante la uniformidad de tratamiento de una situación semejante en el ámbito de varios ordenamientos jurídicos divergentes, favorecer un resultado jurídico final que este suficientemente consolidado y garantice el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes de la relación contractual de transportar y a las partes de la relación contractual laboral de transporte (empleador/empresario y los profesionales dedicados a la conducción y al transporte)¹¹.

En efecto, a pesar de que deviene coherente por parte de la UE y sus instituciones reclamar mayores facultades en materia de transporte, libre circulación y desplazamiento de trabajadores, prestaciones sociales, y adecuación progresiva del salario mínimo interprofesional de los diferentes Estados miembros en el sector del transporte (cuestión bien distinta es debatir sobre la adecuación de un salario mínimo interprofesional único para el sector del transporte por carretera en la UE), es patente la negativa de los Estados miembros a ceder mayor competencia en un sector clave que demanda una política común de transportes efectiva y definitiva. Fiel reflejo de las reticencias expuestas son las innumerables barreras jurídico-administrativas y laborales nacionales existentes en la actualidad que merman las garantías de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, discriminando por razón de la nacionalidad a aquellos porteadores o transportistas no nacionales pero sí residentes en un Estado miembro de la UE, y que deben ser superadas para favorecer una libre prestación de servicios en el sector¹².

Lavall, F. Martínez Sanz y A. Recalde Castells, (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

¹¹ En relación a la europeización del Derecho privado y la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional hacia la integración, puede verse el estudio de P.A. De Miguel Asensio, "Integración Europea y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº 2, pp. 413-445.

¹² En relación a la necesaria y progresiva liberalización de la prestación de servicios de transporte por carretera y ferroviario: G. Fernández Farreres, "Los transportes por carretera y competencia", en *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson, Civitas, 2004, pp. 423 ss; P. Valcárcel Fernández, "Transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera", *Derecho de la Regulación Económica: VI. Transportes*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 81 ss.

Desde luego, los Estados miembros de la UE no ocultan en ciertos sectores comerciales su incomodidad y reticencia a comprometerse en la cooperación de un nuevo marco jurídico europeo, y *de facto* se esfuerzan en proteger los particulares y concretos intereses de determinados sectores¹³, como pudiera ser el relativo al transporte donde cada Estado miembro de la UE se esfuerza por potenciar y proteger a los empresarios autóctonos descuidando que la evolución de una política común de transportes efectiva en la UE está condicionada a dos premisas clave recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por un lado, el espacio de libertad, seguridad y justicia. Y por otro, la real y efectiva garantía a la libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales, y a la libertad de establecimiento¹⁴.

Los debates previos a la publicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 referente al mercado interior (conocida como la Directiva Bolkenstein) ya permitieron observar la pluralidad de intereses existentes entre los diferentes Estados de la UE en materia de libre prestación de servicios de transporte¹⁵. Téngase en cuenta que el texto inicialmente propuesto, que difería de manera notable del proyecto que finalmente se publicó y entró en vigor, se inició con un objetivo manifiesto que no se consiguió: estrechar la conexión y afinidad entre los distintos países y pueblos de Europa para garantizar el progreso social y económico.

Dicho plan original comprendía un mercado interior sin fronteras que asegurase la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento, mediante la supresión de todas las barreras y obstáculos al libre ejercicio de las actividades de servicios entre Estados miembros como medio para garantizar la integración entre los pueblos europeos y favorecer un florecimiento económico y social progresivo, igualitario y sostenible, a la vez que un elevado nivel de competitividad, calidad de vida, y solidaridad entre los Países miembros. Cuestión que como es evidente hoy todavía no se ha logrado. En dicho intento, se pretendió de forma expresa potenciar la competitividad del mercado de servicios eliminando todos y cada uno de los obstáculos que en el mercado europeo imposibilitaban a los transportistas, particularmente a los pequeños y medianos porteadores, ampliar sus operaciones más allá de las fronteras de sus respectivos Estados miembros potenciando el comercio transfronterizo e internacional.

Como advertimos, el resultado final varió sustancialmente de un texto que en origen no excluía los transportes en general, ni a los servicios de transporte in-

¹³ Sobre este particular *vid.* J.C. Fernández Rozas, "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *La Ley*, D-195, 2004, p. 16.

¹⁴ U. Belintxon Martín, *loc. cit.*, nota 10, pp. 20-24.

¹⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. DO 27/12/2006 L 376/36.

ternacional por carretera intra-europeos, mermando así la efectiva liberalización de un sector del transporte vilipendiado tradicionalmente por las instituciones europeas y los Estados miembros de la UE a pesar de ser uno de los motores de la economía europea¹⁶. Téngase en cuenta que solo el sector del transporte de mercancías por carretera realiza el 73% de los transportes de mercancías en el interior de la UE y representa el 2% del PIB¹⁷. Es evidente que en los inicios de la andadura de una política común de transportes la organización del mercado requiere cierto grado de intervención para superar los inconvenientes prácticos derivados de unas nuevas circunstancias jurídico-políticas¹⁸. En efecto, procede reconducir esta política intervencionista hacia una libertad plena en el ejercicio de la actividad que consagre la autonomía de la voluntad de las partes y las citadas libertades. Téngase en cuenta que una de las conclusiones más importantes que se tomaron en el Consejo Europeo de Tampere para el logro y la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, venía a recoger y precisar que en un verdadero Espacio Europeo de Justicia, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o los disuada de ejercerlos¹⁹.

Los términos de Derecho laboral, contratación internacional, libre circulación de trabajadores, libre prestación de servicios, desplazamientos transfronterizos, libertad de empresa, sociedades buzón, empresas ficticias, seguridad jurídica, intervención administrativa, y libre comercio confluyen en un estudio de estas características que pretende proyectar una valoración crítica sobre la situación en la que actualmente se encuentra un sector y un mercado clave, el mercado interior del transporte internacional por carretera, para la consecución de un verdadero espacio europeo del transporte efectivo y eficiente, y la consolidación del hoy inmaduro proyecto de los Estados Unidos de Europa²⁰.

¹⁶ Sobre la fundamental importancia del transporte por carretera para nuestra economía, nuestra sociedad y desarrollo interior, entre otros estudios puede verse, F.J. Piñales Leal, *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 32–43.

¹⁷ Entre otros: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la situación del mercado del transporte por carretera en la Unión Europea. COM (2014) 222 FINAL. Bruselas, 14 abril 2014.

¹⁸ Sobre la intervención administrativa existente en el sector del transporte por carretera, entre otros: C. Agoués Mendizabal, “La intervención administrativa en el transporte por carretera”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 7, 2011, pp. 51–59.

¹⁹ En relación a la necesidad de establecer de forma progresiva un espacio de libertad, seguridad y justicia, pueden verse las consideraciones expuestas por P. De Miguel Asensio, “La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, nº 1, 1998, pp. 373–376.

²⁰ Sobre el alto grado de desarmonización normativa en Europa y las diferencias jurídico-administrativas entre Estados miembros de la UE existentes en el sector del transporte por carretera

Un sistema óptimo del transporte permite vertebrar un país (o una sociedad de naciones) y su funcionamiento, potenciando la movilidad de personas y mercancías y garantizando el desarrollo del modelo productivo y la ampliación de mercados. Además de ello, permite consolidar las estructuras territoriales. En efecto, la regulación del transporte por carretera en la UE requiere que las instituciones europeas garanticen por un lado el interés general y la libre circulación y prestación de servicios, y por otro, eviten la fragmentación del mercado interior del transporte por carretera impidiendo que los Estados miembros aprueben medidas jurídicas unilaterales que obstaculicen e incidan directamente sobre el grado de apertura del mercado europeo²¹.

Como puede observarse, exponemos una sucesión de conflictos existentes en materia de transporte por carretera y libre circulación y desplazamiento de trabajadores, que dificultan un adecuado desarrollo de la ejecución de esta actividad comercial internacional por parte del operador. Distorsiones que deben estudiarse y valorarse de forma detallada con la finalidad de que tales reflexiones sirvan como ejercicio de prospección jurídica para poder apreciar el escenario futuro que podría materializarse en este ámbito del Derecho privado gestado en el seno de la UE. Un escenario normativo que progresa a desiguales velocidades según se trate de la vertiente de armonización conflictual (mucho más avanzada) o de la material, que origina dificultades adicionales, debido a los intereses particulares de cada Estado miembro y a la complejidad que conlleva la obtención de un acuerdo en torno a normas que sustituyan o reemplacen la existentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales que coexisten en la UE.

II. Evolución normativa experimentada sobre los aspectos socio-laborales en el sector del transporte internacional por carretera en la UE.

1. Consideraciones preliminares

La evolución del marco jurídico aplicable a los aspectos socio-laborales en el sector del transporte internacional por carretera en la UE se presenta de forma paralela en el tiempo al desarrollo de la restante normativa aplicable al propio ámbito del transporte por carretera, y a la profesionalización de dicha actividad económica. Esta etapa evolutiva del Derecho del transporte por ca-

puede verse entre otros, Asociación Empresarial Guipuzcoana de Transporte de Mercancías por Carretera, *Manual del Transporte*, Donostia, Guitrans, 2015.

²¹ Respecto a la supresión de las barreras nacionales que condicionan el comercio internacional y la discriminación por razón de la nacionalidad en la actividad comercial puede verse J.C. Fernandez Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2010, pp. 55 ss

rrretera viene marcada en un primer término por el espacio de libertad, seguridad y justicia que se promueve primero en la Comunidad Europea, y después en la UE, y que acaba desencadenando en una serie de garantías como la libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales y la libertad de establecimiento.

Y en segundo término, por los innumerables avances tecnológicos que han permitido vehículos mejores (sistemas de navegación GPS, mejores sistemas de seguridad, tacógrafo digital), mayores infraestructuras viarias (vías de alta velocidad, mejores carreteras convencionales, autopistas de pago), y además convertir/transformar el transporte de personas y mercancías en la operación económica más necesaria e imprescindible de todas debido a que cualquier actividad humana requiere más tarde o más temprano de un desplazamiento de mercancías o pasajeros²².

2. Marco jurídico aplicable en la UE

El sistema normativo regulador de los aspectos socio-laborales y el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de transporte internacional por carretera, y su incidencia sobre el derecho a la movilidad laboral y la libre circulación de trabajadores, queda integrado además de por las normas laborales nacionales, los convenios sectoriales, y las normas de características civiles, mercantiles y administrativas de cada ordenamiento jurídico aplicables al sector determinado²³.

En nuestro ordenamiento jurídico cabe referirse a las siguientes disposiciones: Código Civil²⁴, Código de Comercio²⁵ (arts. 349–379 derogados expresamente por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías)²⁶, Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (modificada mediante la Ley 9/2013, de 4 de julio)²⁷, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Orde-

²² Sobre esta cuestión, entre otros pueden verse: L.M. Piñoleta Alonso, “El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido”, P. Menéndez García (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters–Aranzadi, t. II, p. 856; L. Jossereand, *Les transports en service intérieur et en service international*, 2ª ed., París, Rousseau, 1926, p. 1.

²³ Una buena aproximación al concepto y caracteres del contrato de transporte puede apreciarse entre otras en: C. Góriz López, *El contrato de transporte terrestre de mercancías*, P. Menéndez (Dir.) *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, t. II, Cizur Menor, Thomson–Reuters Aranzadi, 2014, pp. 709–715.

²⁴ RD 24 julio 1889, Gaceta 25.7.1889.

²⁵ RD 22 agosto 1885, Gaceta 16.10.1885.

²⁶ BOE 12.11.2009.

²⁷ BOE 31.7.1987.

nación de los Transportes Terrestres²⁸, y las Leyes de las Comunidades Autónomas referentes al transporte por carretera²⁹), por el Derecho europeo.

El marco jurídico europeo aplicable a dichos aspectos socio-laborales en el sector del transporte por carretera queda integrado en materia de desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios por la Directiva 96/71/CE, de 16 diciembre 1996³⁰, en materia de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios por la Directiva 2014/67/UE, de 15 mayo 2014³¹, en materia de cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior por el Reglamento 1024/2012, de 25 octubre 2012³², en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social por el Reglamento 883/2004, de 29 abril 2004³³, en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social y nuevas normas de aplicación del Reglamento 883/2004 por el Reglamento 987/2009, de 16 septiembre 2009³⁴, en materia de ordenación de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera por la Directiva 2002/15/CE, de 11 marzo 2002³⁵, en materia social en el sector de los transportes por carretera por el Reglamento 561/2006, de 15 marzo 2006³⁶, en materia de armonización de determinadas disposiciones

²⁸ BOE 8.10.1990.

²⁹ En relación a estas cuestiones propias del Derecho civil y el Derecho mercantil, entre otros: J.C. Sáenz García De Albizu y M.T. Hualde Manso, "El contrato de transporte", en E. Rubio Torrano y J.C. Sáenz García De Albizu (dirs.), *Lecciones de contratación civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 430-455.

³⁰ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18/1 de 21.1.1997).

³¹ Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI) (DO L 159/11 de 28.5.2014).

³² Reglamento (UE) n° 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión (Reglamento IMI), modificado por el Reglamento (UE) n° 1024/2012 (DO L 316/1 de 14.11.2012).

³³ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 200/1 de 7.6.2004).

³⁴ Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 284/1 de 30.10.2009).

³⁵ Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (DO L 80/35 de 23.3.2002).

³⁶ Reglamento (CE) n° 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 marzo 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por

en materia social en el sector de los transportes por carretera por el Reglamento 165/2014, de 4 febrero 2014³⁷, en materia de acceso al ejercicio de la profesión de transportista por carretera por el Reglamento 1071/2009, de 21 octubre 2009³⁸, en materia de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera por el Reglamento 1072/2009, de 21 octubre 2009³⁹, en materia de acceso al mercado del transporte internacional de viajeros/pasajeros por carretera por el Reglamento 1073/2009, de 21 octubre 2009⁴⁰, en materia de competencia judicial internacional por el Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012⁴¹, y en materia de determinación de ley aplicable por el Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008⁴².

Normas todas ellas aplicables a los aspectos socio-laborales del sector del transporte internacional por carretera en la UE debido a la complejidad y a la calificación de las diferentes modalidades de prestación de servicios de transporte internacional por carretera realizables: transportes nacionales, internacionales y de cabotaje. En definitiva, podemos resaltar que el nuevo Tratado de Lisboa aporta una capacidad potencialmente ampliada en relación a la actuación de la UE y sus instituciones tanto en su proyección exterior como interior que también se proyecta sobre el singular y transcendental sector del transporte como consecuencia de su calificación como competencia compartida según lo dispuesto en el art. 4.2º.g TFUE.

carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 3821/85 y (CE) nº 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) nº 3820/85 del Consejo. (DO L 102/1 de 11.4.2006).

³⁷ Reglamento (UE) nº 165/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 febrero 2014, relativo a los tacógrafos en el transporte por carretera, por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 3821/85 del Consejo relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera y se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera. (DO L 60/1 de 28.2.2014).

³⁸ Reglamento (CE) nº 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 octubre 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo. (DO L 300/51 de 14.11.2009).

³⁹ Reglamento (CE) nº 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 octubre 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera. (DO L 300/72 de 14.11.2009).

⁴⁰ Reglamento (CE) nº 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 octubre 2009, por el que establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006. (DO L 300/88 de 14.11.2009).

⁴¹ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. (DO L 351/1 de 20.12.2012).

⁴² Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). (DO L 177/6 de 4.6.2008).

III. Derecho europeo y dumping social: la des-Unión Europea

1. Definición de Dumping social

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una definición de dumping social, las normas europeas tampoco reseñan nada al respecto. No obstante esto no ha supuesto un inconveniente en la práctica real pudiendo considerarse como dumping social aquellas prácticas que pretenden, en ocasiones mediante sociedades ficticias y/o sociedades buzón, eludir las normas de acceso a un determinado sector comercial (en este caso interesa el sector del transporte europeo e internacional por carretera), con el objetivo de obtener ventajas competitivas (entre otras: menor coste de producción, menores costes salariales/laborales y de seguridad social, empeoramiento de las condiciones contractuales, menor fiscalidad, menores costes de matriculación de vehículos), y generando frente al resto de competidores una competencia absolutamente desleal, e incurriendo en fraude y en abuso en relación con el desplazamiento de trabajadores y el acceso a las prestaciones sociales.

Dicho esto, cabe plantearse únicamente para el sector del transporte europeo e internacional por carretera qué supuestos deben considerarse incardinados en este amplio concepto de dumping social. En la actualidad el problema no se plantea sobre la realización de los transportes calificados como nacionales por una empresa nacional de un Estado miembro que tiene filial y/o sucursal abierta en otro Estado miembro de acogida, donde actúa como cualquier empresario/transportista autóctono o nacional de dicho segundo Estado. Éste y no otro es el supuesto donde se han originado históricamente los mayores problemas en relación al dumping social y las sociedades ficticias, pero en la actualidad dichas prácticas se han reducido exponencialmente debido a los rigurosos controles y exigencias jurídico administrativas y laborales exigidas por el Derecho europeo (entre otros el Reglamento 1071/2009 que viene a regular que la concesión y el mantenimiento del derecho de establecimiento de una empresa en un Estado miembro concreto queda condicionado a que dicha empresa de transporte mantenga un establecimiento fijo y efectivo en dicho Estado).

Es decir, la empresa transportista española que abre una sucursal y/o filial de su empresa en otro Estado miembro de la UE cumpliendo con todos y cada uno de los condicionantes normativos exigidos por las normas nacionales y europeas de acceso al mercado de transporte europeo e internacional (Reglamentos 1072 y 1073 del años 2009 que exigen entre otras cuestiones una licencia comunitaria expedida por el ministerio de fomento/ institución homóloga en el resto de países europeos), y las normas de acceso a la profesión de transportista/porteador

(Reglamento 1071 del año 2009 que requiere entre otras cuestiones para realizar transportes nacionales un establecimiento fijo y efectivo y las autorizaciones habilitantes), puede actuar como una empresa propiamente nacional de dicho Estado miembro en el que se realizan los transportes denominados nacionales (aquellos con lugar de origen y destino en un mismo Estado miembro).

Es más, nuestra Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, viene a recoger además en sus arts. 43⁴³, 54⁴⁴, y 140.13⁴⁵ de forma reiterada que los vehículos de la organización empresarial con autorizaciones habilitantes y licencia comunitaria única expedida por las autoridades españolas deberán estar matriculados en España (en similares términos recogen dicha medida los restantes Estados miembros de nuestro entorno como Francia, Alemania y Reino Unido).

En efecto, tal y como puede observarse, en dichos supuestos de transporte calificados como nacionales se ha reducido exponencialmente las posibilidades de dumping debido a las exigencias normativas estatales y europeas. No obstante, pudiera darse el caso de que una empresa con nacionalidad de un Estado miembro abriese una sucursal y/o filial en otro Estado miembro cumpliendo con la normativa expuesta, y además pretendiese ahorrarse costes salariales fomentando el dumping social y desplazando trabajadores sin cumplir los términos de la Directiva 96/71/CE, modificada por la Directiva 2014/67/UE, relativas al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, queriendo aplicarles a estos trabajadores el convenio colectivo de su Estado de origen y

⁴³ Art. 43 LOTT: “1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos: d) Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación”.

⁴⁴ Art. 54 LOTT: “1. Quienes contraten una operación de transporte como porteadores deberán llevarla a cabo a través de su propia organización empresarial. Quedan exceptuados de la referida prescripción quienes intervengan en la contratación del transporte de que se trate en funciones de pura intermediación de conformidad con lo dispuesto en esta ley o utilicen la colaboración de otros transportistas en los supuestos regulados en los arts. 76 y 89.2º. 2. A los efectos de lo dispuesto en el punto anterior, únicamente se considerará que los vehículos con capacidad de tracción propia utilizados se hallan integrados en la organización empresarial del porteador cuando disponga de ellos en propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario, debiendo en este último caso, cumplir las condiciones establecidas al efecto en esta ley y en las normas dictadas para su desarrollo. *En todo caso, los referidos vehículos deberán estar matriculados en España*”.

⁴⁵ Art. 140.13º LOTT: “Se reputarán infracciones muy graves: La realización de transporte interior en España con vehículos matriculados en el extranjero incumpliendo las condiciones que definen las operaciones de cabotaje de conformidad con lo dispuesto en la reglamentación de la Unión Europea por la que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera o por la que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, aunque quien los realice sea titular de licencia comunitaria.

sus normas nacionales al resto de aspectos socio-laborales, en detrimento de aplicar lo que marca la normativa europea que viene a exigir la aplicación del salario mínimo interprofesional y demás condiciones laborales y salariales aplicables y exigibles en el Estado miembro de acogida. Este tipo de fraudes o abusos mediante el juego de sociedades ficticias (sistema buzón), o el recurso a agencias o empresas de colocación radicadas en Estados miembros con bajos niveles de protección y normas laborales y sociales más deficientes que las de otros Estados miembros están a día de hoy bastante controladas o erradicadas y se puede actuar frente a ellas de una manera no demasiado compleja mediante inspección de trabajado, mediante el control administrativo de las autoridades preceptivas, y mediante la utilización del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI), y la utilización de los mecanismos de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros de la UE (Reglamentos 883/2004 y 987/2009) habilitados precisamente para profundizar y controlar este tipo de prácticas fraudulentas y abusivas.

Dicho lo anterior, cabe plantearse dónde aflora actualmente el problema en el sector del transporte por carretera y a quién afecta. A nuestro juicio, el problema se plantea en los calificados como transportes de cabotaje (aquellos transportes nacionales por cuenta ajena llevados a cabo con carácter temporal en un Estado miembro de acogida por un transportista/porteador por carretera residente en otro Estado miembro), y residualmente en algunos de los transportes denominados internacionales. El problema surge con los deseos económicos y la necesidad de controlar los sectores estratégicos por ciertos países de Europa occidental y su deseo de garantizar la viabilidad de las empresas transportistas nacionales en su estado actual (principalmente Alemania, Francia, Dinamarca y Reino Unido), países en los cuales el coste del trabajo para el empresario porteador/transportista constituye en esencia la parte más importante de los costes de explotación de su actividad. Claro está, dichos países debido a la estructura de sus costes tienen mayor problema para competir con empresas transportistas/porteadoras erradicadas en países ubicados en la periferia europea e incluso en la parte más oriental de Europa, donde los costes salariales son más reducidos y donde el mayor coste lo representan el combustible y los vehículos y su mantenimiento.

A nuestro juicio, los denominados transportes de cabotaje no suponen un problema en relación al dumping social como se está planteando entre otros países por Alemania, Francia, Reino Unido o Dinamarca. La realización de los transportes de cabotaje, que en nuestra opinión debieran de calificarse como transportes internacionales según criterios de localización de las partes intervinientes en el contrato, y no de cabotaje según criterios de localización de lugar de origen y destino del servicio, están limitados a un límite temporal y a un tope cuantitativo

máximo en el sector de mercancías de tres transportes de cabotaje en el plazo de una semana tras un transporte internacional de entrada al Estado de acogida. Por lo tanto, no existe dumping social, ni un desplazamiento de trabajadores en los términos de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por lo tanto en este tipo de transportes de cabotaje limitados temporal y cuantitativamente, y que exigen un transporte internacional previo (lo cual significa que una vez terminado en el plazo de una semana con ese tercer transporte habrá que salir de dicho Estado miembro de acogida para volver a entrar con un nuevo transporte internacional previo y así poder nuevamente realizar transportes de cabotaje limitados a un máximo de tres en el plazo de una semana), no será aplicable la norma de conflicto especial contenida en dicha directiva y que la doctrina califica como perteneciente a la tipología normativa del art. 9 del Reglamento Roma I⁴⁶.

En efecto, a pesar de los deseos de países como Francia, Alemania y Reino Unido de imponer la aplicación de los salarios mínimos en vigor en dichos países a los conductores y profesionales de empresas transportistas ubicadas y residentes en otros Estados miembros cuando realicen en sus fronteras transportes calificados como de cabotaje y transportes internacionales, y los miedos de las instituciones europeas a una posible fragmentación del mercado interior del transporte por carretera, a nuestro juicio tales medidas son contrarias a las normas europeas sobre discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 ss TFUE), al espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. 67 ss TFUE), y a las libertades comunitarias consagradas en los art. 45 ss TFUE (todas ellas normas, derechos y libertades recogidas y potenciadas hoy en el Tratado de Lisboa), y al art. 8 del Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales aplicable a los contratos individuales de trabajo.

No obstante, advertido lo anterior, las instituciones de la UE deben tomar una actitud activa y promover una solución que evite la fragmentación del mercado interior del transporte por carretera, que garantice los derechos socio-laborales de los trabajadores móviles⁴⁷, y que haga prevalecer el Derecho europeo y el interés común sobre los intereses particulares de los Estados miembros que como Alemania o Francia ya han aprobado medidas jurídicas unilaterales para aplicar el mínimo salarial estatal y demás condiciones laborales en la ejecución de transportes de cabotaje e internacionales, como la *Loi Macron* francesa⁴⁸,

⁴⁶ Vid. A.P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2013, p. 626.

⁴⁷ Sobre el régimen jurídico laboral en la UE, entre otros: E. Alonso Pelegrín, C. García Fernández, B. Jerez del Castillo, M. Ribes Boigues y J. Rodríguez Medal, *Estudio comparado (UE-28) sobre el régimen jurídico-laboral del transporte por carretera*, Madrid, Fundación Francisco Corell, 2014.

⁴⁸ *Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561& categorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561&categorieLien=id).

situación que beneficia única y exclusivamente a los transportistas nacionales de dichos países al ver reducida su competencia empresarial.

La *Loi Macron* francesa viene a recoger, entre otras cuestiones, en su capítulo segundo dedicado al Derecho del trabajo, sección quinta titulada “*Lutte contre la prestation de services internationale illégale*”, algunos artículos dedicados a la lucha contra la prestación ilegal de servicios internacionales donde quedan incardinados los servicios de transporte por carretera, medidas que pretenden aplicarse como advertimos tanto a los transportes de cabotaje como a los transportes internacionales.

De esta manera los arts. 279, 280, 281, 282, 283, 284 y 285 de la *Loi Macron* vienen a regular entre otras cuestiones las sanciones económicas previstas en estos casos que pueden llegar hasta la cantidad de 500.000 euros, cuestiones sobre el cumplimiento del salario mínimo francés por el empresario establecido fuera de Francia y aplicable a la citada tipología de transportes por carretera, cuestiones sobre el descanso semanal, tiempos de conducción y descanso, la imposibilidad de realizar los tiempos de descanso en la litera del vehículo, la posibilidad de accionar, denunciar y sancionar no solo al empresario transportista sino que también al cliente de éste, la obligatoriedad de expedir al profesional un certificado de la empresa (en este caso de transporte) que refleje las condiciones laborales de ese trabajador, y otras cuestiones de inspección.

La modificación de la cuantía del código de trabajo francés desde los 10.000 € hasta los 500.000 € como límite máximo de la sanción por el incumplimiento de lo exigido por ley sobre la condiciones socio-laborales puede observarse en el art. 279⁴⁹.

En relación a las cuestiones sobre el cumplimiento del salario mínimo francés por el empresario establecido fuera de Francia y aplicable a la citada tipología de transportes por carretera, cuestiones sobre el descanso semanal, tiempos de conducción y descanso, la imposibilidad de realizar los tiempos de descanso en la litera del vehículo, la posibilidad de accionar, denunciar y sancionar no solo al empresario transportista sino que también al cliente de éste vienen recogidas en el art. 280⁵⁰.

⁴⁹ À la fin de la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 1264-3 du code du travail, le montant: « 10 000 € » est remplacé par le montant : « 500 000 € ».

⁵⁰ I. – Le chapitre III du titre VI du livre II de la première partie du même code est complété par des articles L. 1263-3 à L. 1263-7 ainsi rédigés : « Art. L. 1263-3. – Lorsqu'un agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné aux articles L. 8112-1 ou L. 8112-5 constate un manquement grave, commis par un employeur établi hors de France qui détache des salariés sur le territoire national, à l'article L. 3231-2 relatif au salaire minimum de croissance, à l'article L. 3131-1 relatif au repos quotidien, à l'article L. 3132-2 relatif au repos hebdomadaire, à l'article L. 3121-34 relatif à la durée quotidienne maximale de travail ou à l'article L. 3121-35 relatif à la durée hebdomadaire maximale de

travail, constate un manquement de l'employeur ou de son représentant à l'obligation mentionnée à l'article L. 1263-7 en vue du contrôle du respect des dispositions des articles L. 3231-2, L. 3131-1, L. 3132-2, L. 3121-34 et L. 3121-35 du présent code ou constate des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine sanctionnées à l'article 225-14 du code pénal, il enjoint par écrit à cet employeur de faire cesser la situation dans un délai fixé par décret en Conseil d'État. Il en informe, dans les plus brefs délais, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre de l'employeur concerné. « Le fait pour l'employeur d'avoir communiqué à l'agent de contrôle des informations délibérément erronées constitue un manquement grave au sens du premier alinéa. » Art. L. 1263-4. – À défaut de régularisation par l'employeur de la situation constatée dans le délai mentionné à l'article L. 1263-3, l'autorité administrative compétente peut, dès lors qu'elle a connaissance d'un rapport d'un agent de contrôle de l'inspection du travail constatant le manquement et eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés, ordonner, par décision motivée, la suspension par l'employeur de la réalisation de la prestation de services concernée pour une durée ne pouvant excéder un mois. « L'autorité administrative met fin à la mesure dès que l'employeur justifie de la cessation du manquement constaté. » Art. L. 1263-5. – La décision de suspension de la prestation de services prononcée par l'autorité administrative n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire pour les salariés concernés. » Art. L. 1263-6. – Le fait pour l'employeur de ne pas respecter la décision administrative mentionnée à l'article L. 1263-4 est passible d'une amende administrative, qui est prononcée par l'autorité administrative compétente, sur le rapport motivé d'un agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné aux articles L. 8112-1 ou L. 8112-5. « Pour fixer le montant de l'amende, l'autorité administrative prend en compte les circonstances et la gravité du manquement, le comportement de son auteur ainsi que ses ressources et ses charges. L'amende est inférieure ou égale à 10 000 € par salarié concerné par le manquement. » Le délai de prescription de l'action de l'administration pour la sanction du manquement par une amende administrative est de deux années révolues à compter du jour où le manquement a été commis. « L'amende est recouvrée comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. » Art. L. 1263-7. – L'employeur détachant temporairement des salariés sur le territoire national, ou son représentant mentionné au II de l'article L. 1262-2-I, présente sur le lieu de réalisation de la prestation à l'inspection du travail des documents traduits en langue française permettant de vérifier le respect des dispositions du présent titre. » II. – Le chapitre II du même titre VI est ainsi modifié : 1° La première phrase du premier alinéa de l'article L. 1262-3 est ainsi rédigée : « Un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu'il exerce, dans l'État dans lequel il est établi, des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue. » ; 2° Le 8° de l'article L. 1262-4 est complété par les mots : «, ainsi que les accessoires de salaire légalement ou conventionnellement fixés » ; 3° L'article L. 1262-4-1 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « À défaut de s'être fait remettre par son cocontractant une copie de la déclaration mentionnée au I de l'article L. 1262-2-I, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre adresse, dans les quarante-huit heures suivant le début du détachement, une déclaration à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation. Un décret détermine les informations que comporte cette déclaration. » ; 4° Après l'article L. 1262-4-2, il est inséré un article L. 1262-4-3 ainsi rédigé : « Art. L. 1262-4-3. – Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit par l'un des agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-1-2 du non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou conventionnel dû au salarié, détaché au sens de l'article L. 1261-3, par son cocontractant, par un sous-traitant direct ou indirect ou par un cocontractant d'un sous-traitant, enjoint aussitôt, par écrit, à ce sous-traitant ou à ce cocontractant, ainsi qu'au donneur d'ordre immédiat de ce dernier, de faire cesser sans délai cette situation. » À défaut de régularisation de la situation signalée dans un délai fixé par décret, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, s'il ne dénonce pas le contrat de prestation de service, est tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. « Le présent article ne s'applique pas au particulier qui contracte avec une entreprise pour son usage personnel, celui de son conjoint, de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité, de son concubin

Desde luego este tipo de preceptos contienen y regulan cuestiones de todo tipo, desde administrativas, laborales, civiles hasta cuestiones penales. En este sentido cabe subrayar un posicionamiento doctrinal francés en efervescencia que viene a calificar el incumplimiento de este tipo de cuestiones como “*Le risque pénal en droit du transport*”⁵¹. A nuestro juicio constituye un desatino y un desacierto englobar en un mismo contexto situaciones claramente diferenciadas tal y como hemos expresado en las precedentes reflexiones, aglomerado de situaciones que lo único que fomenta es la des Unión Europea y la más absoluta inseguridad jurídica.

En efecto, son cuestiones muy dispares y muy diversas que no pueden tratarse conjuntamente en un precepto de una ley que modifica una serie de códigos de diversas ramas o disciplinas del Derecho. Es decir, se pueden y se deben tratar entre otras cuestiones, pero separadamente, el trabajo ilegal, la precariedad laboral, los tiempos de conducción y descanso, los certificados empresariales, las sanciones e inspecciones administrativas, los salarios mínimos, y la dignidad humana en el trabajo, lo que no puede hacerse es advertir en un *maremagnum* de modificaciones normativas tal y como indica el art. 280 de la ley referida, entre otras cuestiones, que se modifica el art. 225-14 del *Code pénal* francés en los siguientes términos,

“*Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende*”.

ou de ses ascendants ou descendants. »; 5° L'article L. 1262-5 est ainsi modifié : a) Au 5°, les mots : « sont effectuées les vérifications » sont remplacés par les mots : « sont satisfaites les obligations »; b) Il est ajouté un 7° ainsi rédigé : « 7° Les conditions d'application de l'article L. 1263-7, notamment la nature des documents devant être traduits en langue française et leurs modalités de conservation sur le territoire national. » III. – Le chapitre IV du même titre VI est ainsi modifié : 1° À l'article L. 1264-1, après la référence : « L. 1262-2-1 », est insérée la référence : « ou à l'article L. 1263-7 »; 2° À l'article L. 1264-2, les mots : « de vérification » sont supprimés. IV. – La section 1 du chapitre III du titre Ier du livre Ier de la huitième partie du même code est ainsi modifiée 1° L'intitulé est complété par les mots : « et dans les locaux affectés à l'hébergement »; 2° Il est ajouté un article L. 8113-2-1 ainsi rédigé : « Art. L. 8113-2-1. – Pour l'application des articles L. 4221-1 et L. 4231-1 et du 1° de l'article L. 8112-2 du présent code et de l'article L. 716-1 du code rural et de la pêche maritime, les agents de contrôle de l'inspection du travail peuvent pénétrer dans tout local affecté à l'hébergement de travailleurs, après avoir reçu l'autorisation de la ou des personnes qui l'occupent. » V. – Après le premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Dès lors que ce local est affecté à l'hébergement de travailleurs, cette déclaration est également faite auprès de l'inspection du travail du lieu où est situé ce local. » VI. – Après le 3° de l'article L. 114-12-1 du code de la sécurité sociale, il est inséré un 4° ainsi rédigé : « 4° Les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail.

⁵¹ Entre otros autores, puede verse: C. Robaczewski, “Le risque pénal en Droit du transport; L'application du droit pénal du travail dans l'entreprise de transport”, en L. Peru-Pirrotte, B. Dupont-Legrand y C. Landsweerd (dirs.), *Le droit du transport dans tous ses états...*, op. cit., pp. 287-303.

Claro está, preceptos de este tipo permiten actuar a las autoridades francesas frente a generalmente transportistas europeos pero no franceses en ejecución de servicios de cabotaje o internacionales en territorio francés, y asemejar como condición de trabajo o alojamiento incompatible con la dignidad humana, castigado con pena de prisión de hasta cinco años y multa de 150.000 €, por ejemplo situaciones en las que el conductor del vehículo descansa en la litera de la cabina del camión en un *restop* de la autopistas francesas.

2. Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Directiva 96/71/CE y los Reglamentos 1071 y 1072 del año 2009: especial mención a los contratos individuales de trabajo

En materia de ley aplicable al contrato individual de trabajo en relación al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios de transporte por carretera la primera referencia debe realizarse a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva 2014/67/UE⁵². Dicho esto, en aquellos supuestos en los que no se realicen transportes propiamente nacionales en los términos expresados con anterioridad y no regulados en el art. 1 sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE que viene a condicionar su aplicación a una de las siguientes medidas transnacionales:

“a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el período de desplazamiento”.

será aplicable el Reglamento Roma I. Nos estamos refiriendo concretamente a los transportes de cabotaje y a los transportes internacionales, servicios de transporte que a nuestro juicio no suponen un desplazamiento en el sentido de la Directiva 96/71/CE, y en consecuencia quedan regulados por el art. 8 del citado Reglamento Roma I.

⁵² U. Belintxon Martin, “Derecho internacional privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuadernos de Dererecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, marzo 2016, pp. 17–35.

El Reglamento Roma I, sustituye al antiguo Convenio de Roma de 1980⁵³, y en ausencia de Convenio internacional aplicable o normativa específica entra en juego para regular los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales⁵⁴. La inaplicación de las normas contenidas en el Reglamento Roma I cuando existe Convenio internacional en vigor queda recogida en su art. 25 al concretar que⁵⁵,

“1) El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

Esta disposición garantiza la aplicación de las normas contenidas en los convenios internacionales especiales elaboradas particularmente para un sector determinado de la contratación internacional. Una regla que ostenta un carácter más riguroso que la contenida en el art. 21 del Convenio de Roma de 1980, que señalaba tanto a normas convencionales internacionales que ya formasen parte del ordenamiento de los Estados como a aquellas otras que en un futuro pudiesen ser ratificadas por dichos Estados⁵⁶, permitiendo de esta manera un marco mucho más abierto que el delimitado de forma temporal por la redacción del Reglamento Roma I⁵⁷.

Es decir, el Reglamento Roma I aborda los posibles compromisos Convencionales futuros en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales por los Estados de la UE, advirtiendo de que dichos compromisos deberán necesariamente respetar las reglas consagradas en el Reglamento Roma I en consonancia con lo establecido en el Tratado de Lisboa. El Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 julio 2008 (Reglamento Roma I) es sin duda la fuente más importante para la

⁵³ El Reglamento 593/2008 regula mediante su art. 24 su relación con el Convenio de Roma al disponer que: 1) El presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del art. 299 del Tratado.

⁵⁴ Sobre el Convenio de Roma, puede verse entre otras las consideraciones realizadas por W. Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime: the Rome Convention 1980*, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 59 ss.

⁵⁵ Sobre la aplicación prioritaria de los Convenios internacionales en vigor en materia de transporte internacional, entre otros, A. Hernández, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 1, Marzo 2011, pp. 179–194.

⁵⁶ P. Ivaldi, *Diritto Uniforme dei trasporti e Diritto internazionale privato*, Milan, Guiffirè, 1990, pp. 1–45, alude a la necesidad de superar el conflicto de leyes en materia de transporte en su relación con los Convenios Internacionales de Derecho uniforme. Cuestión totalmente extrapolable sobre este singular sector del transporte internacional por carretera y la confluencia normativa existente.

⁵⁷ J.J. Álvarez Rubio, *Derecho Marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53 ss.

determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁸. Un Reglamento revestido de eficacia *erga omnes* o *universal* que viene a desplazar las normas autónomas Derecho internacional privado aplicables a este tipo de obligaciones (el Código Civil en nuestro ordenamiento jurídico)⁵⁹.

Dicho esto, la primera pauta a seguir en la UE en materia de ley aplicable a los contratos individuales de trabajo ante la ausencia de Convenio internacional o norma especial que regule tal materia para la determinación de la ley aplicable a una concreta controversia internacional que haya podido suscitarse será analizar la existencia de cláusula de elección de ley o pacto vigente entre las partes. Así lo recoge el Reglamento Roma I en su art. 3 cuando se refiere a la libertad de elección de ley para regir el contrato entre las partes, como máximo exponente del grado de autonomía de la voluntad que se confiere a las partes en ese intento de las instituciones europeas de constituir un sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales que pivote sobre la libertad de elección⁶⁰. Sistema que queda matizado o limitado en el ámbito de los contratos individuales de trabajo.

De esta manera el art. 3.1º del Reglamento Roma I dispone que,

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Y sin embargo, el art. 8.1º del propio Reglamento Roma I viene a disponer que,

“1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el art. 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”.

En efecto, la elección de ley realizada por las partes en materia de contrato individual de trabajo para regular cualquier controversia que pueda suscitarse deberá ser respetuosa y no podrá privar al trabajador de la protección que le brin-

⁵⁸ Sobre este particular entre otros: P.A. De Miguel Asensio, “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, en *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, nº 29, septiembre de 2011, pp. 67–89.

⁵⁹ Sobre ello: M. Guzmán Zapater, “El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil*, nº 2, 2009, pp. 2257–2286.

⁶⁰ Puede verse entre otros: J. Carrascosa González, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, nº 7847, de 27 abril 2012.

dan las disposiciones que no pueden excluirse mediante pacto de ley y que a falta de dicha elección se hubieren aplicado según los aps. 2, 3 y 4 del propio art. 8.

Esté art. 8 es un exponente de lo que denominamos autonomía de la voluntad de las partes, limitado eso sí en relación al art. 3 del propio Reglamento Roma I⁶¹. Cabe resaltar que por norma general los trabajadores y profesionales del sector del transporte por carretera desconocen la posibilidad de proyectar sobre el contrato de trabajo este tipo de condiciones de la relación contractual. En efecto, hasta la fecha es totalmente atípico que se establezcan en contrato de trabajo en el sector del transporte de mercancías y viajeros por carretera este tipo de estipulaciones, ni ninguna cláusula de elección de ley.

Por otro lado, ante la ausencia de elección de ley aplicable, el sistema diseñado por el Reglamento Roma I contempla en su art. 8.2º una regla específica destinada a los contratos individuales de trabajo, conforme a la cual el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Matizando, muy acertadamente, en última instancia que no se considerará que el trabajador cambia el país de realización habitual del trabajo cuando éste realice con carácter temporal su trabajo en otro país, como por ejemplo advertiría un servicio de transporte internacional o un servicio de transporte de cabotaje⁶².

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la UE, en su sentencia de 15 marzo 2001, as. C-29/10: *Koelzsch*⁶³, realiza una interpretación integradora, clara y precisa de los extremos del art. 6.2º.a del antiguo Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales, totalmente extrapolable al art. 8.2º del actual Reglamento Roma I al declarar en su fallo que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que,

“(…) en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario”.

Dicho lo anterior y para los casos en los que ni la autonomía de la voluntad de las partes se ha puesto en juego (art. 8.1º), ni la ley aplicable al contrato indivi-

⁶¹ C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno, *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 615-618.

⁶² El art. 8.2º viene a disponer que: 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

⁶³ STJUE 15 marzo 2011, as. C-29/10: *Heiko Koelzsch vs. État du Grand-Duché de Luxembourg*.

dual de trabajo sea determinable (art. 8.2º), a modo de cláusula de cierre el art. 8.3º dispone que la ley aplicable al contrato será la del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador⁶⁴.

Nuevamente el Tribunal de Justicia de la UE vuelve a posicionarse sobre el art. 6.2º del Convenio de Roma de 1980 e interpreta que debe entenderse por el concepto de “establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador” en su sentencia de 15 diciembre 2011, as. C-384/10: *Voogsgeerd*⁶⁵, al recoger en el segundo párrafo de su segunda declaración del fallo que,

“(…) debe entenderse que el concepto ‘establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador’ se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel que está vinculado por su ocupación efectiva”.

Por último, cabe subrayar que para aquellos casos en los que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el contrato, a falta de elección de ley aplicable, presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en el citado art. 8.2º y 8.3º, y a modo de cláusula de escape, se aplicará la ley de ese otro país⁶⁶.

Así lo indica el art. 8.4º al establecer concretamente que,

“Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

En cuanto al Reglamento 1072/2009 cabe advertir que proyecta sus normas más allá de la regulación de los transportes de cabotaje, y engloba también los transportes internacionales ejecutados en el seno de la UE al fijar mediante su ámbito de aplicación de forma amplia que regulará todos aquellos transportes internacionales por cuenta ajena para aquellos trayectos que se efectúen dentro de la UE.

La calificación de transporte de cabotaje exige ser aclarada mediante un debate doctrinal sobre su clasificación como modalidad de transporte internacional, o como vertiente del transporte nacional. Un debate abierto, sin dilucidar, y al que debiera darse una respuesta acorde con la necesidad de seguridad jurídica que demanda el sector⁶⁷.

⁶⁴ Entre otros sobre las obligaciones contractuales y el Reglamento Roma I: F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, nº 6957, 30 mayo 2008.

⁶⁵ STJUE 15 diciembre 2011, as. C-384/10: *Jan Voogsgeerd / Navimer SA*.

⁶⁶ Vid. el Informe relativo al Convenio elaborado por M. Giullano y P. Lagarde, “Informe sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO, nº 327 de 11.12.1992, pp. 14 ss.

⁶⁷ Entre otros sobre este particular y en relación al contrato de transporte, C. Legros, *loc. cit.*, nota 2, pp. 13 ss.

El Reglamento recoge un precepto genérico referente al cabotaje en el cual se especifican las condiciones para autorizar transportes de cabotaje en la UE. Condiciones entre las que se aprecian limitaciones cuantitativas y temporales, y que permiten plantearse y valorar el grado de libertad contractual existente para la contratación y realización de un servicio de transporte en un mercado común sin obstáculos interiores. La norma europea hace referencia a exigencias previas a la realización de un transporte de cabotaje (como la justificación de un previo transporte internacional, y a la ejecución como máximo de tres transportes de cabotaje con el mismo vehículo que realizó el transporte internacional en un plazo de siete días a partir de la descarga de las mercancías de ese transporte previo), que actúan en forma de barrera al libre comercio internacional intra-europeo⁶⁸.

En efecto, la inseguridad jurídica que propicia la divergente interpretación de las múltiples normas existentes en esta materia contractual, produce en los operadores del sector que intervienen en el tráfico diario de mercancías una desconfianza que frena su acceso a la oferta y a la contratación internacional, implicando todo ello un obstáculo para la expansión internacional intra-europea de esta particular actividad comercial.

Cabe subrayar que en la actualidad no podemos clasificar el transporte de cabotaje dentro de la UE, como un transporte puramente internacional, es decir aquel desplazamiento con carga de un vehículo cuando el punto de partida y el punto de destino se encuentren en dos Estados miembros distintos, con o sin tránsito por uno o más Estados miembros, o terceros países; o los desplazamientos con carga de un vehículo con punto de partida en un Estado miembro y destino en un tercer país o viceversa, con o sin tránsito por uno o por más Estados miembros o terceros países; o los desplazamientos con carga de un vehículo entre terceros países, que atraviesan en tránsito el territorio de uno o más Estados miembros; o incluso aquel desplazamiento de vacío (sin carga) en relación con las dos primeras vertientes de los transportes anteriormente definidos⁶⁹.

No obstante, tampoco cabe definirlos como aquellos transportes puramente nacionales dedicados al transporte de mercancías interno y ejecutados por transportistas autóctonos del lugar de ejecución. Las normas europeas los definen como aquellos transportes nacionales por cuenta ajena llevados a cabo con carácter temporal en un Estado miembro de acogida (en el sentido de un Estado miembro en el que opera un transportista, distinto del Estado miembro de esta-

⁶⁸ Vid. en este aspecto, C. Agoués Mendizabal, *loc. cit.*, nota 18, pp. 51–59.

⁶⁹ U. Belintxon Martin, “La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de internacionalidad”, *Revista de Derecho del Transporte*, n° 16, 2015, pp. 141–166.

blecimiento del transportista), de conformidad con el viejo y derogado Reglamento (CE) nº 3118/93 y el actual Reglamento 1072/2009.

En nuestra opinión, la definición dada por las normas europeas no es del todo acertada, entendiendo que el transporte de cabotaje se compone de ciertos elementos de internacionalidad que lo identifican claramente del transporte puramente nacional, y en consecuencia demanda de un trato jurídico diferenciado. Es decir, el transporte de cabotaje debe calificarse como internacional según criterios de la localización de las partes intervinientes en el contrato con independencia del lugar de origen y destino del transporte ejecutado al tratarse de una prestación de servicios que requiere de un desplazamiento transfronterizo inicial.

El Reglamento 1072/2009 sobre transporte internacional de mercancías por carretera dispone de un precepto general dedicado al cabotaje, recogido en su art. 8⁷⁰, donde básicamente se especifican las condiciones para autorizar los

⁷⁰ 1) Todo transportista de mercancías por carretera por cuenta ajena que sea titular de una licencia comunitaria y cuyo conductor, si es nacional de un tercer país, esté provisto de un certificado de conductor, estará autorizado, en las condiciones que se establecen en el presente capítulo, para efectuar transportes de cabotaje. 2) Una vez entregadas las mercancías transportadas en el curso de un transporte internacional entrante, los transportistas de mercancías por carretera contemplados en el apartado 1 estarán autorizados a realizar, con el mismo vehículo o, si se trata de un vehículo articulado, el vehículo de tracción de dicho vehículo, hasta tres transportes de cabotaje consecutivos a un transporte internacional procedente de otro Estado miembro o de un tercer país y con destino al Estado miembro de acogida. La última descarga en el curso de un transporte de cabotaje previa a la salida del Estado miembro de acogida deberá tener lugar en el plazo de siete días a partir de la última descarga en el Estado miembro de acogida en el curso del transporte internacional entrante. En el plazo mencionado en el párrafo primero, los transportistas podrán realizar alguno o todos los transportes de cabotaje permitidos en dicho párrafo en cualquier Estado miembro con la condición de que se limiten a un transporte de cabotaje por Estado miembro en los tres días siguientes a la entrada en vacío en el territorio de dicho Estado miembro. 3) Los servicios nacionales de transporte de mercancías por carretera efectuados en el Estado miembro de acogida por un transportista no residente solo se considerarán conformes con el presente Reglamento si el transportista puede acreditar fehacientemente haber realizado el transporte internacional entrante, así como cada uno de los transportes consecutivos de cabotaje llevados a cabo. Las pruebas a que se refiere el párrafo primero incluirán los siguientes datos relativos a cada operación: a) nombre, dirección y firma del expedidor; b) nombre, dirección y firma del transportista; c) nombre y dirección del consignatario, así como su firma en la fecha de entrega, una vez entregadas las mercancías; d) fecha y lugar de la recogida de mercancías y lugar designado para la entrega; e) descripción común de la naturaleza de las mercancías del método de embalaje y, en el caso de mercancías peligrosas, su descripción generalmente reconocida, así como el número de bultos y sus marcas y números especiales; f) peso bruto de las mercancías o su cantidad expresada de alguna otra manera; g) números de matrícula del vehículo de tracción y del remolque. 4) No se exigirá ningún documento adicional para probar que se han cumplido las condiciones establecidas en el presente artículo. 5) Cualquier transportista habilitado en el Estado miembro de establecimiento, de conformidad con la legislación de dicho Estado, para efectuar los transportes de mercancías por carretera por cuenta ajena especificados en el art. 1, apartado 5, letras a), b) y c), estará autorizado, en las condiciones establecidas en el presente capítulo, para efectuar, según los casos, transportes de cabotaje del mismo tipo o transportes de cabotaje con vehículos de la misma categoría. 6) La autorización para los transportes de cabotaje, en el marco de los transportes contemplados en el art. 1, apartado 5, letras d) y e), no estará sometida a restricción alguna.

transportes de cabotaje en el seno de la UE. Condiciones entre las cuales podemos identificar ciertas limitaciones cuantitativas y temporales a tal ejecución de servicios de transporte, y ciertas limitaciones que tienen sus consecuencias también en la esfera privada internacional de los transportes puramente internacionales.

En efecto, cabe analizar el precepto general regulado en su cardinal 8 resaltando con detenimiento dos detalles de suma importancia, no solo para el transporte denominado de cabotaje, sino que también para el transporte puramente internacional. Así, los epígrafes 2 y 3 del mencionado precepto entran de lleno a regular los condicionantes exigibles a un transportista internacional para la realización, por un lado, de un transporte de cabotaje, y por otro, de un transporte internacional de mercancías por carretera.

En el primero de los mencionados epígrafes se observa que el legislador europeo se ha cuidado por indicación de los Estados miembros de la UE de condicionar la realización de un transporte de cabotaje de mercancías por carretera, a la existencia previa de un transporte internacional entrante de mercancías por carretera en el Estado parte de la UE donde se procederá posteriormente a ejecutar un transporte de cabotaje. De esta manera, queda reducida o limitada la libre circulación y la libre prestación de servicios garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷¹.

Es decir, el transportista de mercancías por carretera nacional e internacional que sea contratado por libre voluntad de las partes para la ejecución de un transporte de cabotaje en un Estado miembro en el cual no es residente deberá en primer lugar, haber realizado un transporte internacional de mercancías por carretera previo con punto de destino en el mismo Estado parte en el que inmediatamente después ejecutará un transporte de cabotaje por carretera. Y además, este segundo transporte (el de cabotaje) deberá ser ejecutado con el mismo vehículo que realizó el transporte internacional, y como máximo podrán realizarse tres transportes de cabotaje consecutivos al previo transporte internacional, en un plazo máximo de siete días a partir de la descarga de las mercancías realizadas en el curso del transporte internacional previo, como entrante en el Estado miembro de acogida para la ejecución de los servicios de cabotaje⁷².

El transportista nacional se está encontrando con grandes divergencias en cuanto a la aplicación e interpretación de dichos Reglamentos europeos en su

⁷¹ Un Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que además de regular las cuatro libertades mencionadas en sus arts. 28 a 66, como antes advertimos, recoge en su capítulo VI los arts. 90 a 100 sobre transportes.

⁷² En este sentido puede verse U. Belintxon Martín, "Derecho europeo, Derecho de la competencia y Derecho internacional privado: algunas cuestiones de transporte y competencia relativas a los observatorios de costes de carácter público, *Revista Vasca de Administracion Pública*, nº 103, Septiembre-Diciembre, 2015, pp. 63 ss.

actividad internacional europea, dependiendo del Estado miembro de destino del transporte de mercancías. Además de ello, cada Estado parte de la UE ha desarrollado a su antojo las vagas disposiciones y conceptos jurídicos indeterminados de los que hace gala la norma europea. Si acudimos al Derecho comparado, es especialmente llamativo el desarrollo legislativo y reglamentario que concienzudamente ha desarrollado Francia en este especial sector del transporte internacional de mercancías por carretera.

El Gobierno francés ha justificado tal abrumadora actividad legislativa y reglamentaria mediante su Ministerio de Ecología, Energía, Desarrollo Sostenible y del Mar, donde queda incardinado el transporte, haciendo una referencia constante a que Francia es el núcleo central de la redes europeas de transporte de mercancías. Por ello han interpretado que el Reglamento 1072/2009 debe ser desarrollado internamente—y así lo ha hecho— con la finalidad de proteger y garantizar la viabilidad de las cerca de 40.000 empresas de transporte de mercancías por carretera francesas.

Esto, ha propiciado un marco jurídico mucho más estricto que el genérico contenido en las disposiciones europeas para la realización y ejecución de las actividades de cabotaje realizadas por empresas domiciliadas en otros Estados miembros, reforzando los controles, y muy especialmente las sanciones en materia penal y administrativa por incumplimiento de la normativa europea y nacional francesa⁷³.

En segundo lugar, se indica que tales transportes de cabotaje (hasta un máximo de tres) deberán ejecutarse en un período máximo de siete días una vez finalizado el previo transporte de mercancías por carretera de características internacionales, debiéndose llevar a cabo por el mismo vehículo.

Además de ello, la realización de tales operaciones de transporte queda supeeditada a que el transportista pueda demostrar ante cualquier control por parte de las autoridades, que el previo transporte internacional de mercancías por carretera está correctamente acreditado de manera documental. Si esto no fuere así, en Francia, el transportista o porteador puede verse abocado a una sanción de 15.000 euros, además de la inmediata inmovilización del vehículo. Sanción que puede transformarse para los transportistas no residentes en la UE, en un delito penal castigado con pena de prisión de hasta un año.

⁷³ *Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, adoptada por l'Assemblée nationale et le Sénat, par la Décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009. Y por el Décrets del Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer, en charge des technologies vertes et de négociations sur le climat, Décret n° 2010-389 du 19 avril 2010 relatif au cabotage dans les transports routiers et fluviaux.* www.legifrance.gouv.fr.

La finalidad de este exhaustivo marco de control jurídico–administrativo, a nuestro juicio tiene un claro objetivo, evitar que un transportista o porteador no nacional francés, o con ubicación o establecimiento abierto a todos los efectos (civiles, mercantiles, penales, administrativos), en otro Estado miembro de la UE pueda ejecutar de manera permanente servicios de transporte de mercancías en territorio francés, y en consecuencia forzar que un transportista fije o se establezca en Francia, poseyendo una licencia comunitaria expedida por las autoridades francesas cuando ejerce su actividad en territorio francés: a) una actividad de transporte interior de forma habitual, continuada o regular; b) una actividad realizada a partir de locales e infraestructuras situadas en territorio francés, actividad en cuyo ejercicio participa de forma permanente y continuada.

En efecto, la pretensión de esta norma es clara, mantener un control de los transportes en su modalidad carretera por parte de cada Estado miembro de la UE en sus propias fronteras, condicionando la libre prestación de servicios, y sometiendo la actividad de transporte en su vertiente no internacional a los requisitos de establecimiento, licencias y matriculación de vehículos que imponga el Estado miembro en el que el transportista profesional desea desarrollar su actividad comercial.

De esta manera cabe concluir que el operador jurídico y el operador empresarial de transporte por carretera se encuentran en el seno de la UE ante un problema de calificación frente a normas como la contenida en el Reglamento 1072/2009, por lo que cabe plantearse si los conceptos dogmáticos y doctrinales de nuestra disciplina de Derecho internacional privado recogidos en el art. 12 Cc brindan una respuesta efectiva a dicha cuestión, o si por el contrario le correspondería al Derecho de la UE sugerir una solución determinante y definitiva en este aspecto que pueda garantizar la seguridad jurídica y evitar las medidas jurídicas unilaterales que afectan al sector del transporte y a las condiciones socio–laborales de los profesionales del sector, que desconocen el régimen legal aplicable a su contrato laboral ante la diversidad de transportes realizables en el seno de la UE.

En definitiva, en aplicación del art. 8.2º RR I en ausencia de acuerdo de elección de ley por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Y además, expresamente el artículo señala que no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país, por lo tanto visto el límite en el sector del transporte de mercancías por carretera de los transportes de cabotaje a un tope cuantitativo máximo y a un límite temporal (tres transportes de cabotaje como máximo en el plazo de una semana tras la realización del transporte internacional previo de entrada al Estado miembro de acogida), el país

de realización habitual del trabajo no es el Estado de acogida del servicio de cabotaje, como pretenden países como Francia, Alemania o Reino Unido, sino su Estado de partida.

IV. Conclusiones finales

El sector del transporte por carretera europeo requiere definitivamente que las instituciones europeas y la UE abandonen una actitud de inacción legislativa encadenada en el tiempo, postura que está permitiendo un estado de inseguridad jurídica mercantil y laboral en un mercado afectado por la agravante discrecionalidad interpretativa de los Estados miembros que en ocasiones se permiten incluso aprobar medidas jurídicas unilaterales con incidencia directa sobre el grado de apertura del mercado europeo.

Además, es necesaria una actividad normativa presurosa de la UE con la finalidad de evitar la fragmentación del mercado interior del transporte por carretera, un sector caracterizado tradicionalmente por una gran movilidad de la mano de obra y una importante actividad transfronteriza. De igual forma, debe afrontarse y modificarse la anacrónica calificación de los distintos tipos de transporte por carretera realizables en el seno de la UE, con la finalidad de evitar interesados debates como el expuesto en esta reflexión sobre la existencia o no de dumping social en la ejecución de los transportes de cabotaje e internacionales en Estados miembros de acogida distintos del Estado de origen del empresario transportista.

De igual forma, es necesario simplificar y clarificar los Reglamentos europeos relativos al ejercicio de la profesión de transportista por carretera para facilitar una aplicación uniforme desinteresada. Cabe también elaborar un paquete normativo sobre cuestiones socio-laborales aplicables al sector del transporte por carretera para evitar el desconocimiento, la incertidumbre, o la desarmonización en la aplicación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo cuando existan Directivas que tras su trasposición pudieren afectar a un sector determinado con ocasión de un desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Por otro lado, se requiere una mayor integración política, social, económica y jurídica de la UE con la finalidad de reducir exponencialmente la amenaza constante y continua de una fragmentación o un proceso de des-Unión Europea. En este sentido, es necesario reducir de forma progresiva las diferencias en los salarios mediante la equiparación de los costes de la mano de obra y otro tipo de elementos de retribución en el sector del transporte por carretera europeo. Un salario mínimo europeo para el sector del transporte por carretera y una mayor

armonización fiscal serían algunas de las medidas necesarias para conseguir tales objetivos.

Las condiciones de trabajo del sector del transporte por carretera son especialmente duras, y esto hace de este sector algo poco atractivo para el demandante de empleo. En definitiva, falta gente cualificada y relevo generacional. Todo ello requiere definitivamente una política común de transportes clara y precisa en la UE que garantice intereses públicos como la movilidad de las personas, la libre circulación de mercancías, la seguridad vial, la seguridad en el empleo, y una actividad comercial en condiciones dignas.

Finalmente, cabe reiterar que la libre prestación de servicios, en este caso de transporte por carretera, constituye uno de los principios fundamentales de la política común de transportes, y su buen funcionamiento exige que todos los transportistas europeos sean tratados por todos los Estados miembros de la UE sin atisbo de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de su establecimiento empresarial.

Bibliografía

- Agoués Mendizabal, C.: “La intervención administrativa en el transporte por carretera”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 7, 2011, pp. 51–59.
- Alonso Pelegrín, E., García Fernández, C., Jerez del Castillo, B., Ribes Boigues, M. y Rodríguez Medal, J.: *Estudio comparado (UE–28) sobre el régimen jurídico-laboral del transporte por carretera*, Madrid, Fundación Francisco Corell, 2014.
- Álvarez Rubio, J.J.: *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitoria–Gasteiz, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000.
- : *Las lecciones jurídicas del Caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp.13–32.
- : *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992 de 1 de julio, de Derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.
- Belintxon Martin, U.: “Derecho europeo, Derecho de la competencia y Derecho internacional privado: algunas cuestiones de transporte y competencia relativas a los observatorios de costes de carácter público”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 103, Septiembre–Diciembre 2015, pp. 63 ss.
- : “Derecho internacional privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, marzo 2016, pp. 17–35.
- : “La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de internacionalidad”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 16, 2015, pp. 141–166.
- : “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional por carretera: divergencias y efecto distorsionador”, M.V. Petit Lavall, F. Martínez Sanz y A. Re-

- calde Castells (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15–20.
- Bon Garcin, I., Bernadet, M. y Reinhard, Y.: *Droit des transports*, París, Dalloz, 2010.
- Borrás, A.: “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285–318.
- Calvo Caravaca, A.L.: “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49–69.
- Carrascosa González, J.: “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La Ley*, nº 7847, de 27 abril 2012.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, nº 29, septiembre de 2011, pp. 67–89.
- : “Integración Europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº 2, pp. 413–445.
- : “La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, nº 1, 1998, pp. 373–376.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. y Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Fernández Farreres, G.: “Transportes y competencia”, en G. Fernández Farreres, coord., *Transportes y competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- Fernandez Rozas, J.C.: *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2010, pp. 55 ss.
- : “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, D-195, 2004, pp. 16 ss.
- : “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 600 ss.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, nº 6957, 30 mayo 2008.
- González Campos, J.D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2002, pp. 11 ss.
- Górriz López, C.: *El contrato de transporte terrestre de mercancías, Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril* (P. Menéndez, dir.), t. II, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014.
- Guzmán Gómez, M.A.: “La aplicación en España de la política común de transportes”, *Documentación administrativa*, nº 201, 1984, pp. 675–707.
- Guzmán Zapater, M.: “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº 7479, 2010, pp. 713 ss.
- Guzmán Zapater, M.: “El reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil*, nº 2, 2009, pp. 2257–2286.

- Hernández, A.: “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 179–194.
- Iriarte Ángel, J.L.: “Propiedad y Derecho internacional”, *Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, pp. 133–163.
- Ivaldi, P.: *Diritto Uniforme dei trasporti e Diritto internazionale privato*, Milan, Guiffrè, 1990.
- Josserand, L.: *Les transports en service intérieur et en service international*, 2ª ed., París, Rousseau, 1926.
- Legros, C.: “Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs”, *Juris.Class.dr. int*, fasc. 571–66, 25 abril 2012, pp. 13 ss.
- Menéndez García, P.: (dir.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters–Aranzadi, pp. 856 ss.
- Pichars, M.: “L’évolution de la norme dans les transports routier et ferroviaire” (L. Peru–Piotte, B. Dupont–Legrand y C. Landsweerd, dirs.), *Le droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 17–48.
- Piñales Leal, F.J.: *Régimen jurídico del transporte por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- Piñoleta Alonso, L.M.: “El contrato de transporte terrestre de personas: Fundamentos de su régimen jurídico, elementos y contenido”,
- Sáenz García de Albizu, J.C. y Hualde Manso, M.T.: “El contrato de transporte”, en E. Rubio Torrano y J.C. Sáenz García De Albizu (dirs.), *Lecciones de Contratación Civil y Mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson– Reuters Aranzadi, 2012, pp. 430–455.
- Tetley, W.: *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime: the Rome Convention 1980*, Éditions Yvon Blais, 1994.
- Valcárcel Fernández, P.: “Transporte terrestre de mercancías y viajeros por carretera”, *Derecho de la Regulación Económica: VI. Transportes*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 81 ss.

Recepción: 12.4.2016

Aceptación: 26.6.2016

LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SUS REFLEJOS SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EN EUROPA

Caterina FRATEA *

SUMARIO: I. Introducción. II. La violación de las reglas europeas de competencia desde la perspectiva del Derecho internacional privado: 1. La materia civil y mercantil. 2. El *forum damni*: A) El lugar del hecho dañoso; B) La sede del demandante como lugar donde se ha manifestado el daño; C) Las acciones declarativas negativas y las medidas cautelares; D) El lugar del hecho generador del daño. III. El foro de la pluralidad de demandados en el ámbito de los cárteles. IV. La autonomía de la voluntad en los litigios derivados de cárteles. V. Conclusiones.

RESUMEN: A 23 octubre 2014 y 21 mayo 2015 se remontan los dos primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre las reglas de Derecho internacional privado en el ámbito de las acciones indemnizatorias derivadas de una violación del Derecho de la competencia (asuntos C–302/13: *flyLAL–Lithuanian Airlines* y C–352/13: *CDC*). El primero contribuye a clarificar la excepción de orden público en relación con el reconocimiento y la ejecución de medidas provisionales o cautelares. El segundo examina las principales reglas de jurisdicción relacionadas con el contencioso antitrust: por un lado, el foro especial del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso; por otro, el foro sobre litisconsorcios pasivos. El trabajo hace hincapié en cómo la interpretación del TJUE tiene en cuenta las particularidades de estos litigios con el fin de facilitar la interposición de la acción al sujeto supuestamente perjudicado. Al contrario, la exigencia de proteger el demandado justifica una interpretación más restrictiva de las reglas sobre la *prorrogatio fori*.

PALABRAS CLAVE: DERECHO DE LA COMPETENCIA – COMPETENCIA JUDICIAL – MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL – PLURALIDAD DE DEMANDADOS – CLÁUSULAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA.

* Investigadora postdoctoral y profesora contratada de Derecho de la Unión Europea, Universidad de Verona (Italia).

ABSTRACT: *The First ECJ Judgments on Private Enforcement of EU Competition Law and Their Reflections on Damages Actions in Europe*

On 23 October 2014 and 21 May 2015 the European Court of Justice (ECJ) delivered its first two judgments dealing with the private international law rules within the private antitrust litigation (cases C-302/13: *flyLAL–Lithuanian Airlines* and C-352/13: *CDC*). The first one contributes to clarify the public policy exception in relation to the recognition and enforcement of provisional measures. The second one focuses on the main grounds of jurisdiction related to the competition law claims: on the one hand, the special provisions of the place where the harmful event occurred or may occur; on the other, the extended jurisdiction. The analysis is carried out emphasizing how the interpretation given by the ECJ takes into account the peculiarities of the private enforcement of competition law trying at the same time to facilitate the harmed parties to bring an action for damages. The need of protecting the defendant justifies instead a more restrictive approach in relation to choice-of-court clauses.

KEYWORDS: COMPETITION LAW – JURISDICTION – TORTIOUS RESPONSIBILITY – EXTENDED JURISDICTION – CHOICE-OF-COURT CLAUSES.

I. Introducción

La adopción de la Directiva 2014/104¹ ha marcado un momento decisivo en la aplicación privada del Derecho de la competencia gracias a la primera armonización de la disciplina sobre las acciones indemnizatorias derivadas de la violación de los arts. 101–102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)². Con esta directiva el legislador europeo ha pretendido confirmar y ampliar las conclusiones a las que el Tribunal de Justicia de la Unión europea había llegado en los bien conocidos asuntos *Courage*³ y *Manfredi*⁴. A pesar de que no falten autores que recriminan escaso coraje al legislador europeo⁵, la directiva se propone un doble objetivo: por una parte, facilitar las accio-

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 noviembre 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DO L 349 de 5.12.2014, pp. 1–19.

² Sobre la directiva *vid.* N. Dunne: “Courage and Compromise: The Directive on Antitrust Damages Actions”, *European L. Rev.*, n° 4, 2015, pp. 581–587; H. Brokelmann: “La directiva de daños y su trasposición en España”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 35, 2015, pp. 1–24. Cabe también mencionar C. Fratea, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea. Profili europei, internazionaleprivatistici e interni*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 47–68.

³ STJUE 20 septiembre 2001, as. C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

⁴ STJUE 13 julio 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04: *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁵ A. Howard, “The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?”, *European Competition L. Rev.*, n° 1, 2014, pp. 51–55; B. Scharaw, “Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages and Recommendation on Principles for Collective Redress – the Road Towards “Private Antitrust Enforcement” in the European Union?”, *European Competition L. Rev.*, n° 7, 2014, pp. 352–360; P. Kirst y R. Van den Bergh, “The European Directive on Damages Actions: a Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives”, *Journal of Competition Law & Economics*, n° 1, 2016, pp. 1–30.

nes de daños, en particular las interpuestas por los compradores indirectos, que representan sujetos más débiles en el mercado; por otra, aunque sin llegar a igualar el sistema americano, producir un efecto disuasivo por lo que respecta a las empresas que operan en el mercado interior.

Si bien es aún demasiado temprano para evaluar si, y en qué medida, la nuevas reglas pueden alcanzar estos objetivos teniendo en cuenta la fecha de transposición de la directiva a finales de 2016, lo que resulta evidente del texto del acto es la ausencia de reglas de Derecho internacional privado. El Libro Verde de 2005 había tomado en consideración la posible incorporación en la futura directiva de normas sobre la competencia judicial y la ley aplicable a las acciones de daños⁶. En particular la Comisión había sugerido la adopción de reglas especiales para la determinación de la ley aplicable, mientras que, en cuanto a las normas de competencia judicial, se había limitado a referirse a las reglas del Reglamento Bruselas I entonces en vigor⁷. No obstante, el tema no fue vuelto a proponer en el Libro Blanco⁸, aunque la relevancia de los aspectos de Derecho internacional privado relacionados con la tutela indemnizatoria de las víctimas de ilícitos anticompetitivos destaca claramente si se considera que en un mercado globalizado las infracciones de las reglas de competencia tienen normalmente una incidencia transfronteriza, como se deriva también del considerando 9 de la directiva.

A pesar de que la doctrina ha insistido sobre una intervención del legislador europeo en este sentido⁹, la única referencia a una herramienta de Derecho internacional privado se encuentra en el art. 5 de la Directiva que, en relación con la

⁶ Libro Verde – Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2005) 672 final, 19 diciembre 2005, ap. 2.8.

⁷ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1.2001, pp. 1–23.

⁸ Libro blanco – Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2008) 165 final, 2 abril 2008.

⁹ Vid. M. Danov y F. Becker, “Governance Aspects of Cross-Border EU Competition Actions: Theoretical and Practical Challenges”, *J. Priv. Int’l L.*, 2015, n° 3, pp. 359–401, esp p. 375. Algunos autores proponen también la atribución al Tribunal General no sólo de una competencia prejudicial en el ámbito de las acciones indemnizatorias nacionales, sino también de una competencia como tribunal de apelación en lugar de los tribunales nacionales en relación con las causas de daños basadas en una decisión de la Comisión: vid. I. Pelikánová, “The General Court and its Role in EU Competition Law Cases”, en M. Danov, F. Becker y P. Beaumont (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 103–107, esp. p. 104; A. Andreangeli, “Private Antitrust Claims as a ‘Special Case’: Can the General Court be Envisaged as the Appellate Court vis-à-vis Decisions of National Courts?”, *ibid.*, pp. 109–133, esp. p. 121, admite también la posibilidad de que el Tribunal General funcione como instancia de apelación respecto a las decisiones domésticas basándose en el *XV Report: an EU Competition Court* de 23 abril 2007 del *House of Lords Select Committee on the European Union* (www.publications.parliament.uk).

exhibición de las pruebas, admite que las reglas de la directiva se entienden sin perjuicio del Reglamento 1206/2001¹⁰. Tampoco el Reglamento 1/2003¹¹ contiene reglas sobre la competencia judicial relativas al ámbito antitrust, ni cabe extraer otras indicaciones de la comunicación de la Comisión relativa a la cooperación con los órganos jurisdiccionales¹².

Las reclamaciones de daños derivados de acciones contrarias al Derecho de la competencia están por lo tanto disciplinadas por los reglamentos generales Bruselas y Roma, tal y como han sido interpretados por el TJUE, que hasta ahora ha intervenido en dos ocasiones para aclarar la escala de unas normas sobre la competencia judicial con específica referencia a la materia examinada en este trabajo. Se trata de los asuntos *flyLAL–Lithuanian Airlines*¹³ y *CDC*¹⁴.

II. La violación de las reglas europeas de competencia desde la perspectiva del Derecho internacional privado

1. La materia civil y mercantil

El juez competente para conocer de las controversias indemnizatorias derivadas de ilícitos antitrust que presenten un elemento de extranjería tiene que ser determinado por el Reglamento Bruselas I *bis*¹⁵, que ha remplazado al Reglamento 44/2001. No cabe duda de que el contencioso antitrust entre privados se ha de reconducir a la materia civil y mercantil¹⁶. La circunstancia de que las acciones que los privados pueden interponer tengan finalidades lato sensu públi-

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DO L 174 de 27.6.2001, pp. 1–24.

¹¹ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, pp. 1–25.

¹² Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE, DO C 101 de 27.4.2004, pp. 54–63.

¹³ STJUE 23 octubre 2014, as. C–302/13: *flyLAL–Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2014:2319.

¹⁴ STJUE 21 mayo 2015, as. C–352/13, *CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335.

¹⁵ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1–32.

¹⁶ Cf. C. Nourissat, “Livre vert sur les actions en dommages–intérêts: questions de droit judiciaire privé européen”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 7, 2006, pp. 45–48, p. 46. Vid. también *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, JLS/C4/2005/03, presented by Prof. Dr. B. Hess, Prof. Dr. T. Pfeiffer and Prof. Dr. P. Schlosser (Munich), Final Version September 2007, ap. 77, denominado *Heidelberg Report*, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf.

cas, como el mantenimiento de una competencia libre y la tutela del mercado, y que en determinados ordenamientos esté prevista la indemnización por daños y perjuicios de carácter punitivo, no es suficiente para excluir el carácter civil o mercantil de la controversia¹⁷. La jurisprudencia del TJUE es firme sobre este punto y recientemente los jueces europeos se han pronunciado en referencia específica a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de una conducta ilícita en el asunto *flyLAL–Lithuanian Airlines*. Según el TJUE, permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias a cambio del pago de una tasa constituye una actividad de carácter económico y no prerrogativa de poder público y, en consecuencia, tales relaciones jurídicas forman parte de la materia civil y mercantil. Esta conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, en el caso concreto, las supuestas violaciones del Derecho de la competencia resultasen de las disposiciones jurídicas letonas ni por el hecho de que el Estado fuera titular del capital de las partes¹⁸.

2. *El forum damni*

Aclarado que la materia queda comprendida en el ámbito de aplicación del reglamento, es necesario analizar las normas relevantes por lo que respecta a la competencia judicial.

Además del criterio general del domicilio del demandado del art. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*¹⁹, que se aplica a todos los Estados miembros (incluida Dinamarca en virtud de un acuerdo con la Unión Europea²⁰), en el ámbito del

¹⁷ A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 250. Por las mismas razones están excluidos del ámbito de aplicación del reglamento, por estar incluidos en la materia administrativa (art. 1), los procedimientos *antitrust* para la aplicación de los arts. 101–102 TFUE que en ciertos ordenamientos se desarrollan frente a los órganos jurisdiccionales designados en virtud del art. 35 del Reglamento 1/2003. Otra importante exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* en relación con la materia examinada es el arbitraje, aunque la arbitrabilidad de las controversias *antitrust* está admitida: *vid.* STJUE 1 junio 1999, as. C–126/97: *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269. *Vid.* también E. Stylopoulos, “Powers and Duties of Arbitrators in the Application of Competition Law: an EC Approach in the Light of Recent Developments”, *European Competition L. Rev.*, n° 3, 2009, pp. 118–124; A.P. Komninos, “Arbitration and EU Competition Law”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 191–224.

¹⁸ STJUE 23 octubre 2014, as. C–302/13: *flyLAL–Lithuanian Airlines*, *cit.*, ap. 33 ss, en relación, por un lado, con el abuso de posición dominante de Air Baltic en el mercado de los vuelos procedentes del aeropuerto de Vilna (Lituania) o con destino a él, y, por otro, con un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre los codemandados.

¹⁹ Art. 2 RB I.

²⁰ DO L 79 de 21.3.2013, p. 4. Con la decisión 2006/325/CE del Consejo, de 27 abril 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Dinamarca ya se había vinculado al Reglamento 44/2001 (DO L 120 de 5.5.2006, p. 22).

Derecho de la competencia adquieren gran importancia los criterios de competencia especiales y facultativos de los arts. 7–8²¹. El primero designa una serie de competencias alternativas que ofrecen al demandante la posibilidad de interponer la acción en un Estado miembro diferente de aquel en el que se encuentra el domicilio del demandado. A diferencia del art. 4, esta norma no se limita a indicar las autoridades del Estado a las que el demandante tiene que dirigirse, sino también directamente el juez competente, resolviendo al mismo tiempo la cuestión de la competencia internacional y la de la competencia territorial²².

Entre las competencias especiales, en relación con las acciones indemnizatorias por violación del Derecho de la competencia, una atención particular merece el punto 2, que no ha variado respecto al art. 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I²³, en virtud del cual en materia delictual o cuasidelictual, una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, y precisamente ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Se trata de un criterio que se explica por la particular conexión que el ordenamiento del juez presenta con un determinado grupo de situaciones jurídicas y que, en consideración del objeto de la demanda, lo hace más idóneo para resolver la controversia, permitiendo interponer la acción delante de un juez diferente del competente según la regla general.

La interpretación de la expresión de “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, no está siempre libre de obstáculos porque en la materia de la competencia la conducta puede presentarse como territorialmente diseminada y el daño puede producirse en más de un Estado. A este respecto, el TJUE ha admitido que, en el marco de la verificación de la competencia, no es preciso llevar a cabo una práctica exhaustiva de la prueba relativa a los hechos controvertidos que son relevantes tanto para determinar la competencia como

²¹ Arts. 5–6 RB I.

²² Vid. F. Mosconi y C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, vol. I, Turín, UTET, 2013, p. 63. En relación con el *forum contractus* del art. 7, punto 1, STJUE 3 mayo 2007, as. C–386/05: *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262, ap. 30.

²³ No ha sido incorporada la modificación contenida en la versión enmendada de la propuesta del RB I bis (COM(2010) 748 final/2) según la cual la aplicación de los criterios especiales de competencia judicial podía prescindir del domicilio del demandado en un Estado miembro, siendo suficiente que el criterio considerado atribuyese la competencia al juez de uno de los países de la Unión. Vid. F. Marongiu Buoniuti, “La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi”, *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 496–504, p. 497. Por un comentario sobre la falta de incorporación de la modificación, C. Fratea, *Il private enforcement...*, *op. cit.*, p. 177. Carece de pertinencia el domicilio del sujeto perjudicado que puede situarse también en un Estado tercero, como se ve en la acción *follow on* interpuesta ante los jueces portugueses por el grupo canadiense de telecomunicaciones COGECO el 27 febrero 2015 a causa de los daños sufridos por la sociedad controlada portuguesa Cabovisão por un abuso de posición dominante en el mercado de las cadenas deportivas *pay-TV premium* (www.osservatorioantitrust.eu).

para demostrar la existencia del derecho invocado. No obstante, el tribunal que conoce del asunto puede examinar su competencia internacional a la luz de toda la información de que dispone, incluidas las objeciones expuestas por el demandado²⁴.

Con arreglo a la jurisprudencia consolidada del TJUE, que soluciona la duda que el informe Jenard había dejado abierta en relación con el Convenio de Bruselas de 1968²⁵, el significado de la expresión debe determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, “bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante”²⁶ (teoría de la ubicuidad del ilícito).

En realidad, cuando se trata en particular de cárteles, cada una de las soluciones presenta contraindicaciones. Por un lado, el lugar donde se ha concluido el acuerdo colusorio (v.gr., el lugar donde tuvieron lugar las reuniones de las partes del cártel), puede ser muy difícil, si no imposible, de determinar dado que, como se señala en el asunto *Réunion européenne*, raramente la conducta ilícita se puede identificar con un acto determinante cumplido en un solo país²⁷, llevando a un foro poco funcional para las exigencias de buena administración de la justicia o a la competencia judicial de un tercer Estado. Por otro lado, con el criterio que se basa en el momento ejecutivo del acuerdo se corre el peligro de ofrecer al demandante un margen de elección demasiado amplio puesto que el acuerdo es, como norma general, ejecutado en más de un Estado miembro.

A) El lugar del hecho dañoso

En su jurisprudencia (aunque no específicamente relacionada con el Derecho de la competencia) el TJUE ha preferido favorecer a la parte perjudicada manifestando su preferencia por el lugar donde se producen los daños que a su vez

²⁴ STJ 28 enero 2015, as. C-375/13: *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, ap. 65, en relación con los contratos celebrados por los consumidores; 16 junio 2016, as. C-12/15: *Universal Music International*, ECLI:EU:C:2016:449, ap. 44, en relación con un contrato de opción de compra.

²⁵ *Report by Mr P. Jenard on the Protocols of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 29 February 1968 on the mutual recognition of companies and legal persons and of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, DO C 59 de 5.3.1979, pp. 66-70. Sobre la continuidad interpretativa entre el Convenio y los reglamentos Bruselas cuyas normas puedan calificarse de equivalentes, STJUE 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, aps. 19-20. En doctrina vid. A. Malatesta, “Art. 81. Sezione 3”, en F. Pocar y M.C. Baruffi (diretto da), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, Pádua, Cedam, 2014, pp. 517-535, p. 517.

²⁶ STJUE 30 noviembre 1986, as. 21/76: *Bier*, ECLI:EU:C:1976:166, ap. 19; 19 abril 2012, as. C-523/10: *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, ap. 19.

²⁷ STJUE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne*, ECLI:EU:C:1998:509, ap. 33, en relación con una demanda de indemnización presentada por el destinatario o el asegurador de la mercancía basándose en el conocimiento de embarque.

conduce al mercado perjudicado por la conducta ilícita donde los efectos perjudiciales se producen²⁸. En los asuntos acumulados *Pasta de madera*, aunque en relación con una cuestión diferente (en particular si la Comisión podía sancionar actividades contrarias a la competencia ejercidas desde el territorio de un tercer país que no obstante producían sus efectos en el territorio de la entonces Comunidad Europea), se estableció que hacer depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio conduciría a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones²⁹. Admitiendo, aunque no expresamente, la extraterritorialidad del Derecho europeo de la competencia, el TJUE señaló que lo que es determinante es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta.

Atendiendo a estos pronunciamientos del TJUE, también cierta jurisprudencia nacional, con específica relación a los ilícitos contrarios a la competencia, como la *High Court* inglesa en el asunto *Cooper Tire*³⁰, ha manifestado una preferencia por el lugar donde los efectos perjudiciales se han producido para establecer la competencia judicial en virtud del actual art. 7, punto 2 del Reglamento Bruselas I bis.

El hecho de que en los pronunciamientos examinados el TJUE parezca favorecer el lugar donde el daño se ha producido no quita que la flexibilidad del asunto *Bier* pueda sin embargo causar incertidumbres en relación con otros aspectos muy significativos del ilícito antitrust. En particular, es necesario aclarar el mismo concepto de daño, dada la ausencia de una definición en el reglamento. En los pronunciamientos *Dumez* y *Marinari*, los jueces europeos restringieron el alcance de la norma a los efectos perjudiciales directos de la conducta excluyendo la relevancia de otras consecuencias derivadas de la misma conducta³¹. Con-

²⁸ J. Kammin, *Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, p. 146, según el cual en los casos de abuso de posición dominante no hay diferencia entre el lugar donde ocurrió el hecho causante y el lugar donde se ha manifestado el daño (p. 148).

²⁹ STJUE 27 septiembre 1988, asuntos acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y de 125 a 129/85: *Ahlström*, ECLI:EU:C:1988:447, ap. 16.

³⁰ *High Court of Justice, commercial court*, 27 de octubre 2009, *Cooper Tire & Rubber Co. v. Shell Chemicals UK Ltd*, www.bailii.org. Varias son las propuestas de la doctrina: para la relevancia de cada lugar donde el acuerdo ha sido ejecutado, C. Withers, "Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims", *J. Buss. L.*, 2002, pp. 250-271, p. 261; para la identificación del foro de la conducta con la sede del responsable del daño no dando relevancia al lugar donde se producen los efectos perjudiciales, F.W. Bulst: "Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2004, pp. 403-410, p. 405.

³¹ STJUE 11 enero 1990, as.o C-220/88: *Dumez*, ECLI:EU:C:1990:8, aps. 20-21, donde el Tribunal niega la competencia del foro francés donde estaba establecida la sociedad matriz, también perjudicada, puesto que los primeros efectos se habían producido en la filial alemana; 19 septiembre 1995, as. C-364/93: *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289, ap. 15, donde se denegó la competencia del juez italiano en favor del juez inglés porque en Italia se habían producido sólo pérdidas indirectas.

secuentemente el lugar que determina la competencia especial no es el lugar donde el demandante alega haber sufrido las meras consecuencias patrimoniales indirectas de un perjuicio inicial surgido en otro Estado, sino el lugar donde la violación de las reglas de competencia ha impactado originariamente con respecto al sujeto que resulta su víctima inmediata³².

Ello no quita que el daño inicial alegado por el demandante pueda consistir en un daño patrimonial, en forma de pago de una suma superior al que sería el precio competitivo, o en una pérdida de cuotas de mercado o de beneficios económicos, como había ocurrido en el asunto *Kolassa*³³. No obstante, basándose en la anterior jurisprudencia *Kronhofer*, hay que excluir una localización automática del perjuicio en el centro de actividad principal o en la sede del demandante si aquí se han producido las meras consecuencias indirectas de la conducta perjudicial, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional establecer si este es el lugar donde se ha producido la lesión inicial³⁴. Además, el TJUE en el asunto *Universal Music International*, especificando las conclusiones a las que había prevenido en *Kolassa* y refiriéndose expresamente al pronunciamiento *Kronhofer*, ha establecido que también cuando el daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro, en ausencia de otros factores de conexión no puede considerarse, para establecer la competencia judicial, el lugar del domicilio del demandante en el que se localice el centro de su patrimonio³⁵.

Se llega a las mismas conclusiones también si el sujeto perjudicado es un comprador indirecto, situación que será cada vez más común tras la transposición de la Directiva 2014/104 sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia. Sin embargo, dado que no se contempla ningún foro especial a favor de esta categoría (a diferencia de lo que pasa con los contratos celebrados por los consumidores), es muy probable que en la práctica el lugar del daño corresponda con su domicilio.

Sobre estos aspectos se ha pronunciado el TJUE en su segunda sentencia relativa a la aplicación privada del Derecho de la competencia después del asunto *flyLAL–Lithuanian Airlines*. Se trata del asunto *CDC* donde por primera vez, gracias a la petición de decisión prejudicial de un juez alemán, el Tribunal de

³² J. Kammin, *Reforming Private Antitrust Enforcement...*, op. cit., p. 150; S.M. Carbone y C.E. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Turín, Giappichelli, 2016 p. 126..

³³ STJUE 28 enero 2015, as. C–375/13: *Kolassa*, cit., ap. 57

³⁴ STJUE 10 junio 2004, as. C–168/02: *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364, ap. 19, aunque en relación con daños derivados de un contrato sobre opciones de compra de acciones; 29 julio 2010, as. C–189/09; *Comisión / Austria*, ECLI:EU:C:2010:455, ap. 27, en relación con la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

³⁵ STJUE 16 junio 2016, as. C–12/15: *Universal Music International*, cit., aps. 35 y 39–40.

Justicia aclara el ámbito de aplicación de las reglas de competencia judicial internacional en materia de prácticas restrictivas y abuso de posición dominante³⁶. En particular se trataba de un litigio interpuesto contra varias empresas que habían participado en un cártel ilícito cuya existencia había sido previamente declarada por la Comisión³⁷.

En este pronunciamiento el TJUE ha confirmado que el daño derivado de un cártel entra en el ámbito de la responsabilidad extracontractual³⁸, y que por tanto es posible la aplicación del *forum damni*. Por obvia que pueda parecer esta posición, merece la pena destacar que el Abogado General Jääskinen en sus conclusiones declaraba la inaplicabilidad del entonces art. 5, punto 3 del Reglamento Bruselas I al constatar las dificultades que planteaba para los tribunales domésticos³⁹. El Abogado General, si bien no excluía en principio la aplicación del art. 5, punto 3 en el marco de una acción de daños y perjuicios basada en una infracción del art. 101 TFUE, no obstante, por analogía con lo declarado por el TJUE en la sentencia *Besix*⁴⁰, consideraba que tal disposición no podía aplicarse útilmente en relación con el caso particular de un cártel de carácter horizontal, que ha tenido una duración importante y cuya estructura es muy compleja, al haber dado lugar a toda una serie de prácticas colusorias, lo cual ha ocasionado que tanto los participantes en el cártel como las víctimas de los daños invocados estén dispersos en un gran número de Estados miembros⁴¹. La regla de competencia especial en materia delictual o cuasidelictual sería inoperante en el su-

³⁶ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *CDC*, cit.

³⁷ Decisión n. 2006/903/CE de 3 mayo 2006, asunto COMP/F/C.38.620 – Peróxido de hidrógeno y perborato, notificada con el n.º C(2006) 1766, DO L 353 de 13.12.2006, pp. 54–59.

³⁸ En la doctrina no faltan autores que se han pronunciado por una interpretación más amplia del *forum contractus* teniendo en cuenta la naturaleza derivada de la responsabilidad extracontractual respecto a la contractual: *vid.* B. Vilà Costa, “Private enforcement del derecho de la competencia y derecho internacional privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en A. Font i Ribas, B. Vilà Costa (eds.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 83–96, esp. p. 89. Más cautamente, C. Oró Martínez, “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, *ibíd.*, pp. 97–132, p. 117, reconoce que la naturaleza contractual de las acciones indemnizatorias no debe ser excluida a priori y que, por tanto, en presencia de un contrato, la cualificación de la acción se presenta más compleja. Cabe recordar que según C. Fratea, *Il private enforcement...*, *op. cit.*, pp. 150 ss, basándose en la jurisprudencia *Brogssitter* del TJUE (13 marzo 2014, as. C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, aps. 23–24), la mera circunstancia de la presencia de un contrato no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la materia contractual; es así únicamente si puede considerarse que el comportamiento reprimido es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.

³⁹ Conclusiones presentadas el 11 diciembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2443, ap. 47.

⁴⁰ STJUE 19 febrero 2002, as. C-256/00: *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99, ap. 49, en relación con la materia contractual.

⁴¹ Ap. 52 de las conclusiones.

puesto de que no sea posible determinar el lugar donde se ha producido el hecho dañoso por la multiplicidad de lugares donde los acuerdos se han celebrado o ejecutado, lo cual no permite identificar clara y útilmente cuál sería el órgano jurisdiccional que podría disponer de una conexión particularmente estrecha con el conjunto del litigio.

A este respecto se nota la mayor distancia respecto a las conclusiones del Abogado General. Los jueces de Luxemburgo rechazan la posibilidad de excluir la aplicación de la regla también en casos de daños diseminados y por tanto de difícil localización exacta. No obstante, aprovechan la ocasión para explicar mejor ciertos aspectos relativos a la aplicación de la norma. El TJUE afirma que cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en varios Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del art. 101 TFUE, declarada por la Comisión, en la que han participado esos demandados en diferentes Estados miembros y en diferentes momentos y lugares, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente. El lugar de materialización del daño se encuentra donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta⁴² y, en el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, ese lugar en principio corresponde al domicilio social de cada presunta víctima.

B) La sede del demandante como lugar donde se ha manifestado el daño

La lapidaria afirmación que da expresa relevancia a la sede del demandante representa una indudable ventaja para la víctima y acuerda la solución por la que se optó en el caso de difamación por medio de Internet en el asunto *eDate*⁴³. En esta sentencia se valorizaba el centro de intereses del titular del derecho de la personalidad, en principio, aunque no necesariamente, coincidente con la residencia de la persona que denuncia la lesión de sus derechos.

No obstante, en este caso se trataba de un fenómeno peculiar que no involucraba un daño meramente patrimonial, como una pérdida financiera. Por tanto, la automática transposición al contencioso antitrust de la misma lógica de la sentencia *eDate* suscita reservas por varias razones. En primer lugar, se podría presentar el riesgo de vaciar de contenido concreto el objetivo normativo de la regla

⁴² Ap. 56 de la sentencia. *Vid.* también STJUE 16 julio 2009, as. C-189/08: *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, ap. 27, en relación con la entrega de un producto contaminado empleado para la producción de fertilizantes.

⁴³ STJUE 25 octubre 2011, as. C-509/09: *eDate*, ECLI:EU:C:2011:685, ap. 52. Antes de esta sentencia las referencias al centro de intereses de la víctima habían sido esporádicas y cauta su identificación con la sede del demandante: *vid.* STJUE 5 febrero 2004, as. C-18/02: *DFDS Torline*, *cit.*; 10 junio 2004, as. C-168/02: *Kronhofer*, *cit.*

general del domicilio del demandado. La localización del perjuicio en el domicilio del demandante podría resultar en la legitimación subrepticia de una regla de competencia judicial comparable al *forum actoris*, en contradicción con el principio de que las excepciones a la regla general deben interpretarse de modo autónomo y estricto para no violar los principios de seguridad jurídica, de confianza legítima y de buena administración⁴⁴.

En segundo lugar, la doctrina desde hace tiempo destaca la necesidad de pasar de un enfoque centrado en la dimensión individual a uno basado en la dimensión colectiva del mercado afectado por la restricción de la competencia donde la víctima ha sido privada de la libertad de elegir entre ofertas independientes⁴⁵. Concretamente, en los casos de cárteles horizontales, se tratará en la mayoría de los casos del lugar donde los bienes o los servicios son ofrecidos y pagados a un precio artificialmente elevado a causa de la restricción de la competencia. Esta solución queda confirmada por el art. 6.3º, letra a) del Reglamento Roma II⁴⁶, que, aunque con referencia a la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia, acoge el criterio del mercado que resulte o pueda resultar afectado. En la perspectiva del TJUE, al contrario, en el establecimiento de la competencia judicial internacional no es inmediatamente relevante la restricción de la competencia en el mercado porque el daño meramente patrimonial lamentado por las víctimas sólo puede ser localizado individualmente.

De todas formas parece que el TJUE, aunque no lo diga expresamente, tuvo en cuenta la necesidad de evitar la automática referencia a la jurisprudencia *eDate*. De hecho, la declaración de que el lugar de materialización del perjuicio es en principio el del domicilio social de cada presunta víctima abre dudas sobre la posibilidad de otorgar carácter general a esta solución⁴⁷. Además, aunque a ex-

⁴⁴ STJUE 5 febrero 2004, as. C-18/02: *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74, ap. 43, en relación con una medida adoptada por un sindicato en un Estado contratante contra el armador de un buque registrado en otro Estado contratante; 10 junio 2004, as. C-168/02: *Kronhofer*, cit., aps. 20-21; 28 enero 2015, as. C-375/13, *Kolassa*, cit., ap. 43; 10 septiembre 2015, as. C-47/14: *Holterman Ferho Exploitatie*, ECLI:EU:C:2015:574, ap. 72), en relación con contrato individual de trabajo.

⁴⁵ Cf. F.W. Bulst, "Internationale Zuständigkeit...", loc. cit., p. 406; S. Bariatti, "Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 349-362; contra, C. Oró Martínez, "Litigación internacional y acciones de indemnización...", loc. cit., p. 115. En posición intermedia se coloca B. Vilà Costa, "Private enforcement del Derecho de la competencia y Derecho internacional privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *ibíd.*, pp. 83-96, p. 94, que sugiere dar relevancia al mercado afectado como fase intermedia anterior a la determinación del daño individual.

⁴⁶ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), DO L 199 de 31.7.2007, pp. 40-49.

⁴⁷ Cf. C. Oró Martínez, "Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cartel: cuestiones de competencia judicial internacional", *La Ley: Unión Europea*, 2015, n° 30, pp. 1-15, p. 4.

pensas de la centralidad del foro general del domicilio del demandado, debe reconocerse que la interpretación del TJUE es compatible con el objetivo de favorecer la aplicación privada del Derecho de la competencia también perseguido por la Directiva 2014/104, facilitando la interposición de la acción en un foro cercano a la víctima. La sentencia *CDC* ofrece a los sujetos afectados un foro general ulterior, además del domicilio del demandado, o sea el foro de su propia sede, si concurren las condiciones examinadas antes. De esta forma puede también superarse la perspectiva de la jurisprudencia *Shevill*⁴⁸ de una necesaria fragmentación del contencioso en los casos de daños esparcidos y la consiguiente multiplicación del número de tribunales competentes, porque delante del tribunal del Estado de su domicilio el sujeto supuestamente perjudicado podrá reclamar la indemnización de todos los daños sufridos⁴⁹ limitándose así también el *forum shopping*. Esta solución sería particularmente útil cuando el perjuicio consiste en la preclusión a acceder a un determinado mercado porque de lo contrario el número de foros en que las víctimas podrían interponer una acción sería potencialmente infinito.

C) Las acciones declarativas negativas y las medidas cautelares

Más allá de la sentencia *CDC*, la referencia al lugar donde pueda producirse el hecho dañoso, introducida por el Reglamento Bruselas I, permite, como queda aclarado en la sentencia *Folien Fischer*, que el art. 7, punto 2 del Reglamento Bruselas I *bis* se aplique también a las acciones declarativas negativas interpuestas con el fin de que se declare que no existe responsabilidad delictual derivada de una violación del Derecho de la competencia⁵⁰. Estas acciones, sin embargo, no pueden interponerse una vez adoptada la decisión de la Comisión que declara la existencia de una infracción a causa del efecto vinculante de las decisiones de esta institución en relación con los hechos y su calificación jurídica declarado por el art. 16 del Reglamento 1/2003⁵¹.

⁴⁸ STJUE 7 marzo 1995, as. C-68/93: *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61, sobre difamación mediante artículo de prensa; *vid.* también en relación con el derecho de autor, STJUE 22 enero 2015, as. C-441/13: *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28.

⁴⁹ *Vid.* J. Kammin, *Reforming Private Antitrust Enforcement...*, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁰ STJUE 25 octubre 2012, as. C-133/11: *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:664, ap. 42, en relación con la política de distribución de *Folien Fischer* y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes denunciada por el demandante como contrarias al Derecho de la competencia.

⁵¹ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L1 de 4.1.2003, pp. 1-25. Para el ordenamiento italiano *vid.*, aunque como *obiter dictum*, Tribunal de Milán, 8 mayo 2009, *Eni S.p.a. e altri*, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2011, pp. 404-416, con comentarios de M. Negri, *Int'l Lis*, 2009, n° 2, pp. 71-80; M. Stella, *ibid.*, n° 3-4, pp. 149-156. *Contra*, Tribunal italiano de Casación de 19 diciembre 2003, n° 19550, *Diritto industriale*, 2004, pp. 429-439, con comentario de M. Franzosi: el requisito para la aplicación de la excepción al foro general es la existencia presente o futura de un

El asunto *Folien Fischer* reviste especial importancia porque se aparta significativamente de las conclusiones del Abogado General según el cual admitir que una acción declarativa negativa en materia delictual pueda basarse en el foro especial de competencia previsto por el actual art. 7, punto 2 del reglamento podría aumentar el riesgo de acciones de entorpecimiento (*torpedo actions*), al ofrecer a los potenciales autores de hechos dañosos la opción de acudir no sólo al tribunal del Estado donde el demandado está domiciliado, sino también al órgano jurisdiccional de un lugar distinto⁵².

La referencia al lugar donde pueda producirse el hecho dañoso permite también incluir en el ámbito de aplicación de la disposición los perjuicios futuros⁵³. Por tanto, el recurso a este foro de competencia judicial se justifica no sólo para las acciones de compensación por daños ya sufridos sino también con la finalidad de interponer acciones de cesación de la conducta ilícita encaminadas a evitar que se produzca el daño o, más en general, para la adopción de medidas provisionales y cautelares⁵⁴. Estas se revelan de mayor importancia en el contencioso antitrust como confirma la sentencia *flyLAL–Lithuanian Airlines* donde el TJUE, para el reconocimiento y la ejecución de tales medidas, admite que ni el método de cálculo del importe de las sumas a las que se refieren las medidas provisionales y cautelares, cuando es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe y existen vías de recurso para impugnar tal método de cálculo, ni el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves, constituyen motivos que demuestren que se ha violado el orden público del Estado miembro requerido y que permitan denegar el reconocimiento y la ejecución⁵⁵.

daño mientras que en las acciones declarativas negativas el mismo demandante alega que el ilícito no ha ocurrido.

⁵² Conclusiones presentadas por el Abogado General Jääskinen el 19 abril 2012, as. C–133/11: *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:226, ap. 70. Con la expresión *torpedo action* se define una acción cuya demanda no puede manifiestamente ser admitida o que es interpuesta ante un órgano jurisdiccional que no es competente con el único fin de aprovecharse abusivamente de una excepción de litispendencia obligando al tribunal ante el que se ha formulado la demanda posterior (en este caso el llamado a conocer de la acción indemnizatoria) a suspender el procedimiento: cf. A. Štanko, “Cross-border “Torpedo” Litigation”, *Common L. Rev.*, 2009/10, pp. 20–23, p. 21.

⁵³ Cf. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 octubre 2007 – Informe explicativo Autor: Fausto Pocar, ap. 61, DO C 319 de 23.12.2009, pp. 1–56. Vid. también STJUE 1 octubre 2002, as. C–167/00: *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555, ap. 49, en relación con la prohibición del uso de cláusulas abusivas por un comerciante en los contratos celebrados con los consumidores.

⁵⁴ Para la adopción de estas medidas vid. el art. 35 del Reglamento Bruselas I bis. Más ampliamente, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González: “Medidas provisionales y cautelares y reglamento Bruselas I-bis”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2015, pp. 55–78.

⁵⁵ STJUE 23 octubre 2014, as. C–302/13: *flyLAL–Lithuanian Airlines*, cit., ap. 59.

D) El lugar del hecho generador del daño

Volviendo al asunto CDC, tratando de no alejarse de la teoría de la ubicuidad del ilícito cristalizada en la sentencia Bier, el Tribunal, en cuanto al lugar del hecho causal, admite que en un caso como el sometido a su atención la conducta relevante debería ser identificada con la conclusión del acuerdo colusorio en el mercado anterior y no la de los acuerdos de distribución en mercados posteriores (*Folgeverträge*).

Sin embargo, los jueces se muestran conscientes de la dificultad de identificar un lugar único en el que un cártel se ha constituido, sobre todo si se componía de varios arreglos colusorios establecidos en diferentes reuniones y discusiones mantenidas en diversos lugares de la Unión. De ello se sigue que, en estos casos, la atribución de la competencia para conocer, en virtud del hecho causal y respecto a todos los autores de un cártel ilícito, de un perjuicio supuestamente causado por éste depende de la identificación, en el territorio del tribunal que conoce del asunto, de un hecho concreto con ocasión del cual quedó definitivamente constituido el referido cártel. En ausencia de una conducta ilícita rigurosamente unitaria, es decir cuando en el Estado del foro no se haya concluido un arreglo específico, parte de la estrategia colusoria global pero por sí sólo hecho generador del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador, no será posible basar la competencia en virtud del actual art. 7, punto 2 del Reglamento Bruselas I *bis* en el lugar donde ocurrió el hecho dañoso⁵⁶. Para garantizar la proximidad del juez nacional a los hechos del litigio y aquella conexión particularmente estrecha que sólo pueden justificar una excepción a la regla general del domicilio del demandado, el TJUE establece que se puede recurrir al foro de la conducta sólo en cuanto sea de hecho identificable una conducta únicamente localizada en el Estado del foro⁵⁷. Es lo que por ejemplo ocurría en el asunto *Melzer* que el Tribunal también menciona⁵⁸.

En una tal reconstrucción del ámbito de aplicación de la disposición examinada cabe sin embargo la posibilidad de que el lugar de conclusión del arreglo específico pueda revelarse del todo casual, situándose por ejemplo en un Estado cuyo mercado no haya sido afectado por los efectos restrictivos de la conducta colusoria y donde ninguna de la partes sea económicamente activa. Además el

⁵⁶ Aps. 46 ss de la sentencia.

⁵⁷ Señalan la dificultad de probar dónde se ha concluido definitivamente el acuerdo, también considerando que las versiones públicas de las decisiones de la Comisión a menudo no contienen estos detalles O. Geiss y H. Daniel, “Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV and Others: A summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May 21, 2015”, *European Competition L. Rev.*, 2015, n. 10, pp. 430–435, p. 433.

⁵⁸ STJUE 16 mayo 2013, as. C–228/11, ECLI:EU:C:2013:305, en relación con la ejecución de operaciones de futuro.

TJUE no ofrece ejemplos que puedan orientar los órganos jurisdiccionales nacionales en la complicada operación reconstructiva necesaria para identificar si concretamente se cumplen las condiciones descritas. Una solución podría ser excluir la relevancia del foro de la conducta, en favor del foro de los efectos perjudiciales, en todos los casos en que el acuerdo se disemina en una jungla de reuniones en los lugares más diversos⁵⁹. No obstante, el TJUE se aleja de esta interpretación en cuanto admite la posibilidad de dar relevancia a un elemento específico de una compleja estrategia colusoria aislando un acuerdo particular si este fue la causa exclusiva del daño alegado y fue concluido en el Estado del foro. Aunque el Tribunal no lo diga expresamente, a luz de este criterio sería posible en principio imaginar la segmentación del acuerdo general transfronterizo en varios acuerdos relativos a cada uno de los mercados nacionales afectados, dando lugar a otras tantas acciones indemnizatorias⁶⁰. En este caso el demandante podría actuar sólo por los daños sufridos en el mercado nacional del foro renunciando a la mayor ventaja del foro de la conducta que es la posibilidad de demandar la indemnización por todos los perjuicios sufridos en todos los mercados afectados.

En cuanto la conducta no esté localizada en un único Estado miembro o no pueda identificarse el arreglo que por sí solo constituye la causa del perjuicio que el demandante alega haber sufrido, sólo será posible acudir al actual art. 7, punto 2 del Reglamento Bruselas I *bis* en virtud del lugar de materialización del perjuicio, como descrito anteriormente.

III. El foro de la pluralidad de demandados en el ámbito de los cárteles

Otra disposición que puede ganar especial importancia para determinar la competencia judicial en las acciones indemnizatorias derivadas de la particular conducta ilícita que es el cártel es el art. 8, punto 1 del Reglamento Bruselas I *bis*. En virtud de esta norma, si hay varios demandados una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente. Esta norma ha sido utilizada por las vícti-

⁵⁹ J. Basedow, “International Cartels and the Place of Acting under art. 5(3) of the Brussels I Regulation”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation...*, *op. cit.*, pp. 31–40, p. 37.

⁶⁰ Cf. M. Negri, “Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel *private enforcement* transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. *follow-on* rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei”, *Int'l Lis*, 2015, n° 2, pp. 78–84, p. 82.

mas de cárteles eligiendo, entre los varios demandados, el que está domiciliado en el Estado del foro más favorable al curso de su solicitud de indemnización para atraer allí a los demás. La sentencia *CDC* proporciona unos importantes elementos interpretativos a este respecto. En un caso teóricamente simple como este, donde existe una decisión sancionadora de la Comisión en la que se apoyan las demandas en el litigio principal, la condición de la existencia de una misma situación de hecho y de derecho debe estimarse cumplida. El hecho de que, a tenor de la decisión sancionadora, las sociedades demandadas hayan participado, aunque de forma dispar por el ámbito geográfico y temporal, en la puesta en práctica del cártel al concluir y ejecutar los contratos previstos por éste, demuestra que ese cártel constituía una infracción única y continuada, representando una infracción de una misma norma, el art. 101 TFUE.

En cuanto al riesgo de soluciones inconciliables⁶¹, considerando que los diferentes Derechos nacionales pueden divergir sobre las condiciones de la responsabilidad civil de los participantes en el cártel ilícito, de esa circunstancia deriva un tal riesgo si una supuesta víctima del cártel ejerce acciones ante los tribunales de diferentes Estados miembros⁶².

Sin embargo el TJUE, basándose en el asunto *Painer*, destaca la importancia de que el foro sea previsible para las sociedades que podrían ser demandadas en el Estado miembro en el que al menos una de ellas tuviera su domicilio, condición que concurre cuando existe una decisión vinculante de la Comisión que declara una infracción única del Derecho de la Unión y que de esa forma sustenta la responsabilidad de cada participante por los perjuicios nacidos de los actos ilícitos de cualquier participante en esa infracción.

Hay por lo tanto que preguntarse si, en ausencia de una decisión vinculante de la Comisión que certifique la participación de todos los demandados en la concertación prohibida, la solución podría ser diferente. La insistencia del TJUE en la importancia de la decisión de la Comisión para la conclusión a la que llega en relación con el riesgo del surgimiento de decisiones inconciliables plantea dudas sobre la aplicación de sus conclusiones en el supuesto de un cártel que haya sido declarado por ejemplo por una autoridad nacional de competencia. En efecto, las decisiones de las autoridades nacionales de competencia pueden producir efectos vinculantes para las autoridades judiciales de su propio Estado miembro (y los producirán en virtud del art. 9.1º Directiva 2014/104), pero no para los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, con las excepciones de Reino Unido desde 2002⁶³ y Alemania desde 2005⁶⁴. En base al art. 9.2º Directiva 2014/104

⁶¹ Sobre esta noción, *ex multiis*, C.M. Carbone y C.E. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo...*, *op. cit.*, pp. 156–158.

⁶² Sentencia *CDC*, *cit.*, aps. 21–22.

⁶³ *Competition Act*, sección 58, introducida por la sección 20 del *UK Enterprise Act* de 2002.

los Estados miembros sólo están obligados a garantizar que toda resolución firme dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada ante sus órganos jurisdiccionales nacionales como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes. Sin embargo, en la doctrina se ha admitido que en la medida en que se trate de una infracción de las reglas de competencia del TFUE, podrá considerarse que se está ante una misma situación de hecho y de derecho, con independencia de que la infracción sea constatada por la Comisión o por una autoridad nacional de competencia. En efecto, el carácter no necesariamente vinculante de la decisión de una autoridad nacional de competencia contribuirá aún más a la existencia de un riesgo de producción de decisiones inconciliables en caso de que las demandas sean tramitadas por separado, por lo que la conveniencia de aplicar el foro del litisconsorcio pasivo se vería reforzada⁶⁵.

Mayores dudas suscitan los supuestos en los que la acción judicial no traiga causa de un procedimiento administrativo previo, sino que sea interpuesta directamente ante un órgano jurisdiccional (acciones independientes o *stand alone*). Se opina que la mejor solución sería la delimitación de la relevancia del foro del litisconsorcio pasivo a los litigios en que los tribunales nacionales estén exentos de la necesidad de valorar el carácter ilícito de la conducta, es decir en el así llamado contencioso *follow-on* (con independencia, como se ha mencionado, de que la infracción sea constatada por la Comisión o por una autoridad nacional de competencia).

El requisito de la previsibilidad del foro permitiría también limitar el recurso al art. 8, punto 2 del reglamento en aquellos asunto concretos que presentan las clásicas complicaciones, ausentes en el asunto *CDC*, relacionadas con la aplicación del foro del litisconsorcio pasivo. Se trata de los casos en los que el llamado *anchor defendant* es una sociedad no expresamente sancionada por la decisión administrativa pero formalmente parte del mismo grupo, lo cual ha justificado, sobre todo frente a los tribunales ingleses, alemanes y holandeses, aplicaciones como mínimo flexibles del *forum connexitatis*⁶⁶.

El foro de la pluralidad de demandados es idóneo para permitir un uso abusivo de la disposición también desde otros puntos de vista. Podría por ejemplo

⁶⁴ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, ap. 50, www.bmwi.de. Sobre la reforma del ordenamiento alemán de 2005, U. Böge y K. Ost, "Up and Running, or is it? Private Enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition L. Rev.*, 2006, pp. 197–205, p. 199.

⁶⁵ Cf. C. Oró Martínez, "Reglamento Bruselas I...", *loc. cit.*, p. 4.

⁶⁶ Sobre estos temas, C. Fratea, *Il private enforcement...*, *op. cit.*, p. 129 ss, y doctrina y jurisprudencia citadas en el mismo.

darse el caso de que el demandante, después de interponer el litigio en virtud de esta disposición, renuncie, como consecuencia de la conclusión de una transacción amistosa, a la acción justamente contra el demandado domiciliado en el Estado del foro. Por lo que respecta a una situación como esta, la sentencia *CDC* confirma la sentencia *Freeport*⁶⁷, según la cual, cuando las demandas formuladas contra distintos demandados son demandas conexas en el sentido del art. 8 en el momento de su presentación, la regla de competencia enunciada en esa disposición es aplicable.

Ante demandas que al tiempo de su presentación son conexas, el tribunal que conoce del asunto sólo puede apreciar una posible desviación de la regla de competencia enunciada en ese artículo si se aportan indicios probatorios que le permitan concluir que el demandante ha creado o mantenido de forma artificial las condiciones para la aplicación de esa disposición⁶⁸. Sin embargo, a este fin el sólo hecho de haber mantenido conversaciones con vistas a una posible transacción amistosa no puede acreditar esa colusión. Otra conclusión diferente se produciría si se comprobara que esa transacción fue concluida efectivamente, pero fue ocultada para crear la apariencia de que concurrían las condiciones de aplicación del art. 8, punto 1.

De todas formas, respecto a la sentencia *Freeport*, que enfatizando la formulación literal de la norma, rechazaba la interpretación favorable a la valoración del carácter ficticio del litisconsorcio, en el asunto *CDC*, recuperando la equilibrada perspectiva del Abogado General Mengozzi en las conclusiones del asunto *Freeport*, se introduce un correctivo que concede a los tribunales domésticos la posibilidad de valorar la existencia de una colusión entre el demandante y el único codemandado domiciliado en el Estado miembro del foro para crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de ejercitarse la acción. El límite del fraude a la competencia judicial operaría en todos los casos en que se compruebe que la acción principal, aunque objetivamente relacionada con la que implica al demandado apartado de su foro general, carezca manifiestamente de fundamento o de un interés real para el demandante. Al atribuir a los tribunales domésticos la tarea de comprobar la estrategia colusiva y el carácter ficticio del litisconsorcio, la sentencia *CDC* da un paso atrás respecto a la exclusiva confianza en el requisito de la conexión objetiva.

Se trata de una apertura limitada pero significativa que, junto a la mencionada referencia a la previsibilidad del foro, destaca la intención del TJUE, tratándose de una violación de las reglas del Derecho de la competencia, de vigilar sobre el

⁶⁷ STJUE 11 octubre 2007, as. C-98/06: *Freeport*, ECLI: EU:C:2007:595, ap. 54

⁶⁸ Sentencia *CDC*, cit., ap. 29.

concreto uso de la reglas comunes de competencia judicial internacional para no traicionar su finalidades, aunque estamos todavía lejos de un verdadero examen por parte de los tribunales nacionales de que el foro elegido sea el más adecuado en virtud de su proximidad con los hechos del litigio, como parte de la doctrina requiere para limitar las presiones centrípetas del *forum connexitatis*⁶⁹.

IV. La autonomía de la voluntad en los litigios derivados de cárteles

Otro tema importante concierne el papel de las cláusulas atributivas de competencia sobre todo cuando su efecto sea excluir las reglas de competencia internacional previstas en el reglamento. En el asunto *CDC* el TJUE, con específica relación al Derecho de la competencia, confirma que el tribunal nacional que conoce del asunto estará vinculado en principio por una cláusula atributiva de competencia que excluya las competencias previstas en el reglamento.

La exigencia de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles no puede desvirtuar esa conclusión. En efecto, el TJUE ya en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 había precisado que, al concluir un acuerdo de prórroga de la competencia, las partes pueden excluir no sólo la competencia general sino también las competencias especiales⁷⁰ y que las reglas de Derecho material aplicables al fondo de un litigio no pueden tener incidencia en la validez de una cláusula atributiva de competencia⁷¹. Por otro lado, el tribunal nacional no puede negarse a tener en cuenta una cláusula atributiva de competencia por la sola razón de que considere que el tribunal designado por esa cláusula no garantizaría el pleno efecto del principio de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles, al no permitir que la víctima de un cártel obtuviera la reparación completa del perjuicio que hubiera sufrido⁷².

Sin embargo, ajustando su jurisprudencia anterior en los asuntos *Powell Dufryn* y *Benincasa*, el TJUE destaca una vez más la exigencia de previsibilidad del foro en la que ya se basaba el requisito de precisión del objeto del pacto de prórroga. En particular se admite que una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurí-

⁶⁹ M. Wilderspin, "Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation", en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation...*, op. cit., pp. 41–60, p. 53; M. Danov y F. Becker, "Conclusions: Proposing Specific Solutions to Promote Regulatory Competition and Address the Enforcement Gap", en M. Danov, F. Becker y P. Beaumont, *Cross-Border EU Competition Law...*, op. cit., pp. 283–288.

⁷⁰ STJUE 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Estasis Salotti*, ECLI:EU:C:1976:177, ap. 7.

⁷¹ STJUE 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, ap. 51, en relación con una demanda de pago de una indemnización de daños y perjuicios frente a ciertas dificultades surgidas con ocasión de la descarga de las mercancías.

⁷² Sentencia *CDC*, cit., ap. 63.

dica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte, y que nazcan de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia⁷³. Los jueces nacionales por lo tanto deberán considerar que una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito. Sólo en el caso, que se considera sumamente raro, de una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal competente según las reglas de los reglamentos, éste debería declinar su propia competencia.

En relación con las cláusulas atributivas de competencia otra importante cuestión es la posible eficacia *ultra vires* de los acuerdos en los casos en que un tercero, como CDC, sociedad belga demandante que invocaba acuerdos de cesión de créditos indemnizatorios⁷⁴, hubiera sucedido a la parte contratante inicial. El tribunal que conoce del asunto deberá asegurarse, antes de examinar si las condiciones de forma del acuerdo han sido respetadas y si excluyen efectivamente la competencia de dicho tribunal para conocer del litigio principal, de que las cláusulas referidas son efectivamente oponibles a la parte demandante. En efecto, una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que acordaron celebrar ese contrato.

⁷³ Sentencia CDC, cit., ap. 68.

⁷⁴ El *Landesgericht* de Dortmund parece por lo tanto admitir la capacidad procesal de sociedades cesionarias de créditos indemnizatorios como CDC, a diferencia de otros tribunales alemanes como por ejemplo el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf (18 febrero 2015, asunto VI U 3/14: *Kart*), <https://openjur.de>, en relación con el cártel del cemento, que se basaba en la presunción de que, en caso de que se desestimase el recurso, el demandante CDC no tendría recursos suficientes para cubrir las costas del proceso. Esta circunstancia haría los tribunales alemanes menos atractivos según P. Pavlova, *Is Private Enforcement of Competition Law Still an Option in Germany?*, 9 marzo 2014, <http://conflictflaws.net>. Otros tribunales han confirmado la capacidad procesal de CDC: *vid.* Tribunal de Primera Instancia y de Apelación de Amsterdam de 4 junio 2014 y de 21 julio 2015; Tribunal Territorial de Helsinki en un auto provisional de 4 julio 2013. El Tribunal de Apelación de Amsterdam ha también admitido la capacidad procesal de East-West Debt (sentencia de 7 enero 2014, asunto 200.122.098/01) contra las sociedades participantes en el cártel del transporte aéreo de mercancías (decisión de 9 noviembre 2010, asunto COMP/39.258, notificada con el n° C(2010) 7694). Sobre estos temas *vid.* T. Schreiber, M. Seegers, "The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment", *CPI Antitrust Chronicle*, febrero de 2015, p. 1–7.

Para que esa cláusula sea oponible a un tercero, es necesario, en principio, que éste haya prestado su consentimiento a ese efecto. Sólo en el caso de que, conforme al Derecho nacional aplicable al fondo, determinado en virtud de las reglas de Derecho internacional privado del tribunal que conozca del asunto, el tercero hubiera sucedido a la parte contratante inicial en todos sus derechos y obligaciones, podría invocarse contra él una prórroga de competencia a la que no hubiera dado su consentimiento.

Cabe señalar que, si bien el tribunal alemán remitente había hecho referencia en su última cuestión prejudicial a las cláusulas de arbitraje y a las cláusulas atributivas de competencia, el TJUE en el asunto *CDC* sólo se refiere a estas últimas, evitando tomar expresa posición sobre las primeras también en virtud de que el Reglamento Bruselas I *bis* no se aplica al arbitraje. Da un paso adelante por ejemplo el Tribunal de Apelación de Amsterdam que extiende las conclusiones de los jueces europeos a los acuerdos que prorrogan la competencia a favor de un tribunal arbitral⁷⁵.

V. Conclusiones

Los pronunciamientos *flyLAL–Lithuanian Airlines* y *CDC* representan las dos únicas sentencias del TJUE que interpretan las normas europeas de Derecho internacional privado en relación con el Derecho de la competencia. Aún hay mucho camino que recorrer para conseguir un verdadero desarrollo de la aplicación privada del Derecho de la competencia que exige también, si no reglas específicas⁷⁶, al menos que las reglas existentes sean interpretadas teniendo en cuenta las particularidades de la materia examinada.

Además de los asuntos *Courage* y *Manfredi*, donde el TJUE reconoció el derecho a la indemnización en presencia de un daño causado por una violación de las normas de competencia, existen otras sentencias en las que los jueces europeos examinaron varios temas relacionados con la aplicación privada del Derecho de la competencia. Sin embargo, estas no abordan el tema de la determinación del juez internacionalmente competente, como el asunto *CDC*, sino, por ejemplo el acceso a documentos e información proporcionados con arreglo a un

⁷⁵ Sentencia 21 julio 2015, 200.156.295/01, *Kemira Chemicals Oy contra CDC Project 13 SA*, NL:GHAMS:2015:3006, <http://rechtspraak.nl>.

⁷⁶ Se comparte la opinión de la doctrina que considera que la creación de un foro *ad hoc* para los actos limitativos de la competencia no conllevaría ventajas en la buena administración de justicia dado el número de potenciales sujetos perjudicados y de países donde una conducta colusoria puede producir efectos: cf. B. Vilà Costa, “How to apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: a Coherent Approach”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation...*, op. cit., pp. 17–29, p. 19 ss.

programa nacional de clemencia⁷⁷ o las versiones no confidenciales de las decisiones finales de la Comisión sobre un cártel⁷⁸, el llamado *umbrella pricing*⁷⁹, o la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a la Unión⁸⁰.

En este contexto la sentencia *CDC* examina unas cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional en presencia de cárteles con carácter transfronterizo, aunque muchas conclusiones confirman lo que el TJUE ya había dicho en relación con otras ramas de la materia civil y mercantil.

Sin embargo, no faltan elementos de novedad. Por lo que respecta al actual art. 7, punto 2 del Reglamento Bruselas I *bis*, el TJUE aclara la teoría de la ubicuidad del ilícito de la sentencia *Bier* afirmando que el demandante puede optar por el foro del lugar del hecho que ha causado el daño sólo si, en presencia de varios arreglos colusorios, se puede identificar un hecho concreto con el que fue constituido el cártel o un arreglo en particular que causó el perjuicio. Esta limitación queda compensada por una interpretación muy amplia del lugar donde se produce el hecho dañoso que, en principio según el TJUE, puede identificarse con la sede del demandante, en claro contraste con la regla general del domicilio del demandado.

En realidad, esta última conclusión no representa una verdadera novedad cuando se trata de las llamadas acciones *consumer-to-business* (C2B), dado que los perjuicios sufridos por los consumidores como norma se producen directamente en su propio domicilio. Además, este escenario se presenta más coherente con las reglas de competencia judicial establecidas en materia de contratos celebrados por los consumidores. De hecho, el art. 18 del Reglamento Bruselas I *bis* admite que la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante pueda interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que esté domiciliado el consumidor. Por lo tanto, de esta forma, cuando una acción involucre un consumidor, el sistema Bruselas como interpretado en el asunto *CDC* garantiza, en lo que respecta a las reglas de competencia judicial, algún tipo de paralelismo entre la responsabilidad extracontractual y la contractual.

A una conclusión diferente se llega tomando en cuenta las mucho más frecuentes acciones *business-to-business* (B2B), en relación con las cuales no es tan obvio que el lugar donde se produce el daño corresponda con el domicilio social de la empresa. Admitir que como norma el lugar donde se manifiestan las

⁷⁷ STJUE 14 junio 2011, as. C-360/09: *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389; 6 junio 2013, as. C-536/11: *Donau Chemie*, ECLI: EU:C:2013:366; 27 febrero de 2014, as. C-365/12 P: *EnBW Energie*, ECLI:EU:C:2014:112.

⁷⁸ STJUE 30 de mayo 2013, as. T-534/11: *Schenker*, ECLI:EU:T:2014:854.

⁷⁹ STJUE 5 junio 2014, as. C-557/12: *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317.

⁸⁰ STJUE 6 noviembre 2012, as. C-199/11: *Otis*, ECLI:EU:C:2012:684.

consecuencias perjudiciales corresponde al domicilio del demandante significaría introducir una presunción, si bien relativa, que agravaría sensiblemente la carga de la prueba del demandado. Este riesgo ha sido limitado gracias al pronunciamiento *Universal Music International*, que recordando el asunto *CDC* y admitiendo que el tribunal del lugar del hecho dañoso es normalmente el más adecuado sobre todo por motivos de proximidad del litigio y de facilidad para la práctica de la prueba⁸¹, ha excluido que ese lugar pueda automáticamente identificarse con el domicilio de la empresa demandante.

Conclusiones innovadoras conciernen también al foro sobre litiscorsorcios pasivos del art. 8, punto 1, dado que el asunto *CDC* se ocupa de los casos en que el demandante renuncia a la acción justamente contra el demandado domiciliado en el Estado del foro. El TJUE, admitiendo que la renuncia del demandante a la acción no afecta a la posibilidad de utilizar el *forum connexitatis* si las demandas podían considerarse conexas al tiempo de su presentación, parece más inclinado a ampliar el ámbito de aplicación del reglamento, aunque deje un espacio para que el juez pueda aclarar un posible fraude a la competencia judicial.

Por último, conclusiones más restrictivas han sido adoptadas en relación con las cláusulas atributivas de competencia. De hecho, si no se refieren expresamente a controversias derivadas de la violación de normas de Derecho de la competencia o, al menos, de un ilícito extracontractual, no podrán derogar la competencia del juez establecida según los arts. 7 y 8 del Reglamento Bruselas I bis.

En general, parece que las posiciones del TJUE en relación con los varios temas sometidos a su consideración tienen como mínimo común denominador la protección de la parte perjudicada, a diferencia de otros pronunciamientos (sobre todo los referidos al acceso a los documentos reservados), en los que los jueces europeos habían manifestado una tendencia diferente, y de la Directiva 2014/104, que en determinados fragmentos parece favorecer a los presuntos cartelistas. Cuando se trata de interpretar la reglas de Derecho internacional privado, el objetivo del TJUE parece ser la protección de las partes perjudicadas y el favorecimiento de las acciones indemnizatorias en el espacio jurídico europeo, aunque el número de sentencias es todavía demasiado limitado para establecer un marco definitivo. Las clarificaciones proporcionadas por el TJUE en los asuntos *flyLAL–Lithuanian Airlines* y *CDC*, sobre todo en relación con el lugar donde se materializa el hecho dañoso y con el foro sobre litisconsorcios facultativos, quizás no alcancen el objetivo de limitar considerablemente el *forum shopping*⁸², pero facilitan la interposición de acciones indemnizatorias produ-

⁸¹ STJUE 16 junio 2016, as. C-12/15: *Universal Music International*, cit., aps. 27 y 35.

⁸² Tampoco limitado por el art. 6 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia, anteriormente citado: *vid. C. Fratea, II private enforcement...*, op. cit., p. 162 ss.

ciendo el efecto beneficioso ulterior de funcionar como factor disuasorio de las conductas ilícitas en el mercado interior. De hecho, el mantenimiento de una competencia libre y efectiva en la Unión Europea tendría que ser el objetivo de las instituciones europeas, considerando que el art. 81.2º TFUE prevé la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. Además, el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior representa una competencia exclusiva de la Unión (art. 3.1º, letra b), a diferencia de la cooperación judicial civil (*rec-tius*, el espacio de libertad, seguridad y justicia) que representa una competencia compartida. Se deduce que las normas de Derecho internacional privado deberían ser instrumentales a las relativas al mercado interior, incluso las del Derecho de la competencia⁸³. El TJUE, interpretando las normas del Reglamento Bruselas I de una forma que amplíe las posibilidades para los presuntos perjudicados de incoar un procedimiento indemnizatorio (con la única excepción de la normas sobre la cláusulas atributivas de competencia), parece tener en cuenta este objetivo.

Cierto es que el balance entre la protección de los sujetos perjudicados (e indirectamente el mantenimiento de una competencia efectiva) y la necesidad de contener el riesgo de *forum shopping*, que choca con el principio de previsibilidad del foro, no es fácil de alcanzar, razón por la que un mayor número de pronunciamientos del TJUE sobre estos temas sería deseable.

Bibliografía

- Andreangeli, A.: "Private Antitrust Claims as a 'Special Case': Can the General Court be Envisaged as the Appellate Court vis-à-vis Decisions of National Courts?", en M. Danov, F. Becker, P. Beaumont (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 109–133.
- Bariatti, S.: "Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 349–362.

⁸³ Sobre estos temas, *vid.* C. Pellisé De Urquiza, "La inconsistencia de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional con el buen funcionamiento de la política comunitaria de la defensa de la competencia", en J. Forner Delaygua, C. Gonzáles Beilfuss, R. Viñas Farré (cords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 685–696, que también subraya el efecto negativo del *forum shopping* desde el punto de vista de la libertad de establecimiento, desincentivando el establecimiento de las empresas en aquellos países cuyos tribunales son más inclinados a compensar los daños.

- Basedow, J.: "International Cartels and the Place of Acting under art. 5(3) of the Brussels I Regulation", en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 31–40.
- Böge, U. y Ost, K.: "Up and Running, or is it? Private enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives", *European Competition L. Rev.*, 2006, pp. 197–205.
- Brokelmann, H.: "La directiva de daños y su trasposición en España", *Revista General de Derecho Europeo*, n° 35, 2015, pp. 1–24.
- Bulst, F.W.: "Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2004, pp. 403–410.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: "Medidas provisionales y cautelares y reglamento Bruselas I-bis", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2015, pp. 55–78.
- Danov, M. y Becker, F.: "Conclusions: Proposing Specific Solutions to Promote Regulatory Competition and Address the Enforcement Gap", en M. Danov, F. Becker y P. Beaumont (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 283–288.
- Danov, M. y Becker, F.: "Governance Aspects of Cross-Border EU Competition Actions: Theoretical and Practical Challenges", *J. Priv. Int'l L.*, 2015, n° 3, pp. 359–401.
- Dunne, N.: "Courage and Compromise: The Directive on Antitrust Damages Actions", *European L. Rev.*, n° 4, 2015, pp. 581–587.
- Fratea, C.: *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- Geiss, O. y Daniel, H.: "Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV and Others: A Summary and Critique of the Judgment of the European Court of Justice of May 21, 2015", *European Competition L. Rev.*, 2015, n. 10, pp. 430–435.
- Howard, A.: "The Draft Directive on Competition Law Damages – What does it mean for infringers and victims?", *European Competition L. Rev.*, 2014, n° 1, pp. 51–55.
- Kammin, J.: *Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014.
- Kirst, P. y Van den Bergh, R.: "The European Directive on Damages Actions: A Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives", *Journal of Competition Law & Economics*, n° 1, 2016, pp. 1–30.
- Kominos, A.P.: *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- Kominos, A.P.: "Arbitration and EU Competition Law", en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 191–224.
- Malatesta, A.: "Art. 81. Sezione 3", en F. Pocar, M.C. Baruffi (directo da), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Pádua, Cedam, 2014, pp. 517–535.
- Marongiu Buonaiuti, F.: "La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi", *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 496–504.
- Mosconi, F. y Campiglio, C.: *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, vol. I, Turín, UTET, 2013.
- Negri, M.: "Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione Ce", *Int'l Lis*, 2009, n° 2, pp. 71–80.

- Negri, M.: “Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei”, *Int'l Lis*, 2015, n° 2, pp. 78–84.
- Nourissat, C.: “Livres vert sur les actions en dommages-intérêts: questions de droit judiciaire privé européen”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 7, 2006, pp. 45–48.
- Oró Martínez, C.: “Litigación internacional y acciones de indemnización por infracción del derecho de la competencia de la UE: aspectos de competencia judicial”, en A. Font i Ribas y B. Vilà Costa (eds.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 97–132.
- Oró Martínez, C.: “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional”, *La Ley: Unión Europea*, 2015, n. 30, pp. 1–15.
- Pavlova, P.: “Is Private Enforcement of Competition Law Still an Option in Germany?”, 9 marzo 2014, [http://http://conflictoflaws.net](http://conflictoflaws.net).
- Pelikánová, I.: “The General Court and its Role in EU Competition Law Cases”, en M. Danov y F. Becker, P. Beaumont (eds.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 103–107.
- Pellisé de Urquiza, C.: “La inconsistencia de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional con el buen funcionamiento de la política comunitaria de la defensa de la competencia”, en J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 685–696.
- Scharaw, B.: “Commission Proposal for a Directive on Antitrust Damages and Recommendation on Principles for Collective Redress – the Road Towards ‘Private Antitrust Enforcement’ in the European Union?”, *European Competition L. Rev.*, n° 7, 2014, pp. 352–360.
- Schreiber, T. y Seegers, M.: “The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment”, *CPI Antitrust Chronicle*, Febrero de 2015, pp. 1–7.
- Štanko, A.: “Cross-border ‘Torpedo’ Litigation”, *Common L. Rev.*, 2009/10, pp. 20–23.
- Stella, M.: “La prima pronuncia di un Tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della Commissione CE in materia”, *Int'l Lis*, n° 3–4, pp. 149–156.
- Stylopoulos, E.: “Powers and Duties of Arbitrators in the Application of Competition Law: An EC Approach in the Light of Recent Developments”, *European Competition L. Rev.*, n° 3, 2009, pp. 118–124.
- Vilà Costa, B.: “How to apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: a Coherent Approach”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 17–29.
- Vilà Costa, B.: “Private enforcement del Derecho de la competencia y Derecho internacional privado: algunas reflexiones y propuestas sobre los foros contractual y extracontractual a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en A. Font i Ribas y B. Vilà Costa (eds.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 83–96.
- Wilderspin, M.: “Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. Basedow, S. Francq y L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws of Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 41–60.
- Withers, C.: “Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims”, *J. Buss. L.*, 2002, pp. 250–271.

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 7.6.2016

LA DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DEL REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO

Josep Maria JULIÀ INSENSER *

SUMARIO: I. El requerimiento europeo de pago. II. Medidas para la aplicación en España del Reglamento 2006. III. Riesgo efectivo de una interpretación incorrecta del criterio de competencia: 1. Aplicación del art. 6 del Reglamento 2006. 2. Interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea. 3. Primacía del Derecho de la Unión Europea. 4. Interpretación actual de la Disposición Final. IV. Conclusión.

RESUMEN: La Ley de Enjuiciamiento Civil aplica el domicilio del demandado como única conexión para asumir la competencia para ejecutar en España un requerimiento europeo de pago. Esta regulación crea confusión y ha creado un riesgo efectivo de infracción del derecho europeo al denegar la ejecución de un requerimiento europeo de pago contra bienes en España de una persona domiciliada en otro Estado miembro. Mientras no se corrija dicha regulación, los jueces españoles deberían reconocer su competencia en dichos casos mediante la aplicación directa del Reglamento CE 1896/2006 o la opción por una interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al Derecho europeo.

PALABRAS CLAVE: REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO, REGLAMENTO CE 1896/2006 – PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO – EFECTIVIDAD DEL DERECHO EUROPEO, COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

ABSTRACT: *Incorrect Definition of Jurisdiction for Enforcement in Spain of European Order for Payment*

Spanish Law on Civil Procedure applies domicile of the defendant as the sole connection to assume jurisdiction for enforcement in Spain of a European order for payment. This regulation is misleading and has created an effective risk of infringement of European law by refusing enforcement of a European order for payment against assets in Spain of a person with domicile in another Member state. Until such regulation is corrected, Spanish judges should accept jurisdiction in such cases by means of direct application of Regulation EC 1896/2006 or opting for an interpretation of Spanish Law on Civil Procedure compliant with European law.

* Abogado, Delegatessen.

KEY WORDS: EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT – REGULATION EC 1896/2006 – PRECEDENCE OF EUROPEAN LAW – EFFECTIVENESS OF EUROPEAN LAW – INTERNATIONAL JUDICIAL CO-OPERATION

I. El requerimiento europeo de pago

Mediante el Reglamento (CE) n° 1896/2006, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo (el “Reglamento 2006”), aplicable desde el 12 diciembre 2008, la Unión Europea creó un procedimiento monitorio europeo para las reclamaciones transfronterizas de créditos pecuniarios no impugnados con el objetivo de simplificar y abaratar dicho tipo de reclamaciones¹. Este procedimiento se fundamenta en la expedición de un requerimiento europeo de pago por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro a petición del demandante². El requerimiento es notificado al demandado y, si éste no presenta ninguna oposición al mismo, deviene ejecutivo, debiendo ser reconocido y ejecutado en cualquiera de los demás Estados miembros sin necesidad de ejecución³. Así, por una parte existe un procedimiento de expedición del requerimiento y en su caso oposición en el denominado Estado miembro de origen y, por otra parte, un procedimiento de ejecución en el denominado Estado miembro de ejecución. Según el art. 21 del Reglamento 2006, el procedimiento de ejecución del requerimiento en este otro Estado miembro se realiza conforme a su propio ordenamiento y como si fuera una resolución judicial ejecutiva de ese mismo Estado. Los órganos judiciales de éste no pueden revisar el requerimiento en cuanto al fondo, limitándose asimismo la posibilidad de denegar la ejecución a los casos excepcionales de cosa juzgada o pago y, en caso de haber solicitado la revisión del requerimiento en el Estado miembro de origen, permitiendo la limitación de la ejecución mediante la concesión de medidas cautelares o la exigencia de garantías o la suspensión de la ejecución en casos excepcionales.

Conforme al art. 6 del Reglamento 2006, la competencia judicial de un Estado miembro para aplicar este reglamento se determina conforme al Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre (el “Reglamento Bruselas I”)⁴. Desde el 10 enero 2015, cualquier referencia a este reglamento se entiende hecha al Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre (el “Reglamento Bruselas I bis”), en virtud de su art. 80, que también remite a una tabla en su Anexo III con las correspondencias entre los artículos de ambos reglamentos.

¹ El Reglamento 2006 no es aplicable en Dinamarca.

² Los órganos competentes en Hungría son los notarios de Derecho civil.

³ *Vid* nota a pie 1.

⁴ Párrafo 26 STEDU 3ª 13 junio 2013 en el caso *Goldbet Sportwetten v. Massimo Sperindeo* (Aranzadi TJCE\2013\154).

II. Medidas para la aplicación en España del Reglamento 2006

Aunque el Reglamento 2006 no requiere transposición al ordenamiento nacional por la propia naturaleza y efectos de los reglamentos de la Unión Europea, España consideró necesario en 2011 introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil una disposición final vigésima tercera (la “Disposición Final”) para regular algunas medidas que facilitasen la aplicación del Reglamento 2006 en España⁵. El apartado 1 de la Disposición Final reconoce a los juzgados de primera instancia la competencia exclusiva para “el conocimiento de la instancia del proceso monitorio europeo”, estableciendo también que la competencia territorial se determinará conforme al Reglamento Bruselas I y “en lo no previsto, con arreglo a la legislación procesal española”. Así, a diferencia del art. 6 del Reglamento 2006 que impone una remisión general y sin aplicación subsidiaria de los ordenamientos nacionales, la remisión al Reglamento Bruselas I parece efectuarse únicamente respecto a la competencia de España como Estado miembro de origen, es decir, para la expedición y vicisitudes del requerimiento europeo de pago en el proceso monitorio europeo, y con aplicación subsidiaria de los criterios procesales de competencia territorial fijados en el ordenamiento español.

Respecto a la competencia para ejecución en España de un requerimiento de pago europeo, el ap. 13 de la Disposición Final reconoce la competencia del juzgado de primera instancia del domicilio del demandado. En este caso, para la competencia de España como Estado miembro de ejecución, dicha disposición no menciona que la competencia sea exclusiva o excluyente, ni se hace remisión alguna a los criterios de competencia del Reglamento Bruselas I o de la legislación procesal española.

III. Riesgo efectivo de una interpretación incorrecta del criterio de competencia

La redacción actual del ap. 13 de la Disposición Final crea un riesgo efectivo de infracción del Derecho de la Unión Europea por infracción del Reglamento 2006. Este riesgo se puso de manifiesto particularmente en un auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 octubre 2012 (el “Auto”)^{6 7}.

⁵ Art. 1.7º Ley 4/2011, de 24 de marzo.

⁶ AAP Barcelona 19ª nº 122/2012, de 4 octubre (Aranzadi JUR/2012/395329).

⁷ En algún otro caso, el juzgado de primera instancia rechazó también su competencia para un proceso monitorio europeo pero por un simple error sobre cuál era el Estado miembro de origen, siendo debida-

El Auto resolvió un recurso de apelación contra otro auto de un juzgado de primera instancia de Barcelona en que éste se declaraba incompetente, desestimando la petición de ejecución en España de un requerimiento de pago europeo expedido en otro Estado miembro contra una sociedad con domicilio en Holanda⁸. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó el auto de declaración de incompetencia del juzgado. El Auto se fundamenta en que el apartado 13 de la Disposición Final regula taxativa y literalmente que la competencia es del juzgado de primera instancia del domicilio del demandado. Como el domicilio de la sociedad demandada estaba en Holanda, los juzgados de primera instancia de Barcelona no tenían competencia. El Auto no menciona siquiera si el demandado dispone de bienes susceptibles de ejecución en España, ni si el demandante ha aportado indicio alguno de este extremo. Si el demandado domiciliado en Holanda tenía bienes susceptibles de ejecución en España, el Auto parecería aplicar el Reglamento 2006 y la Disposición Final de forma incorrecta y en infracción del Derecho de la Unión Europea.

1. Aplicación del art. 6 del Reglamento 2006

El art. 19 del Reglamento 2006 impone a la jurisdicción española el reconocimiento y ejecución de un requerimiento europeo de pago que tenga fuerza ejecutiva conforme al art. 18 de dicho reglamento, es decir, un requerimiento expedido y declarado ejecutivo por el órgano judicial del Estado miembro de origen porque no se ha presentado ninguna oposición al mismo. Dicho art. 19 no impone ninguna restricción por motivo del domicilio del demandado. Por el contrario, si el Auto hubiera aplicado el art. 6 del Reglamento 2006 y acudido al Reglamento Bruselas I, hubiera debido aplicar el art. 39.2º RB I que, en la sección 2 de Ejecución del Capítulo III sobre Reconocimiento y Ejecución, dispone expresamente que “la competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de ejecución”. Dicha atribución de competencia viene a confirmar lo dispuesto anteriormente en el art. 22.5º del mismo reglamento que otorga competencia exclusiva “en materia de ejecución de las resoluciones judiciales” a “los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución”. Este criterio se explica por el monopolio de la fuerza que todo Estado retiene en su propia jurisdicción, siendo la ejecución forzosa uno de los casos en que las autoridades estatales se ven llamadas a ejercer dicha compulsión. Asimismo, el criterio responde a una cuestión práctica y de eficacia ya que la ejecución normalmente sólo tiene sentido en el lugar donde existan bienes susceptibles de ejecución.

mente corregido en apelación (AAP Barcelona 11ª nº 236/2012, de 10 diciembre, Aranzadi JUR\2013\34062).

⁸ El auto publicado no cita el Estado miembro de origen que expidió el requerimiento de pago.

La Audiencia Provincial podía haber aplicado directamente el Reglamento 2006 y el RB I por el propio efecto directo de los reglamentos, reconocido en el art. 288 TFUE y confirmado desde antaño por la jurisprudencia europea desde la sentencia en el asunto *Politi* en 1971⁹.

2. Interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea

El error de la Audiencia Provincial resulta probablemente de una normativa, la Disposición Final, que induce a la confusión. Sin embargo, aunque la Audiencia Provincial decidió no aplicar directamente el Reglamento 2006, debería haber intentado aplicar la Disposición Final de una forma que no fuera contraria al derecho de la Unión Europea. En defensa de la Audiencia Provincial, cabe admitir que la lectura de la Disposición Final en línea con las imposiciones del Reglamento 2006 exige un esfuerzo interpretativo quizá original.

Una posibilidad para salvar la Disposición Final hubiera sido entender que la remisión al RB I en su ap. 1 no se limita a la competencia de España como Estado miembro de origen sino a todas las competencias propias del Reglamento 2006, tal como impone su art. 6, en cuyo caso hubiera podido aplicar directamente, aunque paradójicamente de manera indirecta, la competencia fijada por el art. 39.2º RB I.

Otra alternativa hubiera sido interpretar que la competencia en el ap. 13 de la Disposición Final, a diferencia del apartado 1, no es exclusiva y excluyente, en cuyo caso podía haber acudido al entonces vigente art. 955 LEC/ 1881 y aplicar el criterio subsidiario de competencia para la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en el lugar de ejecución o donde la resolución debiera producir efectos. Dicho art. 955 también podía haberse aplicado, nuevamente de manera directa pero indirecta, por mor de la remisión a la legislación procesal española en el ap. 1 de la Disposición final.

3. Primacía del Derecho de la Unión Europea

Si la Audiencia Provincial hubiera considerado que no cabía una interpretación de la Disposición Final conforme con el Reglamento 2006, debería haber aplicado el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, otro añejo principio declarado por la jurisprudencia europea desde el asunto *Costa Enel* en 1964¹⁰, dejando sin efecto la legislación nacional contraria al derecho de la Unión Europea, en este caso el ap. 13 de la Disposición Final. Dicho principio

⁹ STJ 14 diciembre 1971, as. 43/71.

¹⁰ STJ 15 julio 1964, as. 6/64.

de primacía también ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹ y el Tribunal Constitucional¹².

Sin perjuicio del principio de autonomía procesal que permite a los Estados miembros regular en su ordenamiento jurídico nacional los mecanismos procesales para la aplicación del Derecho de la Unión Europea, la jurisprudencia europea ha confirmado que las normas procesales internas no pueden ser menos favorables que las aplicadas al derecho interno, el principio de equivalencia, y tampoco pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por la Unión Europea, el principio de efectividad¹³. Respecto al ap. 13 de la Disposición Final, salvo que se acogiera alguna de las interpretaciones alternativas coherentes con el Derecho de la Unión Europea, claramente se estaría infringiendo el principio de efectividad porque se estaría haciendo imposible ejecutar en España un requerimiento de pago europeo de otro Estado miembro pese a la existencia de bienes susceptibles de ejecución en España, por el mero hecho de que el demandado no está domiciliado en España, en contra de lo expresamente previsto en los arts. 6, 18 y 19 del Reglamento 2006 y los arts. 22.5º y 39.2º RB I. Si la Audiencia Provincial hubiera tenido alguna duda respecto a la interpretación de los citados reglamentos europeos, debería haber planteado la correspondiente cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE. De hecho, la misma Audiencia Provincial de Barcelona ya había planteado anteriormente otra cuestión prejudicial en relación con un proceso monitorio nacional y con el Reglamento 2006¹⁴.

4. Interpretación actual de la Disposición Final

Desde que se dictó el Auto en 2012, han aparecido nuevas normas como el Reglamento Bruselas I *bis* y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (la “Ley de Cooperación”)¹⁵. Aún así, actualmente la solución deseable y correcta para la interpretación de la Disposición Final y el tratamiento del mismo asunto que examinó el Auto, la ejecución en España de un requerimiento de pago euro-

¹¹ STS 1ª n° 572/2012, 9 de octubre (RJ 2012\11059) y STS 1ª n° 630/2012, de 30 de octubre (RJ 2013\2273).

¹² SSTC, pleno, n° 215/2014, 18 de diciembre (Aranzadi RTC 2014\215) y n° 103/2015, de 28 de mayo (Aranzadi RTC 2015\103).

¹³ Párrafo 46 STJ 1ª 14 junio 2012, as. *Banesto* (Aranzadi TJCE\2012\143), en relación con un proceso monitorio nacional y recordando la jurisprudencia anterior en dicho mismo sentido en los asuntos *Mostaza Claro* (Aranzadi TJCE\2006\299) y *Asturcom Telecomunicaciones* (Aranzadi TJCE\2009\309).

¹⁴ STJ 1ª 14 junio 2012, as. *Banesto* (Aranzadi TJCE\2012\143), aunque las cuestiones prejudiciales en dicho caso no tenían relación con el ap. 13 de la Disposición Final y el Tribunal no llegó siquiera a pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en relación con el Reglamento 2006.

¹⁵ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

peo contra una persona con bienes en España pero domiciliada en otro Estado miembro, continuaría siendo la aceptación de competencia por el juzgado de primera instancia español.

La remisión al Reglamento Bruselas I por el art. 6 del Reglamento 2006, así como la remisión efectuada por el ap. 1 de la Disposición Final, deben entenderse como remisiones al Reglamento Bruselas I *bis* en virtud del art. 80 de dicho reglamento. Según la propia tabla en el Anexo III del Reglamento Bruselas I *bis*, el art. 24.5º de dicho reglamento es el equivalente al art. 22.5º del Reglamento Bruselas I que reconoce la competencia exclusiva del Estado miembro del lugar de ejecución en materia de ejecuciones de resoluciones judiciales. Sin embargo, dicha tabla no recoge equivalencia alguna para el art. 39 del Reglamento Bruselas I. Este hecho no parece determinante, no sólo porque dicha disposición parece únicamente una concretización de la competencia exclusiva fijada en el art. 22.5º, sino también porque posiblemente la eliminación del art. 39 responde simplemente a la nueva estructura propiciada por el Reglamento Bruselas I *bis*, sin necesidad de ejecución y con la ejecución sometida directamente a las normas procesales nacionales. Por este motivo, nada ha cambiado y los argumentos basados en la primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea, el efecto directo de sus reglamentos y las remisiones previstas en la propia Disposición Final, siguen vigentes.

Respecto a los argumentos basados en la aplicación del art. 955 de la antigua LEC/1881, vía el carácter no exclusivo del ap. 13 de la Disposición Final o vía la remisión a la legislación procesal española por el apartado 1 de la Disposición Final, la actual Ley de Cooperación, en su art. 52.1º, recoge el mismo criterio de competencia territorial subsidiario de competencia para la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en el lugar de ejecución o donde la resolución debiera producir efectos. Así, cualquiera de las dos vías citadas seguiría permitiendo una aplicación de la legislación procesal española conforme con el derecho de la Unión Europea mediante la aplicación del art. 52.1º de la Ley de Cooperación.

IV. Conclusión

La actual redacción de la Disposición Final y, en particular, su apartado 13, pueden crear confusión y, como ha demostrado el Auto, suponen un riesgo efectivo de infracción del derecho de la Unión Europea recogido en el Reglamento 2006 y el Reglamento Bruselas I *bis*. Sería conveniente que el legislador modificase el ap. 13 de la Disposición Final para añadir como criterio de competencia alternativo el lugar de ejecución, tal como lo disponía en su día el art. 39.2º del Reglamento Bruselas I. Mientras no se modifique la ley, cuando se solicite la

ejecución de requerimientos de pago europeos en España contra bienes situados en España de personas con domicilio en otro Estado Miembro, los órganos jurisdiccionales deberán declararse competentes, ya sea mediante la aplicación directa del Reglamento 2006 y el Reglamento Bruselas I o aplicando la Ley de Cooperación para interpretar la Disposición Final de forma conforme a los principios de primacía y eficacia del derecho de la Unión Europea. En cualquier caso, si dicho órgano jurisdiccional no queda convencido por estos argumentos, sería conveniente que plantease la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Recepción: 16.6.2006
Aceptación: 18.6.2006

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2015– MAYO 2016

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

El presente trabajo tiene por objeto informar sobre las actividades desarrolladas por la Comisión Europea en materias relacionadas con el Derecho internacional privado durante el periodo comprendido entre mayo 2015 y mayo 2016. En este tiempo la labor desarrollada por la Comisión ha sido muy abundante y entre sus actividades hay que destacar la presentación de su Programa de Trabajo de 2016, No es momento de dejar las cosas como están, en una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones¹, donde planteaba nuevas iniciativas con la finalidad de superar los retos que tiene ante sí la sociedad. Asimismo, hay que destacar el Trigésimo segundo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE. Informe anual de 2014².

La Comisión también presentó durante este periodo su Informe anual 2014 sobre subsidiariedad y proporcionalidad³ (vigésimo segundo informe anual de la Comisión donde analiza el modo en que las instituciones y órganos de la UE han aplicado estos dos principios y cómo ha evolucionado la práctica en comparación con años anteriores); y su Informe anual 2014 sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales⁴.

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

¹ Doc. COM (2015) 610 final, de 27 de octubre.

² Doc. COM (2015) 329 final, de 9 de julio.

³ Doc. COM (2015) 315 final, de 2 de julio.

⁴ Doc. COM (2015) 316 final, de 2 de julio.

1. Espacio de libertad, seguridad y justicia

A lo largo de este periodo, la Comisión ha seguido desarrollando sus políticas de justicia, derechos fundamentales y ciudadanía, basadas en los valores fundamentales de la UE: democracia, libertad, tolerancia y Estado de Derecho.

1.1. Coperación judicial en materia civil

Sin duda alguna, en este apartado cabe destacar la presentación por parte de la Comisión de una serie de medidas con el propósito de clarificar los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (matrimonios o uniones registradas) y conocer con mayor facilidad cuáles son los órganos jurisdiccionales competentes y las leyes aplicables a sus derechos patrimoniales.

En primer lugar, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁵. Este instrumento legislativo que regula los regímenes económicos matrimoniales viene a complementar los ya adoptados hasta la fecha sobre la base jurídica prevista en el art. 81 del TFUE. A continuación, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁶. Finalmente, la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos de las parejas internacionales, incluidos los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas⁷.

Del mismo modo, cabe señalar dos informes de la Comisión, el primero, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo⁸; y, el segundo, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre las actividades de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil⁹. En este sentido, conviene recordar que la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil es una herramienta que contribuye a tender puentes entre los diferentes

⁵ Doc. COM (2016) 106 final, de 2 de marzo.

⁶ Doc. COM (2016) 107 final, de 2 de marzo.

⁷ Doc. COM (2016) 108 final, de 2 de marzo.

⁸ Doc. COM (2015) 495 final, de 13 de octubre.

⁹ Doc. COM (2016) 129 final, de 10 de marzo.

sistemas judiciales de los Estados miembros y, de este modo, crear confianza mutua.

1.2. Cooperación judicial en materia penal

La prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica ha sido objeto de dos Propuestas de Decisión del Consejo, la primera relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹⁰ y, la segunda, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica¹¹.

1.3. Política de visados y cruce de fronteras exteriores

En materia de visados cabe destacar la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) en distintas regiones. Para ello, la Comisión adoptó las siguientes decisiones: la Decisión de Ejecución (UE) 2015/854 de la Comisión, de 1 junio 2015, por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) entrará en funcionamiento en la decimonovena región¹² (región integrada por los siguientes países: China, Japón, Mongolia, Corea del Norte, Corea del Sur y Taiwán); la Decisión de Ejecución (UE) 2015/913 de la Comisión,¹³ de 12 junio 2015, por la que se fija la fecha de puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) en la vigésima región (región integrada por los siguientes países: Bangladés, Bután, India, Maldivas, Nepal, Pakistán y Sri Lanka); y la Decisión de Ejecución (UE) 2015/912 de la Comisión, de 12 junio 2015, por la que se fija la fecha de puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) en las regiones vigésima primera, vigésima segunda y vigésima tercera¹⁴ (la vigésima primera región está integrada por los siguientes países: Andorra, Santa Sede, Mónaco y San Marino; la vigésima segunda región por Irlanda y Reino Unido; y la vigésima tercera región por Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Islandia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Suiza).

¹⁰ Doc. COM (2016) 109 final, de 4 de marzo.

¹¹ Doc. COM (2016) 111 final, de 4 de marzo.

¹² DO L 135 de 2.06.2015.

¹³ DO L 148 de 13.06.2015.

¹⁴ DO L 148 de 13.06.2015.

Asimismo, durante este periodo, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1683/1995 del Consejo, de 29 mayo 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado¹⁵; y una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Estado de la cuestión y posibles maneras de avanzar por lo que se refiere a la situación de no reciprocidad con algunos terceros países en el ámbito de la política de visados¹⁶.

En relación al espacio Schengen, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (versión codificada)¹⁷; y una Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo por la que se recomienda la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen¹⁸.

Junto a ellas destacan también las siguientes iniciativas: las Notificaciones con arreglo al art. 37 del Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) — Posibilidad de que un Estado miembro disponga en su Derecho interno la obligación de poseer o llevar consigo documentos de conformidad con el art. 21, letra c)¹⁹; Actualización de la lista de pasos fronterizos mencionados en el art. 2, apartado 8, del Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen)²⁰; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, La Guardia Europea de Fronteras y Costas y una gestión eficaz de las fronteras exteriores de Europa²¹; y el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Disponibilidad y preparación de la tecnología para identificar a una persona sobre la base de las impresiones dactilares registradas en el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)²².

Finalmente, en materia de cooperación policial hay que mencionar la Decisión (UE) 2016/809 de la Comisión, de 20 mayo 2016, relativa a la notificación por

¹⁵ Doc. COM (2015) 303 final, de 24 de junio.

¹⁶ Doc. COM (2016) 221 final, de 12 de abril.

¹⁷ Doc. COM (2015) 8 final, de 20 de enero.

¹⁸ Doc. COM (2016) 275 final, de 4 de mayo.

¹⁹ DO C 191 de 9.6.2015.

²⁰ DO C 341, de 16.10.2015.

²¹ Doc. COM (2015) 673 final, 15 de diciembre.

²² COM (2016) 93 final, de 29 de febrero.

parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de su deseo de participar en determinados actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y que no forman parte del acervo de Schengen²³ (Se trata de las siguientes Decisiones del Consejo: Decisión 2008/615/JAI del Consejo²⁴, de 23 junio 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza; Decisión 2008/616/JAI del Consejo²⁵, de 23 junio 2008, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza; y Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo²⁶, de 30 noviembre 2009, sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

1.4. Asilo, refugio e inmigración

Ante la mayor crisis de refugiados desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial a la que se enfrenta la Unión Europea, el aumento de la afluencia de solicitantes de asilo plantea una serie de retos que la Unión Europea debe afrontar (necesidades de estas personas que tiene que satisfacer adecuadamente, tales como vivienda, suministros y servicios). Ya en la Agenda Europea de Migración²⁷, adoptada por la Comisión Europea el 13 mayo 2015, se establecían las medidas inmediatas necesarias para responder a los complejos y urgentes desafíos que se plantean actualmente en el ámbito de la migración, así como iniciativas a medio y largo plazo que deben adoptarse para proporcionar soluciones estructurales destinadas a mejorar la gestión de la migración en todos sus aspectos.

Pues bien, en esta línea, la Comisión presentó durante este periodo las siguientes iniciativas: En primer lugar, dos Comunicaciones, una conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo: Abordar la crisis de los refugiados en Europa: el papel de la acción exterior de la UE²⁸; y otra al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las normas de contratación pública por lo que respecta a la actual crisis del asilo²⁹.

En segundo lugar, la Recomendación (UE) 2015/914, de 8 junio 2015³⁰, sobre un programa europeo de reasentamiento, en la que la Comisión recomienda que

²³ DO L 132, de 21.05.2016.

²⁴ DO L 210, de 6.08.2008.

²⁵ DO L 210, de 6.08.2008.

²⁶ DO L 322, 9.12.2009.

²⁷ Doc. COM (2015) 240 final, de 13 de mayo.

²⁸ JOIN (2015) 40 final, de 9 de septiembre.

²⁹ Doc. COM (2015) 454 final, de 9 de septiembre.

³⁰ DO L 148 de 13.06.2015.

los Estados miembros reasienten a 20.000 personas necesitadas de protección internacional con arreglo a las condiciones y la clave de reparto establecidas en el Anexo de la propia Recomendación.

En tercer lugar, una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida³¹.

En cuarto lugar, una Decisión, de 24 noviembre 2015, sobre la coordinación de las acciones de la Unión y de los Estados miembros mediante un mecanismo de coordinación, el Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados³², mediante la cual se creaba un mecanismo de coordinación con el fin de ayudar a Turquía a abordar las necesidades humanitarias y de desarrollo inmediatas de los refugiados y de las comunidades de acogida, así como a las autoridades nacionales y locales para gestionar y hacer frente a las consecuencias de la afluencia de refugiados.

Finalmente, una Recomendación (UE) 2016/193, de 10 febrero 2016, dirigida a la República Helénica sobre las medidas urgentes que Grecia debe adoptar con vistas a la reanudación de los traslados en virtud del Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo³³.

Por otra parte, el retorno a sus países de origen de los migrantes irregulares sin derecho a residir en la UE, con respeto pleno del principio de no devolución, es parte esencial de los esfuerzos globales de la UE para afrontar la migración y, en particular, para reducir la migración irregular. Uno de los incentivos a la migración irregular es la certeza de que el sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares no es suficientemente eficaz. Con el fin de regular esta situación la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de Acción de la UE en materia de retorno³⁴.

Además, en relación a una adecuada gestión de la inmigración y la protección internacional de estas personas la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in*

³¹ Doc. COM (2015) 450 final, de 9 de septiembre.

³² DO C 407 de 8.12.2015.

³³ DO L 38 de 13.02.2016.

³⁴ Doc. COM (2015) 453 final, de 9 de septiembre.

*one of the Member States by a third-country national or a stateless person (re-cast)*³⁵.

1.5. Libre circulación de personas y ciudadanía de la Unión

Destacan en este epígrafe dos iniciativas adoptadas por la Comisión durante este periodo. En primer lugar, su Informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación, los resultados y la evaluación global del programa “Europa con los ciudadanos” para el período 2007–2013³⁶. Este informe se enmarca en el programa “Europa con los ciudadanos” que estableció la Unión Europea y que tiene como objetivo fomentar la participación de los ciudadanos individuales, las autoridades locales y las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de integración europea. Informe al que acompañaban sendos documentos de trabajo: el *Commission Staff Working Document, Accompanying the document Report on the ex-post evaluation of the Europe for Citizens programme 2007–2013*³⁷; y el *Commission Staff Working Document, Executive Summary Accompanying the document Report on the ex-post evaluation on the Europe for Citizens programme 2007–2013*³⁸.

En Segundo lugar, la Comunicación al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo sobre la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos, simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012³⁹, propuesta con la que se pretende reducir los trámites burocráticos y los costes para aquellos ciudadanos y empresas que tienen que presentar a las autoridades de un Estado miembro un documento público expedido por las autoridades de otro Estado miembro.

2. Mercado interior

Con carácter general, se puede citar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Mejorar el mercado único: más oportunidades para los

³⁵ Doc. COM (2016) 270 final, de 4 de mayo.

³⁶ Doc. COM (2015) 652 final, de 16 de diciembre.

³⁷ SWD (2015) 286 final, de 16 de diciembre.

³⁸ SWD (2015) 287 final, de 16 de diciembre.

³⁹ Doc. COM (2016) 206 final, de 8 de abril.

ciudadanos y las empresas⁴⁰, en la que se analizan los obstáculos y las claves para conseguir un mercado único más profundo y más justo, acompañada de los documentos de trabajo de los Servicios de la Comisión⁴¹.

2.1. Libre circulación de mercancías y Unión aduanera

Referir aquí dos Propuestas de Decisión del Consejo, una de ellas por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el seno de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio por lo que respecta a la prórroga de la moratoria de los derechos de aduana sobre las transmisiones electrónicas y la moratoria sobre las reclamaciones no basadas en una infracción y las reclamaciones en casos en que existe otra situación⁴².

La otra Propuesta, sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Administrativo del Convenio TIR, respecto de la propuesta de enmienda del Convenio relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR⁴³, que tiene por finalidad que la Unión Europea adopte las últimas enmiendas del Convenio TIR aprobadas por el grupo de trabajo de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) sobre cuestiones aduaneras relacionadas con el transporte, y aceptadas a continuación por el Comité Administrativo del Convenio TIR.

2.2. Movilidad laboral y profesional

La movilidad laboral y profesional y, en particular, las cualificaciones profesionales, ha sido objeto de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales en la navegación interior y por la que se derogan las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE del Consejo⁴⁴, que tiene por objeto facilitar la movilidad laboral en el sector de la navegación interior garantizando que las cualificaciones de los trabajadores especializados se reconozcan en toda la Unión. Esta Propuesta de Directiva iba acompañada por el *Commission Staff Working Document, Impact assessment*⁴⁵; y por el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto⁴⁶.

⁴⁰ Doc. COM (2015) 550 final, de 28 de octubre.

⁴¹ SWD (2015) 202 final, de 28 de octubre; y SWD (2015) 203 final, de 28 de octubre.

⁴² Doc. COM (2015) 483 final, de 6 de octubre.

⁴³ Doc. COM (2015) 512 final, de 20 de octubre.

⁴⁴ Doc. COM (2016) 82 final, de 18 de febrero.

⁴⁵ SWD (2016) 35 final, de 18 de febrero.

⁴⁶ SWD (2016) 36 final, de 18 de febrero.

En relación a la expedición de títulos, destaca la Decisión Delegada (UE) 2016/790 de la Comisión, de 13 enero 2016, que modifica el anexo V de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los títulos de formación y las denominaciones de las formaciones⁴⁷. Decisión que resulta necesaria tras la comunicación a la Comisión por parte de varios Estados miembros de las actualizaciones de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de expedición de títulos de formación de médicos, enfermeros responsables de cuidados generales, odontólogos, veterinarios, matronas, farmacéuticos y arquitectos.

Por lo que se refiere al desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea, la Comisión presentó durante este periodo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁴⁸ que tiene por objeto hacer frente a las prácticas desleales y promover el principio de que un mismo trabajo en un mismo lugar debe remunerarse de la misma manera. Esta Propuesta iba acompañada por el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Resumen de la evaluación de impacto⁴⁹.

Finalmente, en materia de empleo, señalar las siguientes iniciativas: la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros⁵⁰; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2016 Refuerzo de la recuperación y fomento de la convergencia⁵¹; el Proyecto de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y del Consejo que acompaña a la Comunicación de la Comisión relativa al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2016⁵²; la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros⁵³; y la Propuesta de Recomendación del Consejo sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral⁵⁴ acompañada por el *Commission Staff Working Document, Analytical Supporting Document Accompanying the document Proposal for a*

⁴⁷ DO L 134, de 24.05.2016.

⁴⁸ Doc. COM (2016) 128 final, de 8 de marzo.

⁴⁹ SWD (2016) 53 final, de 8 de marzo.

⁵⁰ Doc. COM (2015) 98 final, de 2 de marzo.

⁵¹ Doc. COM (2015) 690 final, de 26 de noviembre.

⁵² Doc. COM (2015) 700 final, de 26 de noviembre.

⁵³ Doc. COM (2016) 71 final, de 15 de febrero.

⁵⁴ Doc. COM (2015) 462 final, de 17 de septiembre.

*Council Recommendation on the integration of the long-term unemployed into the labour market*⁵⁵.

2.3. Libre prestación de servicios

Como ya es habitual, en esta materia la Comisión ha desarrollado una amplia actividad durante este periodo. Así, en relación a los servicios financieros, ante la ausencia de un mercado de servicios financieros al por menor a escala europea que permita aumentar las opciones para los consumidores y permita la entrada de nuevos operadores en el mercado y la innovación, la Comisión presentó un Libro verde sobre los servicios financieros al por menor, Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas⁵⁶.

Por lo que respecta a la Unión Bancaria, varias iniciativas merecen ser objeto de análisis; en primer lugar, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a las normas sobre los niveles de aplicación de los requisitos prudenciales bancarios⁵⁷; a continuación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 806/2014 a fin de establecer un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos⁵⁸, que prevé el establecimiento de un Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (SEGD) como el tercer pilar de la Unión Bancaria en tres etapas sucesivas; finalmente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Hacia la culminación de la Unión bancaria”⁵⁹, tan importante para la estabilidad financiera en la UEM restaurando la confianza en el sector bancario.

En relación a las entidades de crédito la Comisión presentó una Comunicación con arreglo al art. 6 de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito⁶⁰; y un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los efectos de la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 19 revisada en la volatilidad de los fondos propios de las entidades de crédito y las empresas de inversión⁶¹.

⁵⁵ SWD (2015) 176 final, de 17 de septiembre.

⁵⁶ Doc. COM (2015) 630 final, de 10 de diciembre.

⁵⁷ Doc. COM (2015) 388 final, de 5 de agosto.

⁵⁸ Doc. COM (2015) 586 final, de 24 de noviembre.

⁵⁹ Doc. COM (2015) 587 final, de 24 de noviembre.

⁶⁰ DO C 428 de 19.12.2015.

⁶¹ Doc. COM (2015) 685 final, de 6 enero 2016.

Por otra parte, la libre circulación de capitales constituye uno de los principios fundamentales sobre los cuales se construyó la UE. Sin embargo, los mercados de capitales de Europa están aún fragmentados y relativamente poco desarrollados y una mayor integración de los mismos redundaría en una mayor eficiencia e incrementaría la capacidad de Europa para financiar el crecimiento. En este sentido, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de acción para la creación de un mercado de capitales⁶², acompañada del *Commission Staff Working Document, Feedback Statement on the Green Paper “Building a Capital Markets Union” Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union*⁶³.

Los servicios financieros de valores han sido examinados en dos Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, la primera por la que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y normalizada, y por el que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE y 2011/61/UE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 648/2012⁶⁴; y la segunda por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 575/2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión⁶⁵, con el fin de promover el desarrollo de un mercado de titulización basado en prácticas razonables que contribuya a recuperar un crecimiento sostenible y crear empleo, de conformidad con el objetivo prioritario de la Comisión. Ambas propuestas iban acompañadas de sendos Documentos de trabajo de los Servicios de la Comisión⁶⁶.

Además, la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores⁶⁷, acompañada de los Documentos de trabajo de los Servicios de la Comisión: *Impact assessment*⁶⁸ y Resumen de la evaluación de impacto⁶⁹, con la finalidad de reformar las normas sobre el folleto como parte del tercer pilar para mejorar el entorno empresarial que representa un elemento clave de la unión de los mercados de capitales. También resulta importante destacar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo

⁶² Doc. COM (2015) 468 final, de 30 de septiembre.

⁶³ SWD (2015) 184 final, de 30 de septiembre.

⁶⁴ Doc. COM (2015) 472 final, de 30 de septiembre.

⁶⁵ Doc. COM (2015) 473 final, de 30 de septiembre.

⁶⁶ SWD (2015) 185 final, de 30 de septiembre, y SWD (2015) 186 final, de 30 de septiembre.

⁶⁷ Doc. COM (2015) 583 final, de 30 de noviembre.

⁶⁸ SWD (2015) 255 final, de 30 de noviembre.

⁶⁹ SWD (2015) 256 final, de 30 de noviembre.

sobre el art. 503 del Reglamento (UE) n° 575/2013 Requisitos de capital frente a los bonos garantizados⁷⁰.

Por otro lado, con la finalidad de aplazar el comienzo de la aplicación de los dos instrumentos que conforman el paquete MiFID II debido los problemas de ejecución técnica a los que se enfrentan la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en lo tocante a determinadas fechas⁷¹; y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) n° 596/2014, sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) n° 909/2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores, en lo que respecta a determinadas fechas⁷².

En el sector de los servicios postales, hay que mencionar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva sobre los servicios postales (Directiva 97/67/CE, modificada por las Directivas 2002/39/CE y 2008/6/CE)⁷³; así como el *Commission Staff Working Document, Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of the Postal Services Directive (Directive 97/67/EC as amended by Directive 2002/39/EC and Directive 2008/6/EC)*⁷⁴.

Por lo que se refiere a los servicios de contenidos en línea uno de los objetivos clave de la estrategia del mercado único digital de la Comisión es que los usuarios disfruten de un acceso en línea a las obras más amplio en toda la UE. Con este objetivo, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior⁷⁵.

El sector de los transportes también ha sido objeto de diversas iniciativas durante este periodo. Así el de transporte marítimo y, en particular, el transporte de las sustancias nocivas, ha sido objeto de dos Propuestas de Decisión de la Comisión al Consejo; la primera, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente

⁷⁰ Doc. COM (2015) 509 final, de 20 de octubre.

⁷¹ Doc. COM (2016) 56 final, de 10 de febrero.

⁷² Doc. COM (2016) 57 final, de 10 de febrero.

⁷³ Doc. COM (2015) 568 final, de 17 de noviembre.

⁷⁴ SWD (2015) 207 final, de 17 de noviembre.

⁷⁵ Doc. COM (2015) 627 final, de 9 de diciembre.

peligrosas, y la adhesión al mismo, por parte de los Estados miembros, en nombre de la Unión, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil⁷⁶; y, la segunda, relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo, por parte de los Estados miembros, en nombre de la Unión, en lo que atañe a los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil⁷⁷.

La seguridad de los buques de pasaje desempeñan un papel importante en la movilidad de los ciudadanos de la UE, teniendo en cuenta que de los veintiocho Estados miembros veintitrés son países costeros y, de ellos, cuatro son Estados insulares, por lo que la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, REFIT Adaptar el rumbo: Control de adecuación de la legislación de la UE sobre seguridad de los buques de pasaje⁷⁸, acompañado del *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and Council REFIT Adjusting course: EU Passenger Ship Safety Legislation Fitness Check*⁷⁹.

En el ámbito del transporte ferroviario, la Comisión ha presentado tres Comunicaciones. En primer lugar, la Comunicación de la Comisión — Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n° 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril⁸⁰. Junto a ella, dos Comunicaciones al Parlamento Europeo, una con arreglo al art. 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo sobre la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la seguridad ferroviaria (Texto refundido)⁸¹; y otra con arreglo al art. 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo relativa a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (Texto refundido)⁸².

En fin, el sector aéreo también ha merecido la atención de la Comisión teniendo en cuenta que la aviación es un motor fundamental del crecimiento económico, el empleo y el comercio y tiene una incidencia significativa en la economía de la UE, así como en la vida y en la movilidad de sus ciudadanos. Por

⁷⁶ Doc. COM (2015) 304 final, de 22 de junio.

⁷⁷ Doc. COM (2015) 305 final, de 22 de junio.

⁷⁸ Doc. COM (2015) 508 final, de 16 de octubre.

⁷⁹ SWD (2015) 197 final, de 16 de octubre.

⁸⁰ DO C 220 de 4.7.2015.

⁸¹ Doc. COM (2016) 33 final, de 10 de febrero.

⁸² Doc. COM (2016) 35 final, de 26 de enero.

este motivo, la Comisión presentó sendos Informes al Parlamento Europeo y al Consejo, el primero en materia de seguridad de la aviación civil, Informe anual de 2014 relativo a la aplicación del Reglamento (CE) N° 300/2008 sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil⁸³; y, el segundo sobre la aplicación y los progresos del Cielo Único Europeo en el período 2012–2014 (Texto pertinente a efectos del EEE)⁸⁴. Además, considerando el aumento sustancial del número y frecuencia de conexiones intraeuropeas e internacionales y del número de pasajeros fomentado por la liberalización del mercado interior de los servicios aéreos, y la fortaleza mostrada por la industria europea de la construcción aeronáutica, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia de aviación para Europa⁸⁵, acompañada por el correspondiente Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión⁸⁶.

2.4. Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades

En materia de sociedades hay que destacar la puesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos del derecho de sociedades (codificación)⁸⁷, con la que se procede a la codificación de diversas Directivas ya existentes en la materia. Además, la Comisión presentó un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, Evaluación del Reglamento (CE) n° 1606/2002, de 19 julio 2002, sobre la aplicación de las normas internacionales de contabilidad⁸⁸, acompañado por el *Commission Staff Working Document, Evaluation of Regulation (EC) N° 1606/2002 of 19 July 2002 on the application of International Accounting Standards Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council Evaluation of Regulation (EC) N° 1606/2002 of 19 July 2002 on the application of International Accounting Standards*⁸⁹; y una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales⁹⁰, acompañado por el correspondiente *Commission Staff Working Document*⁹¹.

⁸³ Doc. COM (2015) 360 final, de 23 de julio.

⁸⁴ Doc. COM (2015) 663 final, de 16 de diciembre.

⁸⁵ Doc. COM (2015) 598 final, de 16 de diciembre.

⁸⁶ SWD (2015) 261 final, de 7 de diciembre.

⁸⁷ Doc. COM (2015) 616 final, de 3 de diciembre.

⁸⁸ Doc. COM (2015) 301 final, de 18 de junio.

⁸⁹ SWD (2015) 120 final, de 18 de junio.

⁹⁰ Doc.COM (2015) 302 final, de 17 de junio.

⁹¹ SWD (2015) 121 final, de 17 de junio.

3. Políticas relacionadas con el mercado interior

3.1. Política de competencia

Señalar, en primer lugar, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Informe sobre la política de competencia 2014⁹². En el ámbito de los acuerdos entre empresas han de mencionarse las siguientes iniciativas: El Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 agosto 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE⁹³; así como diversas Comunicaciones: la Comunicación de la Comisión, Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel⁹⁴; la Comunicación de la Comisión, Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE⁹⁵; la Comunicación de la Comisión, Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo⁹⁶; y la Comunicación de la Comisión, Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo en casos de cártel⁹⁷.

Además, dos Informes al Parlamento Europeo y al Consejo, el primero sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros⁹⁸, acompañado de los correspondiente *Commission Staff Working Documents*⁹⁹ y, el segundo, sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas¹⁰⁰.

⁹² Doc. COM (2015) 247, de 4 de junio.

⁹³ Do L 208, de 5.08.2015.

⁹⁴ DO C 256 de 5.8.2015.

⁹⁵ DO C 256 de 5.8.2015.

⁹⁶ DO C 256 de 5.8.2015.

⁹⁷ DO C 256 de 5.8.2015.

⁹⁸ Doc. COM (2016) 153 final, de 17 de marzo.

⁹⁹ SWD (2016) 62 final, de 17 de marzo; y SWD (2016) 63 final, de 17 de marzo.

¹⁰⁰ Doc. COM (2016) 32 final, de 29 de enero.

En materia de ayudas de Estado, destacar las siguientes iniciativas: En primer lugar, la Comunicación de la Comisión por la que se modifica el anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo¹⁰¹. Finalmente, en relación a las Directrices para el examen de las ayudas de Estado, la Comunicación de la Comisión, Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura¹⁰²; y la Comunicación de la Comisión que modifica las Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020¹⁰³.

3.2. Política de protección de los consumidores

Durante este periodo han visto la luz un Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 julio 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) no 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo¹⁰⁴; una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el etiquetado de la eficiencia energética y se deroga la Directiva 2010/30/UE¹⁰⁵, acompañada por sendos documentos de trabajo de los Servicios de la Comisión¹⁰⁶; una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecer un nuevo acuerdo para los consumidores de energía¹⁰⁷, acompañada del correspondiente Commission Staff Working Document¹⁰⁸ que pretende que los ciudadanos aprovechen las nuevas tecnologías para reducir sus facturas y participen activamente en el mercado. Además, la Notificación de la Comisión conforme al art. 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva¹⁰⁹.

¹⁰¹ DO C 215 de 1.7.2015.

¹⁰² DO C 217 de 2.7.2015.

¹⁰³ DO C 390, de 24.11.2015.

¹⁰⁴ DO L 171, de 2.07.2015.

¹⁰⁵ Doc. COM (2015) 341 final, de 15 de julio.

¹⁰⁶ SWD (2015) 139 final, de 15 de julio; y SWD (2015) 140 final, de 15 de julio.

¹⁰⁷ Doc. COM (2015) 339 final, de 15 de julio.

¹⁰⁸ SWD (2015) 141 final, de 15 de julio.

¹⁰⁹ DO C 87, de 4.03.2016.

Junto a estas iniciativas, la Comisión presentó diversos informes al Parlamento Europeo y al Consejo sobre temas tan relevantes como los riesgos para los pasajeros, los riesgos para la salud pública, el etiquetado ecológico, la información alimentaria o la asistencia sanitaria transfronteriza. Son los siguientes: Informe sobre la ejecución del segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud en 2013¹¹⁰; Informe sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹¹¹; Informe sobre la aplicación de la Decisión nº 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión nº 2119/98/CE¹¹²; Informe sobre los preparados para niños de corta edad¹¹³; Informe sobre el ejercicio de la delegación otorgada a la Comisión con arreglo al Reglamento (UE) nº 1169/2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor¹¹⁴; Informe sobre las opciones para la implantación de un sistema de etiquetado ecológico para los productos de la pesca y de la acuicultura¹¹⁵; Informe sobre los riesgos potenciales para la salud pública asociados al uso de cigarrillos electrónicos recargables¹¹⁶; Informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) nº 1177/2010 sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004¹¹⁷; y, finalmente, Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1013/2006 de 14 junio 2006 sobre el traslado de residuos Generación, tratamiento y traslado de residuos peligrosos y otros residuos en los Estados miembros de la UE durante el período 2010–2012¹¹⁸.

4. Otros sectores

4.1. Propiedad industrial e intelectual

Con carácter general, procede mencionar que como cada año la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo su Informe anual sobre las actividades de investigación y desarrollo tecnológico de la Unión Europea en 2014¹¹⁹.

¹¹⁰ Doc. COM (2015) 306 final, de 22 de junio.

¹¹¹ Doc. COM (2015) 421 final, de 4 de septiembre.

¹¹² Doc. COM (2015) 617 final, de 7 de diciembre.

¹¹³ Doc. COM (2016) 69 final, de 18 de febrero.

¹¹⁴ Doc. COM (2016) 138 final, de 11 de marzo.

¹¹⁵ Doc. COM (2016) 263 final, de 18 de mayo.

¹¹⁶ Doc. COM (2016) 269 final, de 20 de mayo.

¹¹⁷ Doc. COM (2016) 274 final, de 24 de mayo.

¹¹⁸ Doc. COM (2015) 660 final, de 17 de diciembre.

¹¹⁹ Doc. COM (2015) 401 final, de 19 de agosto.

En materia de patentes, destacar la Decisión (UE) 2015/1753 de la Comisión, de 30 septiembre 2015, por la que se confirma la participación de Italia en una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria¹²⁰. Con este acto se confirma la participación de Italia en una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria autorizada por la Decisión 2011/167/UE, y la aplicación en Italia el Reglamento (UE) n° 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, así como el Reglamento (UE) n° 1260/2012 del Consejo, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción.

A su vez, en materia de marcas, la Comisión presentó dos Comunicaciones al Parlamento Europeo, la primera con arreglo al art. 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo en lo que respecta a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (refundición)¹²¹ y, la segunda, con arreglo al art. 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición del Consejo en lo que respecta a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, de 26 febrero 2009, sobre la marca comunitaria y el Reglamento (CE) n° 2868/95 de la Comisión por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria y que deroga el Reglamento (CE) n° 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos)¹²².

Por lo que respecta a los derechos de autor, destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor¹²³, donde se habla de la modernización de la normativa sobre derechos de autor de la UE y la protección de sus titulares, así como de la necesidad de mantener un equilibrio adecuado con otros objetivos de política pública, como la educación, la investigación y la innovación, o la igualdad de acceso para las personas con discapacidad en el entorno digital.

¹²⁰ DO L 256, de 1.10.2015.

¹²¹ Doc. COM (2015) 588 final, de 24 de noviembre.

¹²² Doc. COM (2015) 589 final, de 24 de noviembre.

¹²³ Doc. COM (2015) 626 final, de 9 de diciembre.

4.2. Sociedad de la información

Con casi cuatro millones de registros, el TLD “.eu” se ha convertido en una opción valorada por los europeos a la hora de elegir el nombre de dominio con el que estar presentes en Internet. En este contexto, la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación, funcionamiento y eficacia del dominio de primer nivel “.eu”¹²⁴.

Por otra parte, la Comisión puso en práctica su estrategia para conectar el mercado único digital que tiene por objeto eliminar las barreras que impiden a empresas y ciudadanos beneficiarse de las oportunidades de crecimiento *on line*. Para ello, presentó tres Comunicaciones al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relacionadas con el mercado único digital. En primer lugar, con el objetivo de apoyar el papel de Europa en la economía digital mundial, la Comisión Europea ha adoptado una Comunicación sobre una estrategia para el mercado único digital y ha hecho de este tema una de sus prioridades clave, Prioridades de normalización en el sector de las TIC para el mercado único digital¹²⁵; en segundo lugar, la Iniciativa Europea de Computación en la Nube: construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento¹²⁶, acompañada de sendos *Commission Staff Working Documents*¹²⁷ y que aspira a maximizar el potencial de crecimiento de la economía digital europea; y, finalmente, la Comunicación referida a la Digitalización de la industria europea, Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital¹²⁸, que tiene como objetivo establecer un marco para coordinar las iniciativas nacionales y europeas en este ámbito, acompañada del *Commission Staff Working Document, Advancing the Internet of Things in Europe*¹²⁹.

En fin, como es bien sabido el comercio electrónico ha aumentado rápidamente en los últimos años en todo el sector del comercio minorista. Sin embargo, aún presenta un gran potencial sin explotar por lo que la Comisión ha presentado diversas propuestas tendentes a mejorar su explotación. Entre ellas destacan: una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Contratos digitales para Europa – Liberar el potencial del comercio electrónico¹³⁰; dos Propuestas de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, la primera relativa a determinados aspectos de los contra-

¹²⁴ Doc. COM (2015) 680 final, de 18 de diciembre.

¹²⁵ Doc. COM (2016) 176 final, de 19 de abril.

¹²⁶ Doc. COM (2016) 178 final, de 19 de abril.

¹²⁷ SWD (2016) 106 final, de 19 de abril; y SWD (2016) 107 final, de 19 de abril.

¹²⁸ Doc. COM (2016) 180 final, de 19 de abril.

¹²⁹ SWD (2016) 110 final, de 19 de abril.

¹³⁰ Doc. COM (2015) 633 final, de 9 de diciembre.

tos de suministro de contenidos digitales¹³¹ y, la segunda, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes¹³², acompañadas del Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, Resumen de evaluación de impacto¹³³, y del *Commission Staff Working Document Impact assessment*¹³⁴; y una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Contratos digitales para Europa – Liberar el potencial del comercio electrónico¹³⁵.

4.3. Protección de datos de carácter personal

La transferencia y el intercambio de datos personales constituyen un elemento fundamental, en el que se sustentan los estrechos vínculos existentes entre la Unión Europea y los Estados Unidos. Por este motivo, los intercambios de datos exigen un elevado nivel de protección y las correspondientes salvaguardias. En este sentido, hay que mencionar tres iniciativas de la Comisión durante este periodo: a saber, la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, Los flujos transatlánticos de datos: recuperar la confianza instaurando estrictas salvaguardias¹³⁶; la

Propuesta de Decisión del Consejo sobre la celebración, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales¹³⁷; y la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales¹³⁸.

¹³¹ Doc. COM (2015) 634, de 9 de diciembre.

¹³² Doc. COM (2015) 635 final, de 9 de diciembre.

¹³³ SWD (2015) 275 final, de 9 de diciembre.

¹³⁴ SWD (2015) 274 final, de 17 de diciembre.

¹³⁵ Doc. COM (2015) 633 final, de 9 de diciembre.

¹³⁶ COM (2016) 117 final, de 29 de febrero.

¹³⁷ COM (2016) 237 final, de 29 de abril.

¹³⁸ COM (2016) 238 final, de 29 de abril.

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

AEDIPr, t. XVI, 2016, pp. 699–743

Recepción: 6.6.2016

Aceptación: 29.6.2016

COMPLEJIDAD, CARENCIAS Y NECESIDADES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL SIGLO XXI Y UN NUEVO MARCO LEGAL EN ESPAÑA *

Francisco –Javier FORCADA–MIRANDA **

SUMARIO: I. Introducción. II. La paradójica sencillez del proceso de restitución en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980: deficiencias y posibles soluciones. III. La cuestión de un posible futuro Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980. IV. Potenciales áreas y materias donde mejorar el sistema. 1. Reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos en disputas internacionales sobre menores dentro y fuera del campo de acción de los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996. 2. La aplicación del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980 incluyendo las alegaciones de violencia doméstica y familiar en conexión con las órdenes de retorno bajo el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. 3. El reconocimiento y ejecución de órdenes civiles de protección. 4. Desarrollos en materia de mediación, conciliación o de otros mecanismos similares para promover soluciones amigables en los casos del Convenio de 25 octubre 1980, autorizando expresamente tales mecanismos, y afrontando aspectos de confidencialidad, relación entre mediación y proceso de retorno y reconocimiento y ejecución de los acuerdos mediados. 5. Desarrollos normativos en materia de Derechos de visita en desarrollo de las previsiones del art. 21 del Convenio de 25 octubre 1980 para clarificar las obligaciones

* Trabajo que forma parte de la investigación que el autor está realizando en el marco de la Tesis Doctoral titulada “Comunicaciones judiciales directas y Red internacional de jueces de la Conferencia de La Haya. Beneficios de operatividad y mejora de coordinación y desarrollo del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, dentro del Programa de Doctorado en “Derecho y Ciencias Sociales” (UNED), y que arranca de una breve comunicación al Foro de la *Revista Española de Derecho Internacional*.

** Representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, Asesor de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia y Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid. orcid.org/0000-0002-2775-0624.

que impone y particularmente el papel de las autoridades centrales. 6. Nueva reformulación de definiciones que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de 30 años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio como en el caso de los Derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual. 7. Las llamadas comunicaciones judiciales directas y el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya. V. La Ley islámica y la sustracción internacional de menores. Los marcos bilaterales. VI. Una creciente complejidad en la aproximación al fenómeno de la sustracción internacional de menores: análisis del fondo del asunto y vulneración de derechos humanos. VII. Los perturbadores recursos extraordinarios en España y la sustracción internacional de menores: el ATC 119/2015, de 6 de julio y la STC 16/2016, de 1 de febrero. VIII. El proceso de revisión y/o modificación del Reglamento nº 2201/2003, particularmente en el terreno de la sustracción internacional de menores. IX. Las ventajas del nuevo marco legal español en el área de la sustracción internacional de menores. X. Conclusiones.

RESÚMEN: La sustracción internacional de menores presenta una renovada actualidad en España tras la reforma operada en el año 2015 en la normativa interna sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en estos casos. Tal reforma da pie para analizar la vigencia de un instrumento internacional próximo a cumplir los 40 años: El Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como para estudiar la complejidad, las carencias y las necesidades de un fenómeno que, en el siglo XXI, sigue aumentando. Se analizan los intentos que han existido para poner al día el Convenio de 1980, aquellas áreas susceptibles de ser mejoradas, así como las interferencias de la Ley Islámica en su mayor expansión a nivel mundial. También se analiza la interacción entre sustracción internacional y protección de Derechos Humanos y entre proceso de retorno y análisis del fondo del asunto, sin olvidar la valoración de los recursos extraordinarios en la normativa interna. Concluye el trabajo evaluando potenciales reformas del Reglamento nº 2201/2003 y enfatizando las ventajas que se derivan del nuevo marco legal español tras la reforma de 2015.

PALABRAS CLAVE: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 OCTUBRE 1980 – COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS – RED INTERNACIONAL DE JUECES DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA – REGLAMENTO 2201/2003 – EL PROCESO DE MALTA – LEY ISLÁMICA.

ABSTRACT: *Complexity, Gaps and Needs of International Child Abduction in the Twenty-first Century and a New Legal Framework in Spain*

After being amended in 2015 the Spanish domestic rules on measures concerning return of children in cases of international child abduction, topic on child abduction couldn't be more up to date. Spanish new domestic Law gives cause for discussing the, near to turn forty, Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and its current validity. This work also discusses complexity, lacks and needs on child abduction issues still increasing in the 21st Century. Attempts to update the 1980 Hague Convention are discussed as well as aspects open to be improved and the Islamic Law interferences relating its wide dissemination. It is also studied closely interaction between child abduction and Human Rights and between return process and the so – called an in –depth analysis of the subject, without forgetting an assessment upon extraordinary appeals in domestic law. To conclude, this work assesses potential amendments concerning the Regulation nº 2201/2003 and emphasises advantages coming from our new Spanish legal framework after 2015.

KEYWORDS: INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION – THE 25th OCTOBER 1980 HAGUE CONVENTION – DIRECT JUDICIAL COMMUNICATIONS – INTERNATIONAL HAGUE NETWORK OF JUDGES – REGULATION 2201/2003 – MALTA PROCESS – ISLAMIC LAW.

I. Introducción

En España, la sustracción internacional de menores es un fenómeno de contrastada actualidad que, por múltiples razones, al margen de connotaciones jurídicas, involucra a elementos geográficos, sociológicos y culturales muy diversos. El incremento de casos año tras año, da buena prueba de ello. La Autoridad Central española ha pasado de tramitar 36 solicitudes en el año 1998 a tramitar 242 en el año 2015. En dicho año 2015, del total de solicitudes tramitadas, 215 corresponden a casos de restitución y 27 a casos de visitas, siendo España autoridad requerida en 109 casos y requirente en 133 casos.

En el año 2015, España ha afrontado el reto de renovar su normativa interna en materia de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, que había sido introducida en su momento por la Disposición Final 19.2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil¹, en los arts. 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Tiempo era ya de revisar y adaptar dicha normativa que, al momento de la reforma, se completaba básicamente con las previsiones legales de los arts. 103.1º y 158.3º del Código Civil (Cc), introducidas en su momento por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de 23 noviembre 1995 del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores².

El sistema legal español previo a 2015, fue muy valioso en su momento y cumplió un papel importante dando carta de naturaleza legal a una práctica que, sin apoyo normativo interno, aplicaba la normativa internacional de referencia en estos supuestos. Dicho sistema, sin embargo, era anacrónico en cuanto residenciado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, no concentraba la competencia para conocer de estos casos, no desarrollaba las previsiones de los arts. 15 y 21 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, no contemplaba la posibilidad de previas declaraciones de ilicitud de traslados o retenciones y era insuficiente al regular posibles acuerdos voluntarios, aparte de haber quedado en su momento desfasa-

¹ BOE 17.1.1996.

² BOE 11.12.2002. En materia penal, tras la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que entró en vigor el 12 diciembre 2002, las conductas de sustracción de menores encuentran sanción a través de los arts. 165, 223, 225 *bis* y 622 del Código Penal. Desde entonces, en España la sustracción de menores volvió a tener consideración de delito con penas de cárcel de hasta cuatro años. El Código Penal de 1995 había suprimido como delito con sustantividad propia la sustracción de menores de siete años, única contemplada, y había agravado la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro, cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz, quedando sólo para amparar este tipo de actuaciones la falta de desobediencia genérica del art. 622 del Código Penal en su regulación anterior.

do respecto de las previsiones de la ulterior LEC tras la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil³.

El nuevo modelo, en vigor desde el 23 julio 2015 salvo para expedientes en tramitación a tal fecha, e instaurado por la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁴, vía Disposición Final 3ª, más la corrección de errores de la Ley 15/2015⁵, se contiene en el Capítulo IV *bis* de la LEC, arts. 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexies* bajo el título: “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”, sin olvidar las modificaciones también operadas por la misma vía en el art. 525.1º de LEC en lo relativo a la no posible ejecución provisional y en el art. 749.1º LEC que fuerza el papel del Ministerio Fiscal en estos supuestos.

La reforma operada en España en el año 2015 es una buena oportunidad para revisar el fenómeno de la sustracción internacional de menores, desde el punto de vista de las carencias que presenta y las necesidades que exige, casi 40 años después de la redacción del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Carencias y necesidades que, en muchos casos, revelan aspectos críticos de ineludible análisis, siendo éste el objeto del presente trabajo que ha de anclar sus raíces en la visión internacional del fenómeno que es de obligada referencia para los operadores jurídicos españoles.

II. La paradójica sencillez del proceso de restitución en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980: deficiencias y posibles soluciones

A nivel mundial, el fenómeno de la sustracción internacional de menores aparece regido, de forma sustancial y prioritaria respecto de otros textos, por un Convenio que próximamente va a alcanzar los 40 años de existencia y que, pese a los achaques propios de la edad, goza de una salud excelente a la vista del número de Estados contratantes que no deja de incrementarse año tras año. Me refiero al Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor desde el 1 diciembre 1983 (en España desde el 1 noviembre 1987) y que, a fecha 22 abril 2016, cuenta ya con 94 Estados contratantes.

Tratándose de un texto no complejo, que patrocina a través del uso de procesos nacionales de urgencia la garantía de la restitución inmediata del menor a un Estado en el que tenía su residencia habitual, así como la garantía del ejercicio

³ BOE 8.1. 2000.

⁴ BOE 3.7. 2015.

⁵ BOE 2.9.2015.

efectivo de los Derechos de visita, sin entrar en el análisis del fondo del asunto (que se reserva al órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del menor), no podemos decir que su aplicación práctica esté o haya estado exenta de dificultades. Tal paradoja merece sin duda alguna explicaciones añadidas.

El texto es simple y articula un mecanismo diabólicamente sencillo, se apoya en soluciones lógicas y articula un entramado que solo tiene sentido y efectividad si se actúa con rapidez dentro de un plazo máximo simbólico, o no tan simbólico, de seis semanas para la gestión del conflicto. Tal simplicidad ha sido la base de un éxito que, hay que reconocerlo, el paso del tiempo ha venido desgastando.

Particularmente en las últimas décadas, es notorio que el Convenio ha tenido y tiene dificultades de aplicación / adaptación en determinadas áreas que han motivado análisis y estudios acerca de cómo afrontar los modernos retos y desafíos que enfrenta.

La exploración de potenciales formas normativas y/o instrumentos que permitieran mejorar la aplicación del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, textos tipo legales obligatorios, como un Convenio o un Protocolo, o el uso de recomendaciones, declaraciones, Leyes modelo, principios generales y/o guías de buenas prácticas, así como el uso de potenciales *hand books*, *bench books*, etc., es algo que ha estado presente en las discusiones y análisis de los últimos años.

Merece la pena dedicar unas líneas a desvelar las deficiencias del sistema y a analizar las líneas de trabajo que se han abierto a nivel global para tratar de superarlas sin alterar el texto original del Convenio

III. La cuestión de un posible futuro Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980

La primera vez que se planteó un posible Protocolo al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores lo fue en el marco de las visitas transfronterizas durante la Comisión Especial octubre 2002 (27 de septiembre al 1 octubre 2002), donde se decidió que era prematuro empezar trabajos en tal sentido derivándose esfuerzos hacia la que sería la Guía de Contactos Transfronterizos que se completó en 2008. Más en concreto, fue el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de marzo y abril de 2009 el que autorizó a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya para que comenzara consultas respecto a la posibilidad de concertar un Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980 que contuviera reglas auxiliares para mejorar su operatividad. Posteriormente, fue el Consejo de Asun-

tos Generales y Política de 2011 el que remitió esta cuestión para ser debatida en la Reunión de la Comisión Especial.

En el campo doctrinal las preocupaciones por la real operatividad del Convenio de 25 octubre 1980 tampoco son novedosas y así, ya en el año 2003 la Profesora Linda Silberman hablaba de la necesidad de un protocolo para solventar deficiencias relativas al art. 21 del Convenio, a la expansión de las defensas y respecto a las cláusulas *ne exeat* y los Derechos de custodia⁶.

En el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya abril 2012, respecto a futuros trabajos y nuevos tópicos, en lo relativo a los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, no pareció posible un consenso para encargar al Consejo que trabajase en un protocolo al Convenio de 25 octubre 1980 en tal momento, concluyéndose a nivel operativo tan solo con la decisión del establecimiento de un grupo de trabajo para el desarrollo de una guía de buenas prácticas sobre la interpretación y aplicación del art. 13.1º.b del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y con el establecimiento de un grupo de expertos para investigar futuras acciones en el campo del reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos alcanzados en el curso de disputas internacionales sobre menores, incluidas las alcanzadas a través de la mediación.

Durante la Sexta reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996 de la Conferencia de la Haya⁷, se evaluó nuevamente la cuestión de la viabilidad y conveniencia de un posible protocolo al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y tal posibilidad fue rotundamente descartada, tanto por la falta de consenso sobre su viabilidad como por la falta de entendimiento acerca de cuál debería ser el contenido mínimo del citado Protocolo⁸.

⁶ L. Silberman, "Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA", *Texas Int'l L. J.*, vol. 38, 2003, pp. 41 ss.

⁷ La primera parte de esta reunión tuvo lugar en La Haya del día 1 al 10 junio 2011 y la segunda parte tuvo lugar en La Haya del día 25 al 31 enero 2012, y está previsto que la próxima Comisión Especial pueda celebrarse aproximadamente en octubre de 2017.

⁸ Tras la Sexta reunión de la Comisión Especial de 2012 solo cierto consenso se obtuvo en torno a identificar algunos campos de trabajo donde habría necesidad de desarrollar futuras actividades y estudios y en los que un claro mandato a la Oficina Permanente podía hacerse para explorar futuras líneas de acción. Se trataba de las materias relativas al reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos de mediación en disputas familiares internacionales, al establecimiento de bases legales para las comunica-

IV. Potenciales áreas y materias donde mejorar el sistema

Descartada la posibilidad de un futuro hipotético Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980, cabe considerar un listado de cuáles han sido los campos de acción donde se han visto posibilidades de mejorar la operatividad práctica del Convenio de 25 octubre 1980 una vez descartada su posible modificación o, como dije, la asunción de un Protocolo.

La identificación de campos o materias en las que podría ser factible trabajar de cara a mejorar la operatividad y aplicación práctica del Convenio de 25 octubre 1980 de una forma efectiva, podrían incluir, entre otros, los siguientes tópicos⁹:

- El reconocimiento y la ejecución transfronteriza de acuerdos en disputas familiares internacionales sobre menores, dentro y fuera del campo de acción de los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996.
- La aplicación del art. 13.1º.b) del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, incluyendo las alegaciones de violencia doméstica y familiar en conexión con las órdenes de retorno bajo dicho Convenio.
- El reconocimiento y la ejecución de órdenes civiles de protección.
- Desarrollos en materia de mediación, conciliación o de otros mecanismos similares para promover soluciones amigables en los casos del Convenio de 25 octubre 1980, autorizando expresamente tales mecanismos, y afrontando aspectos de confidencialidad, relación entre mediación y proceso de retorno y reconocimiento y ejecución de los acuerdos mediados¹⁰.

ciones judiciales directas y al apoyo al desarrollo de normativa no vinculante para el tratamiento de la violencia de género conectada a los procesos de retorno, entre otras materias.

⁹ Es de gran ayuda el análisis del documento: “*Consultations on the desirability and feasibility of a protocol to the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – A Preliminary Note*”, *Prel. Doc. No 7 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011*, disponible en el website de la Conferencia de La Haya (<http://www.hcch.net>), ya que en diciembre de 2010 la Oficina Permanente circularizó un cuestionario a los Estados parte preparatorio de la primera parte de la Sexta Comisión Especial que buscaba obtener inputs acerca de cuáles serían las materias sobre la que debería versar un futuro e hipotético Protocolo y cuyas respuestas se recogen en el indicado documento comprensivo de respuestas proporcionadas por 16 Estados, incluida la Unión Europea.

¹⁰ El Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2016 se ha felicitado por el último informe del denominado *Working Party on Mediation in the context of the Malta Process*, acordando que el mismo continúe sus trabajos acerca de la implementación de estructuras de mediación y el establecimiento de puntos de contacto centrales, y durante la Cuarta Reunión del Proceso de Malta dedicada a la protección transfronteriza de menores y el Derecho de familia (La Valeta, 2 a 5 mayo

– Desarrollos normativos en materia de Derechos de visita en desarrollo de las previsiones del art. 21 del Convenio de 25 octubre 1980 para clarificar las obligaciones que impone y, particularmente, el papel de las autoridades centrales.

– Nueva hipotética reformulación de definiciones autónomas que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de 30 años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio, como sucede en el caso de los conceptos de Derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual que cada vez más se anuda al entorno del instrumento legal que la condiciona más allá de meros elementos fácticos.

– Las llamadas comunicaciones judiciales directas y el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya en campos que implican la provisión de bases legales para su uso transfronterizo, la definición de su ámbito de aplicación, las salvaguardias a tener en cuenta y el desarrollo de herramientas de apoyo del tipo de guías prácticas y recurso a jueces de enlace y redes de cooperación¹¹.

2016) no solo se concluyeron los beneficios de la mediación en estos supuestos y se evaluó positivamente el último informe del *Working Party on Mediation within the Malta Process*, sino que se animó a los Estados con sistemas legales basados o influenciados por la Ley Islámica a considerar el formar parte del *Working Party* y a implementar sus principios.

¹¹ Una breve referencia a cuáles han sido los campos de atención de la Conferencia de La Haya en los últimos años, concitando grupos de trabajo de expertos que proporcionarán bases para la toma de decisiones en los Consejos anuales de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, permite confirmar el anterior listado de campos o materias donde las deficiencias aplicativas del Convenio de 25 octubre 1980 afloran. Podemos citar a tal efecto el grupo de trabajo para el desarrollo de una guía de buenas prácticas sobre la interpretación y aplicación del art. 13.1.b) del Convenio de 25 octubre 1980, que ya se ha reunido en junio de 2013, enero de 2014, noviembre de 2014 y enero de 2016, y que en julio de 2016 tendrá posiblemente ya su última reunión en Londres, el grupo de expertos sobre reconocimiento y ejecución de acuerdos en asuntos de Derecho de familia que involucran a menores, que se ha reunido en diciembre de 2013 y en noviembre de 2015, el grupo de trabajo sobre cuestiones de Derecho internacional privado acerca del Estado de los menores, incluyendo cuestiones de acuerdos sobre vientres de alquiler, que se reunió por vez primera en febrero de 2016 (está ya prevista una futura segunda reunión y el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2016 ha acordado que se centren los debates sobre todo en la cuestión del reconocimiento), el grupo de trabajo sobre reconocimiento y ejecución de órdenes civiles de protección que se reunió en febrero de 2014 y ya ha concluido sus trabajos, a falta de una nota que la Oficina Permanente ha de preparar para el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2017, y el grupo de expertos sobre mediación en el contexto del Proceso de Malta cuyos logros son accesibles en el *website* de la Conferencia de La Haya. A un nivel más generalista, los grupos de trabajo sobre el proyecto de sentencias, que ya ha tenido cinco reuniones, de 2012 a octubre de 2015, y el grupo de expertos sobre el uso de video-link y otras modernas tecnologías en la obtención de pruebas en el extranjero, que se reunió por vez primera en diciembre de 2015, y la propuesta de Brasil de 2015 sobre un borrador de Convenio acerca de cooperación y acceso a la Justicia para turistas internacionales, tienen influencias indirectas evidentes en la materia que tratamos.

Siempre quedarían otras cuestiones de menor consenso como campos de trabajo en los que desarrollar herramientas u obtener instrumentos para mejorar la operatividad del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con una clara referencia a las siguientes actuaciones:

- Conseguir procesos nacionales de restitución más rápidos con explícitas y más estrictas previsiones legales que aseguren que las peticiones de retorno se procesan de modo urgente en todas las instancias y en la fase de ejecución.
- Regulación de mejores medidas de protección provisionales que aseguren el retorno del menor y, en su caso, del acompañante.
- Regulación de específicas medidas relativas a los procesos de ejecución de órdenes de retorno con límites legales y la promoción del cumplimiento voluntario.
- Regulación normativa de la *relocation* internacional no contemplada en el Convenio de 25 octubre 1980 (factor de extrema importancia a ser la otra cara de la moneda del fenómeno de la sustracción internacional de menores)¹².
- Redefinición de las cuestiones relativas al coste procesal y la gratuidad de los servicios que involucran un proceso de retorno, ya que la cuestión de la falta de recursos en el solicitante del retorno es crucial en Estados que han hecho reserva al art. 26 del Convenio de 25 octubre 1980.
- Regulación de cuestiones migratorias conexas a los procesos de retorno, facilitando documentos de viaje, visas, etc., para un retorno seguro.
- Evaluación de la conveniencia de instaurar tiempos más reducidos que el de un año del art. 12 del Convenio de 25 octubre 1980 y/o a mejora normativa de las previsiones del art. 15 del mismo en cuanto ha generado dilaciones, más que clarificaciones, e incertidumbres en muchos Estados acerca de qué autoridad ha de emitir el certificado y bajo qué requerimientos o estándares.

¹² Son estándares internacionales en este campo los Principios de Derecho Europeo de Familia respecto a la responsabilidad parental de la CEFL (*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, The Commission on European Family Law*) marzo 2007, los trabajos de la Conferencia de Washington sobre reubicación familiar transfronteriza (Washington, 23 –25 marzo 2010) donde se produjo la conocida “Declaración de Washington” marzo 2010, accesible en la página web de la Conferencia de La Haya y la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec(2015)4 para la prevención y resolución de disputas sobre traslado de menores dentro y fuera de la jurisdicción, junto con su Memorando Explicativo, que fue adoptada por el Comité de Ministros el 11 febrero 2015, en su reunión nº 1219. Además, en España y en materia de *relocation* tenemos ya una consolidada línea jurisprudencial del TS integrada por las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 26 octubre 2012, 11 diciembre 2014, 15 octubre 2014, 10 septiembre 2015 y 31 marzo 2016.

- Cuestiones de mejora de los mecanismos de información de Derecho extranjero, recurso a nuevas tecnologías y protección de datos.
- Tampoco el Convenio de 25 octubre 1980 establece mecanismos o procedimientos para actuar contra Estados, digamos, incumplidores, ni para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que impone, lo que ha suscitado si debería regularse esta materia que tanto puede socavar la real operatividad del Convenio.

De todos los aspectos y materias en las que se podría trabajar para mejorar la operatividad del Convenio de 25 octubre 1980 merece la pena centrarse a continuación en algunos de ellos que puedan tener una mayor importancia o ser más factibles de abordar en un plano realista.

1. Reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos en disputas internacionales sobre menores dentro y fuera del campo de acción de los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996

Trabajar en este campo es una idea que tuvo cierto apoyo como recomendación durante los trabajos de la Sexta reunión de la Comisión Especial en los que se instó a explorar la posibilidad de un futuro instrumento internacional vinculante no limitado a los Convenios de 25 octubre 1980 y 19 octubre 1996.

También existe un denominado grupo de expertos sobre reconocimiento y ejecución transfronterizo de acuerdos en asuntos de familia que involucran a menores creado por la Conferencia de La Haya y que se ha reunido en diciembre de 2013 y en noviembre de 2015¹³. Dicho grupo concluyó, tras la circulación de un cuestionario en 2014, con la recomendación al Consejo de Asuntos Generales y Política de 2016 de aprobar la continuación de los trabajos del grupo en orden a explorar el desarrollo de dos instrumentos:

- i) Una herramienta de navegación no vinculante (*a non-binding navigation tool*) que proporcione las mejores prácticas acerca de cómo este tipo de acuerdos puede ser reconocido y ejecutado en otro Estado bajo los Convenios de La Haya

¹³ Existen dos Documentos Preliminares a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de obligada consulta que pueden ser encontrados en el *website* de la Conferencia de La Haya:

Prel. Doc. No 5 of January 2016 – Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 2–4 November 2015)

Prel. Doc. No 5 of March 2014 – Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work.

de 25 octubre 1980, 19 octubre 1996 y de 23 noviembre 2007 sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

ii) Un instrumento legal vinculante que instaurara un denominado “*one –stop shop*” para este tipo de acuerdos transfronterizos comprensivos de Derechos de custodia, visita y alimentos así como otros posibles acuerdos financieros, incluidas cuestiones de propiedad, que diera mayor autonomía a la voluntad de las partes que deberían poder seleccionar la adecuada autoridad competente. Su objetivo sería construirse sobre y complementar a los tres Convenios claves de La Conferencia ya indicados de 25 octubre 1980, 19 octubre 1996 y 23 noviembre 2007¹⁴.

En el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2016¹⁵, el Consejo a la vista del informe de la segunda reunión del grupo de expertos, decidió encargar a la Oficina Permanente el desarrollo de una herramienta de navegación no vinculante (*a non –binding navigation tool*) que proporcione las mejores prácticas acerca de cómo este tipo de acuerdos puede ser reconocido y ejecutado en otro Estado bajo los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980, 19 octubre 1996 y 23 noviembre 2007, actividad a desarrollar a través de consultas con miembros del grupo de expertos o a través de una nueva reunión del grupo si fuera preciso. De otro lado, la necesidad de desarrollar un instrumento obligatorio en este terreno es algo que se aplazó como decisión a tomar al Consejo de 2017 a la vista de mayores informaciones que surgieran del trabajo sobre la ya indicada herramienta de navegación no vinculante.

Desde mi punto de vista, la recomendación noviembre 2015 del grupo de expertos ya fue cuando menos chocante al contener una clara orientación hacia un instrumento legal obligatorio complementario de los tres Convenios indicados, idea que en trabajos preparatorios al Consejo de 2016 fue en cierto modo apoyada por la Unión Europea (UE). Sorprende que hace pocos años la idea de elaborar un Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980 fuera totalmente rechazada en el Consejo de Asuntos Generales y Política de turno y ahora se vea esa posibilidad como lo más natural del mundo a modo de camino sin obstáculos y afectando, no ya solo a un Convenio sino a tres a la vez, cuando la realidad impone que, si se empezara ahora tal proceso, tardaría no menos de 20 años en ser operativo de forma real y practica cualquier “suplemento”, como se denomina ahora a esta

¹⁴ *Report of the experts’ group meeting on cross –border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 2 –4 November 2015).*

¹⁵ *General Affairs and Policy, Prel. Doc. No 5, January 2016.*

variante del hasta hace poco denostado posible Protocolo al Convenio de 25 octubre 1980.

2. La aplicación del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980 incluyendo las alegaciones de violencia doméstica y familiar en conexión con las órdenes de retorno bajo el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980

Este campo de trabajo parte igualmente de una recomendación que tuvo cierto apoyo durante los trabajos de la Sexta reunión de la Comisión Especial en la línea de explorar la posibilidad de una guía de buenas prácticas no vinculante limitada al ámbito del Convenio de 25 octubre 1980. Para trabajar en este terreno se creó un Grupo de Trabajo para la redacción de una Guía de Buenas Prácticas acerca de la aplicación de la excepción del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980 (*Working Group to develop a Guide to Good Practice on the interpretation and application of Article 13(1)(b) of the 1980 Hague Child Abduction Convention*), dándose así cumplimiento al mandato de los Consejos de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2012, 2013, 2014 y 2015. El grupo se reunió cuatro veces, en junio de 2013, enero y noviembre de 2014 y enero de 2016, permitiendo que, por vez primera, un grupo de trabajo de la Conferencia reflexionara acerca de lo que es o no es una buena práctica en este campo.

Hay que tener en cuenta que desde 1980, con respecto a la excepción del art. 13.1º.b), la situación ha variado. Así, el impacto de la violencia doméstica sobre los niños es ahora mejor comprendido y se aprecia en la actualidad de forma nítida que el abuso emocional puede ser tan dañino como la violencia puramente física. Ya en la Comisión Especial de 2012 quedó claro que la cuestión de las alegaciones de violencia de género, a los efectos del art. 13.1º.b), es una cuestión de la exclusiva competencia de la autoridad que ha resolver sobre el retorno, visto el objetivo primigenio del Convenio de 25 octubre 1980 de asegurar el rápido y seguro retorno. Por ello es tan necesario promover la consistencia en la interpretación y aplicación del art. 13.1º.b) incluyendo la violencia de género pero no solo la violencia de género.

3. El reconocimiento y ejecución de órdenes civiles de protección

Se trata de uno de los campos de trabajo de la Conferencia de La Haya en el que los días 12 y 13 febrero 2014 en La Haya tuvo lugar la reunión de un grupo de trabajo ad hoc creado por la Conferencia sobre las órdenes civiles de protección convocado en cumplimiento del mandato del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2013.

Este proyecto se inició en 2011 a través de una petición de Canadá efectuada al Consejo General de Asuntos Generales y Política para que este tópico se incluyera en la agenda de la Conferencia.

En la reunión del grupo de expertos indicado, se realizó un estudio comparativo, tipo perfil de país, y se investigó la posibilidad de la realización de un instrumento futuro en materia de órdenes civiles de protección. Se trata de un campo en el que por la particularidad y urgencia de las medidas a adoptar, un instrumento futuro debería moverse en la línea de favorecer un *execuátur* automático o cuasi automático siguiendo el ejemplo marcado por el Reglamento n° 606/2013, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que regula el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de las medidas de protección que cubren las prohibiciones de entrada, de contacto y de acercamiento¹⁶.

Otro de los objetivos claves de la reunión lo fue analizar un borrador de perfil de país *ad hoc* redactado especialmente para ser discutido en la reunión de expertos¹⁷.

Entre las posibles formas de avanzar el trabajo en el futuro, por la Conferencia de La Haya no se descartó en absoluto la utilidad que puedan tener puntos focales nacionales o puntos de contacto nacionales como mecanismo de cooperación entre Estados. Tampoco se vio mal el desarrollo de formularios estandarizados que pudieran ser reconocidos en otros Estados y en formato multilingüe, incluso desarrollando un sistema de registro internacional electrónico para dichas órdenes para asegurar así su autenticidad y ejecutabilidad. También la necesidad de que fuera hecha pública la legislación nacional interna sobre la materia es más que conveniente. En general, los sistemas de la UE y de Estados federales como los Estados Unidos de América, Canadá y Australia, son instructivos de las posibles formas de proceder.

Lo clave a estos efectos lo es el considerar que un instrumento multilateral sería de gran ayuda en el marco de los Convenios de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996 para ayudar en el retorno de menores y proteger, por ejemplo, al pro-

¹⁶ Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, DO L 181 de 29.6.2013.

¹⁷ Son de necesaria consulta el Documento Preliminar de 7 marzo 2012 para el Consejo de Asuntos Generales y Política abril 2012, el Documento Preliminar 4ª, noviembre 2012, comprensivo del cuestionario sobre el reconocimiento y ejecución de las órdenes de protección civiles para el Consejo de Asuntos Generales y Política abril 2013, el Documento Informativo de 6 marzo 2013, comprensivo del cuestionario sobre el reconocimiento y ejecución de las órdenes de protección civiles para organizaciones no gubernamentales y dirigido al Consejo de Asuntos Generales y Política abril 2013 y el documento preliminar 4B, marzo 2013, que sintetiza las respuestas de los Estados miembros y las posibles vías para avanzar hacia el futuro y elaborado a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política abril 2013. Todo este material está disponible en la *website* de la Conferencia de La Haya.

genitor en situación de riesgo¹⁸. Hay que recordar que el Convenio de 19 octubre 1996 está muy limitado a un específico ámbito de aplicación, por mucho que dentro del mismo sea posible el reconocimiento y ejecución de medidas de protección¹⁹.

¹⁸ La normativa básica de la UE viene dada por el Reglamento nº 606/2013, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que regula el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de las medidas de protección que cubren las prohibiciones de entrada, de contacto y de acercamiento, aplicable a partir del 11 enero 2015, a las medidas de protección dictadas después de tal fecha, independientemente de cuándo se hayan iniciado los procedimientos. Naturalmente, las medidas de protección adoptadas en materia penal están contempladas en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 diciembre 2011, sobre la orden europea de protección, DO L 338, de 21.12.2011, y hay que tener en cuenta la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 octubre 2012, DO L 315, de 14.11.2012, que sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L 82 de 22.3.2001, en la protección de las víctimas en el marco de los procesos penales, determinando los derechos mínimos que deben reconocerse a las víctimas de los delitos cometidos en la Unión, y en relación a los procesos penales que tengan lugar en la UE. En el campo civil, se ha de recordar que, quedando el Reglamento 606/2013 (que se aplica a todas las víctimas con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género) sin posibilidad de afectación al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DO L 338, de 23.12.2003, es claro que en España las medidas indicadas y normalmente generadas vía art. 158 Cc, por ejemplo, en procesos incursores y en temas de responsabilidad parental, están excluidos del sistema de la orden de protección civil. Fuera del ámbito de la UE y, a modo de ejemplos más globales, en el ámbito del Consejo de Europa, tenemos la Convención de Estambul adoptada el 11 mayo 2011 para prevenir y luchar contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica que crea obligaciones para establecer medidas de protección y requiere la cooperación para su ejecución entre Estados parte. También cabe citar la Ley Uniforme adoptada por la Conferencia de Canadá sobre Ley Uniforme en 2011 para ser recomendada en su adopción por las provincias canadienses y para regular el reconocimiento y ejecución de órdenes extranjeras civiles de protección, la VAWA o Ley federal de 1994 de los Estados Unidos para la lucha contra la violencia de género cuyo art. 2265 permite el reconocimiento y ejecución de las órdenes en los diferentes Estados americanos bajo la *full faith and credit*, previsión constitucional y la UIEDVPOA o Ley Federal Uniforme Interestatal de los USA para la ejecución de medidas de protección en casos de violencia doméstica entre los Estados. En el ámbito Latinoamericano tenemos dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Convención interamericana de 1979 para la ejecución de medidas preventivas y el protocolo de Mercosur de 1994 de Ouro Preto sobre medidas preventivas. En el ámbito de Nueva Zelanda y Australia, sus leyes nacionales permiten el reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes extranjeras de protección entre ambos países.

¹⁹ En lo concerniente a la evaluación de un instrumento que aporte soluciones globales, el inmediato reconocimiento y ejecución de órdenes de protección extranjeras es un punto clave. Aquí el uso de certificados estandarizados puede jugar un papel importante al modo de los certificados del art 5 y 14 del Reglamento 606/2013 y del modelo de certificado de los Estados Unidos. La revisión de la ejecución, que no dé la orden de protección en sí misma, y la posibilidad de hacerlas obligatorias para los miembros de la policía, y el acceso a la información, son tres aspectos conexos. Habría que ver si la simple presentación de la orden en una forma estandarizada multilingüe permitiría su operativa a nivel de ejecución si los oficiales de policía estuvieran bien entrenados al efecto. Como posibilidades que existen para obtener una ejecución inmediata tendríamos la presentación simple de la orden, la presentación simple de la orden pero acompañada de un certificado (que sería más o menos el sistema de la Unión), la posibilidad de que la orden fuera obligatoria para los oficiales de policía y la posibilidad del perpetrador,

La viabilidad de un instrumento internacional obligatorio que podría incluir tres tipos de mecanismos que no se excluirían entre ellos mismos:

1. Ejecución en el acto de órdenes de protección.
2. Establecimiento anticipado de órdenes de protección.
3. Reconocimiento avanzado de órdenes de protección.

La primera solución indicada permitiría la inmediata ejecución de órdenes de protección extranjeras, ya con la simple presentación de la orden, ya con la simple presentación de la orden acompañada de un certificado estandarizado.

La segunda opción consistiría en el establecimiento avanzado de órdenes de protección en otra jurisdicción y de acuerdo con las condiciones establecidas bajo la ley de la jurisdicción donde su establecimiento es buscado²⁰.

por así llamarlo, de impugnar o pedir la revisión de la orden de protección. También puede analizarse el establecimiento anticipado de una orden de protección en una jurisdicción extranjera. Se trata de ver el establecimiento de una orden de protección y las condiciones de tal orden en un país donde no está el perpetrador, a donde la víctima no ha ido todavía, etc., y por lo tanto donde no hay competencia jurisdiccional. En el terreno del reconocimiento y ejecución de órdenes de protección incluso en casos de reconocimiento avanzado, esto es, cuando una persona protegida desea viajar a otro país y pide como medida avanzada en el país al que se propone viajar el reconocimiento de la orden de protección que tiene en otro país las ventajas que se pueden obtener son muchas: evitar reproducir una historia de amenazas o acoso ya constatada en otra jurisdicción, tener un registro histórico, obviar problemas de acudir a los tribunales cada vez que se cambia de país, problemas de asistencia legal, etc., siempre contando con puntos de contacto o autoridades centrales y servicios centralizados de registro, por ejemplo. Incluso un futuro instrumento podría ofrecer soluciones alternativas aplicables en función de la necesidad e inmediatez de la protección de la víctima y de las particularidades de cada país que permitieran implementar mejor una u otra vía: una solución nacional en cada caso, un reconocimiento y ejecución, una supresión de exequátur, una simple presentación, con o sin certificado, de una orden de protección, etc. Además, en el aspecto del registro de las órdenes, un futuro instrumento debería incluir claras orientaciones acerca de cómo tratar la información de un registro de órdenes civiles de protección en términos de discreción y confidencialidad y uso solo para el fin para el que fue creado.

²⁰ En lo que hace referencia a nuestro marco legal, España está dentro de la lista (elaborada por la Secretaría General de Naciones Unidas en materia de violencia contra las mujeres) de los más de ochenta Estados que han desarrollado legislación o prácticas internas que permiten la emisión de órdenes de protección, con respecto a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE 29.12. 2004, y con respecto a la Ley 27/2003, de 31 de julio, BOE nº 183, de 1 agosto 2003, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Con arreglo al art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y arts. 61 a 69 de la Ley Orgánica 1/2004, se regulan las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, comprensivas de las medidas penales, cuya vigencia depende de la resolución judicial que las establezca, y de las medidas civiles, con duración temporal de 30 días y caso de interposición de proceso de familia de otros 30 días siguientes a la presentación de la demanda en el que deben ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de familia. Entre las medidas penales estarían las siguientes: privación de libertad, orden de alejamiento, prohibición de comunicación, prohibición de volver al lugar del delito o residencia de la víctima, retirada de armas u otros objetos peligrosos, suspensión de la patria potestad o custodia de menores y suspensión de visitas. Entre las medidas civiles estarían las de atribución del uso del domicilio familiar, atribución del régimen de custodia y visitas de hijos menores, fijación de alimen-

La tercera opción referida al reconocimiento avanzado de órdenes de protección no debería impedir la protección de los individuos bajo las leyes nacionales de cada país e incluso la normativa de Derecho internacional privado disponible podría ser de utilidad si bien no es usualmente apropiada para este campo.

En el ámbito de la Conferencia de La Haya, el Consejo de Asuntos Generales y Política abril 2014 concluyó continuar trabajos exploratorios, recogida de información estadística nacional usando los perfiles de país y con la idea de reconvenir al grupo de expertos en el futuro si fuera necesario. Posteriormente, en el Consejo abril 2015, se dio la bienvenida a las estadísticas concluidas por la Oficina Permanente y a la información comparativa nacional obtenida invitándose a la Oficina Permanente a continuar explorando posibles trabajos futuros en este campo.

4. Desarrollos en materia de mediación, conciliación o de otros mecanismos similares para promover soluciones amigables en los casos del Convenio de 25 octubre 1980, autorizando expresamente tales mecanismos, y afrontando aspectos de confidencialidad, relación entre mediación y proceso de retorno y reconocimiento y ejecución de los acuerdos mediados

Este es un campo en el que se ha trabajado mucho por parte de la Conferencia de La Haya particularmente pilotando el Proceso de Malta, fomentando la creación de puntos focales en cada Estado, desarrollando una excelente Guía práctica, la quinta, y apoyando un grupo de expertos *ad hoc*. Dentro del proceso de Malta liderado por la Conferencia de La Haya, un grupo de expertos ya ha elaborado principios para el establecimiento de estructuras de mediación y un memorándum explicativo sobre los principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta, que como anexos a la Guía de mediación, bien merecen una difusión en casos de sustracción que involucren a países de tradición islámica.

Pese a ello, el marco propio normativo del Convenio de 25 octubre 1980 se viene considerando de forma justa como escaso. El art. 7 del Convenio de 25 octubre 1980 establece que las autoridades centrales deberán adoptar todas las

tos y cualquier otra innominada del art. 158 Cc, como las medidas de protección al menor para evitarle un peligro o perjuicio. Tampoco se han de olvidar las llamadas medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico, tanto estatal como autonómico. Países que han legislado en el área del reconocimiento y ejecución en el extranjero de resoluciones relativas a órdenes civiles de protección lo son Canadá y los Estados Unidos. Por ejemplo, en Canadá, su sistema permitiría hacer efectiva en Canadá cualquier orden de protección dictada en otro Estado que cumpliera los estándares mínimos de su legislación, aparte de las cuestiones probatorias de idioma, legalidad, legitimidad, etc., y siempre sin entrar en cuestiones de fondo más allá de prestar una atención inmediata a personas que la necesitan.

medidas apropiadas que permitan, entre otras cosas, garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable, y la reunión de la Comisión Especial de 2006 reafirmó las Recomendaciones números 1.10 y 1.11 de la Reunión de la Comisión Especial de 2001 en el sentido de que los Estados contratantes deberían fomentar la restitución voluntaria cuando sea posible proponiéndose que las autoridades centrales debieran intentar siempre la restitución voluntaria del niño tal como lo prevé el art. 7.2º.c del Convenio de 25 octubre 1980, en la medida de lo posible y cuando sea posible, dando instrucciones a los juristas implicados, ya sean el Ministerio Fiscal o abogados ejercientes, o dirigiendo a las partes a un organismo especializado que proporcione un adecuado servicio de mediación. Al respecto, el papel de los tribunales es igualmente importante²¹.

La Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya bajo el Convenio de 25 octubre 1980, Parte V– Mediación, de 2012, permite en el terreno de la normativa no vinculante, desarrollar orientativamente las escasas previsiones sobre la materia del Convenio de 25 octubre 1980 y ha instado incluso a los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y de otros convenios de La Haya pertinentes a establecer un punto de contacto central a efectos de la mediación familiar internacional a fin de facilitar el acceso a la información acerca de los servicios de mediación disponibles y otras cuestiones relacionadas con controversias familiares transfronterizas relativas a niños o a fin de encomendarle esta tarea a sus autoridades centrales. La necesidad de un mayor desarrollo de la mediación en la operatividad del Convenio de 25 octubre 1980 aparece hoy en día muy paliada no solo por los desarrollos a nivel de *soft-law* patrocinados por la Conferencia de La Haya sino por normativa nacional e internacional conexa en el ámbito interno y transfronterizo de los conflictos familiares²².

²¹ Alguna mayor previsión se deriva de la normativa de la UE cuando el Reglamento nº 2201/2003, en su Preámbulo, párr. 25, establece que las autoridades centrales deben cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental, señalando en el art. 55 e) que a petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro u otros organismos, en materia de protección de datos personales, para: [...] e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

²² En España y con arreglo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 7.7.2012, que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, DO L 136 de 24.5.2008, corresponde, entre otras funciones, al Ministerio de Justicia:

5. Desarrollos normativos en materia de Derechos de visita en desarrollo de las previsiones del art. 21 del Convenio de 25 octubre 1980 para clarificar las obligaciones que impone y particularmente el papel de las autoridades centrales

Esta es una materia que hace tiempo suscita controversia por la parquedad del texto del Convenio de 25 octubre 1980 y que es muy relevante en casos en que

– Velar por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras (art. 5.3).

– En colaboración con las instituciones de mediación, fomentar y requerir la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos (art. 12).

– Como Administración pública competente para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia, el proveer la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial (Disposición adicional segunda. Impulso a la mediación).

– La Disposición final octava da la iniciativa al Ministerio de Justicia para que el Gobierno en aras a incrementar la seguridad jurídica y la confianza de los ciudadanos, desarrolle la ley en lo que se refiere a la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente en el Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad y la disposición final séptima da la iniciativa al Ministerio de Justicia para que el Gobierno desarrolle un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad (Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 27.12.2013).

Sobre la base de lo indicado, el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de desarrollo de la Ley 5/2012, impone como obligaciones, entre otras, al Ministerio de Justicia, las de:

– Recepción de los programas de formación de los centros de formación.

– Proveer acceso en su sitio web al Registro de mediadores e Instituciones de mediación que dependerá del Ministerio de Justicia, con inicio de publicidad el 1 junio 2014, y con fecha de apertura para hacer solicitudes de inscripción de 1 abril 2014.

– Coordinar el Registro que depende del Ministerio de Justicia con los que puedan tener las Comunidades Autónomas.

Naturalmente, hay obligaciones directas para la Autoridad Central española, ubicada en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, derivadas del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 y de algunos Reglamentos de la UE tales como el Reglamento nº 2201/2003 y el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L7 de 10.1.2009, que pasan, en el marco de tal normativa específica, por las siguientes, entre otras:

– Adoptar medidas apropiadas que permitan facilitar una solución amigable.

– Cooperar, tanto en términos generales como en casos particulares, con ánimo, entre otras cosas, de facilitar la solución amistosa de conflictos familiares en el ámbito de la responsabilidad parental.

– Adoptar, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación en materia de protección de datos personales, para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

– Promover, en materia de reclamaciones sobre alimentos transfronterizos, soluciones amistosas, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación.

se pretende, por ejemplo, facilitar el contacto entre el menor y el progenitor que fue privado de su compañía tras la sustracción o retención ilícitas durante la sustanciación del proceso de retorno para permitir así restablecer el contacto y los vínculos previamente rotos por el sustractor. En este terreno las carencias del Convenio de 25 octubre 1980 son muy evidentes y, sin entrar en las posibilidades complementarias que el Convenio de 19 octubre 1996 pueda aportar, hay dos posiciones a nivel internacional: la de quienes opinan que solo en el marco de un proceso de sustracción / restitución es operativa la previsión del art. 21 del Convenio de 25 octubre 1980 o la de aquellos que opinan que es un precepto que permite las visitas incluso al margen de la existencia de un propio proceso de sustracción / restitución.

De hecho, la cuestión del Derecho de visita (la idoneidad del art. 21 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores) ha sido durante muchos años motivo de preocupación para la Conferencia de La Haya. Los debates celebrados con ocasión de la Comisión Especial marzo 2001 permitieron concluir que las deficiencias del Convenio de 25 octubre 1980 a la hora de asegurar la protección del Derecho de visita en situaciones transfronterizas constituían un problema serio que debía ser atendido de forma urgente en especial en interés de los menores y de los padres implicados.

La indicada segunda postura es la más extendida y a mi criterio la más precisa y acertada si tenemos en cuenta, entre otras, estas premisas:

A efectos de las solicitudes mencionadas en el art. 21, debe considerarse en general que el derecho de custodia incluye un Derecho de visitas. El derecho a solicitar disposiciones destinadas a reconocer y asegurar el ejercicio efectivo de un Derecho de visita en virtud del art. 21 del Convenio de 25 octubre 1980 no debe quedar limitado a los casos en que exista una orden judicial que reconozca o establezca un Derecho de visita, sino que debe incluir los casos en que el solicitante cuente con un Derecho de visita resultante de una atribución de pleno derecho y aquellos en que tenga la capacidad de solicitar que se establezca tal Derecho. Los redactores del Convenio de 25 octubre 1980 reconocían que, a pesar de que uno de los objetivos del Convenio consistía en asegurar la protección del Derecho de visita, las disposiciones del Convenio al respecto eran limitadas.

Como señala el Informe Pérez –Vera²³, la manera precisa en que las autoridades centrales bajo el art. 21 deben garantizar el ejercicio del Derecho de visita,

²³ E. Pérez Vera, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Offprint from the Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III / Tiré à part des Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III.

se deja a la cooperación entre las autoridades centrales y las medidas específicas que las autoridades centrales deberán tomar dependerán de las circunstancias del caso y de la capacidad de acción reconocida a cada autoridad central.

Además, se ha de llamar la atención acerca sobre que la Guía de buenas prácticas y principios generales de la Conferencia de La Haya sobre contacto transfronterizo relativo a los niños²⁴, ya señala que, dada la flexibilidad del Convenio de 25 octubre 1980, las diversas interpretaciones, sobre todo del art. 21, y la variada gama de servicios ofrecidos actualmente por las diferentes autoridades centrales en los casos de contacto, resulta difícil prescribir buenas prácticas de otra manera que llamando la atención sobre las actitudes más proactivas que tienen algunas autoridades centrales en cuanto a la prestación de servicios. El siguiente principio general sugiere que las autoridades centrales asuman un papel proactivo con respecto a la prestación de servicios²⁵.

Mi percepción acerca de la real efectividad del art. 21, en este momento me lleva a considerar muy superadas posturas que negaban su efectiva aplicación y la labor proactiva indicada de determinadas autoridades centrales y de la propia Conferencia de La Haya ha conseguido una mayor efectiva aplicación de dicho precepto salvo en casos muy excepcionales y que podrían estar justificados a la vista de todo lo indicado.

²⁴ Hague Conference on Private International, *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas*, Family Law, Una colección de la editorial Jordan Publishing Limited, 2010, ISBN 978 1 84661 141 4.

²⁵ “El papel de la autoridad central consiste en contribuir a eliminar los obstáculos que coartan el derecho a mantener el contacto, facilitando información y asesoramiento, ayudando a promover un acceso efectivo a los procedimientos locales y prestando servicios específicos.

- Todas las autoridades centrales deberían adoptar, en la medida de lo posible, un enfoque progresista en cuanto a sus responsabilidades en este ámbito.

- Al momento de asignar recursos a las autoridades centrales, los Estados contratantes deberían tener en cuenta la obligación positiva (obligación de hacer) que tienen de brindar un marco que respalde el derecho a mantener el contacto.

- La autoridad central es responsable en virtud del Convenio de 25 octubre 1980 de adoptar todas las medidas apropiadas que faciliten o permitan la iniciación de un procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de cualquier intermediario”.

Pese a todo lo indicado, cada caso es diferente y en ocasiones los elementos fácticos pueden llevar a que las autoridades centrales se replanteen la prestación de servicios tendentes a la organización o la garantía del ejercicio efectivo de visitas con apoyo exclusivo en el art. 21, por ejemplo, cuando no hay un litigio pendiente entre padres e hijos respecto al derecho a mantener el contacto transfronterizo, o no hay un caso en el que un padre o una madre extranjera intenta conseguir una decisión en materia de contacto, ni se trata de un supuesto en el que se intente a través de la petición de vistas el hacer efectiva una decisión existente en materia de contacto emitida en el extranjero, o cuando se está al margen del contexto de una sustracción real o presunta sustracción, o cuando la posibilidad de pedir visitas en el país de residencia del menor es o ha sido real como alternativa a procesos transfronterizos más complejos.

6. Nueva reformulación de definiciones que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de 30 años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio como en el caso de los Derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual

En este campo, siempre está presente la enorme dificultad que suscita la generación de una aplicación consistente de un Convenio plagado de conceptos autónomos que pueden tener perspectivas muy diversas en países distantes y en entornos sociales y culturales muy diversos. Por ejemplo, en el campo de la residencia habitual siempre hemos partido de una definición autónoma apoyada en factores de mero hecho con sólidos apoyos en INCADAT²⁶, pero recientemente en el marco de la UE, factores o matices jurídicos aparecen como condicionantes del cúmulo de factores de mero hecho que definían la residencia habitual, pudiendo observarse tal evolución en las SSTJ 2 abril 2009, C –523/07, de 22 octubre 2010, y 9 octubre 2014, C –376/14. La doctrina habla ya de compaginar residencia habitual y conexión sustancial en beneficio de los menores y de concepciones no solo fácticas sino también jurídicas o al menos híbridas²⁷. A nivel nacional, es claro ejemplo de los debates modernos en el Reino Unido, la sentencia de 3 febrero 2016 del Tribunal Supremo del Reino Unido²⁸, en un supuesto en el que involucrando a un menor de 7 años de nacionalidad británica que en febrero de 2014 fue llevado a vivir a Pakistán por la madre biológica de una pareja de lesbianas, tras la ruptura de la pareja, se viene a señalar que debe ponerse el foco de atención más en el menor secuestrado en estos casos que en la intención del sustractor de manera que el menor pueda no perder su residencia habitual preexistente al mismo tiempo que el progenitor sustractor, con lo que la tradicional concepción de la residencia habitual en el Reino Unido, muy dependiente de la intención del progenitor, se aproxima a los postulados internacionales, particularmente del Tribunal de Luxemburgo.

Lo mismo puede decirse de la definición de los Derechos de custodia. En el área de la sustracción internacional de menores, es crucial determinar cuando existe infracción del Derecho de custodia si la misma se define de forma autónoma a nivel internacional como el conjunto de derechos y obligaciones relati-

²⁶ INCADAT es la base de datos sobre la sustracción internacional de niños de La Conferencia de La Haya, accesible en <http://www.incadat.com>, (última consulta el 28 mayo 2016).

²⁷ Pueden consultarse al efecto dos ponencias que se desarrollaron durante la Cross Border Child Protection Conference, que tuvo lugar en Ginebra los días 21 –23 octubre 2015: P. Mceleavy, *Building the bridge between “habitual residence” and “substantial connection”: Facts; Policy Objectives; and the Appropriate Forum*, Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Geneva, 21–23 October 2015; K. Ulrike, “Hague 1996 Child Protection Convention. Building the Bridge Between Habitual Residence and Substantial Connection”, Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Geneva, 21 –23 October 2015.

²⁸ *In the matter of B (a child) [2016] UKSC 4 On appeal from [2015] EWCA Civ 886.*

vos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Sucede que en países donde la patria potestad rige, en muchas ocasiones sigue sin aplicarse de forma correcta, el concepto de la custodia en los supuestos de sustracción internacional de menores²⁹.

Sea como sea, plantear una redefinición de conceptos claves y siempre autónomos por definidos dinámicamente con la acumulada casuística internacional, es una quimera. Tampoco un mayor detalle que aportara hipotéticas redefiniciones contemplaría exhaustivamente todas las posibles situaciones de matiz similares existentes en otros Estados y hay que reconocer que clarificaciones como las que se derivan de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Abbott v. Abbott*³⁰, o las explicaciones que se contienen en la página 45 de la Guía de la Conferencia de La Haya sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños y Principios generales y guía de buenas prácticas, han sido de gran ayuda.

Indicar finalmente que un concepto autónomo de los Derechos de custodia, patrocinado sin ambages, por ejemplo, por las SSTJ C –400/10 PPU y C –497/10, ya permite ahondar y salvaguardar las particularidades nacionales sin mayores obstáculos, fuera del importante reto de dar a conocer tales salvedades a los operadores jurídicos de otros Estados involucrados.

7. Las llamadas comunicaciones judiciales directas y el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya

Las herramientas de cooperación jurídica internacional vienen demostrando desde hace un par de décadas su gran utilidad en la tarea de facilitación de una real operatividad de diversos instrumentos internacionales. Si bien el Convenio de 25 octubre 1980 va a cumplir 40 años de existencia y resulta prácticamente imposible su enmienda o adición de protocolos que colmen sus lagunas y/o

²⁹ Esta complejidad ya la puso de relieve la Guía de buenas prácticas y principios generales publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en el área de los contactos transfronterizos que afectan a menores, al hablar de estándares internacionales en materia de *relocation*, en cuanto asume que en algunos sistemas que retienen la terminología de custodia y visitas, el progenitor que tiene visitas puede de hecho retener importantes responsabilidades del proceso de decisión que afecta al menor y que van más allá del mero derecho de visitas. Dice la guía indicada, que este puede ser el caso de sistemas donde el progenitor que tiene visitas mantiene a la vez una guardia compartida del menor o es cotitular de la patria potestad. Podríamos añadir de forma veraz que el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que solo ejerza el derecho de visitas.

³⁰ [130 S.Ct. 1983, 176 L.Ed.2d 789 (2010)]. En la sentencia de 17 mayo 2010 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso *Abbott v. Abbott*) se determinó que al progenitor con solo Derechos de visita, cuando la madre tiene otorgada la custodia en exclusiva, una cláusula *ne exeat* le confiere Derechos de custodia a los efectos del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980.

adaptación a los tiempos modernos, lo cierto es que su mayor operatividad ha venido de instrumentos o herramientas externas que propician su mejor aplicación. Dentro de estas herramientas, las comunicaciones judiciales directas, desarrolladas inicialmente de forma más expansiva en el marco de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, han resultado decisivas a modo de mecanismo de engrase del Convenio de 25 octubre 1980 para ayudar a luchar contra el fenómeno de la sustracción internacional de menores³¹.

En este terreno, y desde el año 2002 con consistencia, la Conferencia de La Haya ha venido trabajando de forma muy seria para acabar produciendo los que, publicados por vez primera en el año 2013, fueron los “Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya”. Ha sido en la búsqueda de mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales directas en el contexto del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores donde podemos encontrar el motor de todo este fenómeno³².

En concreto, y desde al menos la Cuarta Reunión de la Comisión Especial para revisar la operatividad del Convenio de 25 octubre 1980 (22 –28 marzo 2001), la Conferencia de La Haya ha explorado de forma conexa al citado Convenio la

³¹ En la actualidad, la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya está formada por 101 jueces correspondientes a 74 países de todo el mundo, conforme a la lista actualizada a noviembre de 2015 accesible en la website de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/index_es.php. En concordancia con las Líneas Generales establecidas por la Conferencia de La Haya, las principales funciones de todo juez que pertenezca a esta Red, representando a su país, vienen determinadas por un núcleo esencial que permitiría, con especial hincapié en el área de la sustracción internacional de menores, el desarrollo de actividades tendentes a asesorar y capacitar a los jueces y operadores jurídicos nacionales en el área del Derecho internacional de familia y de las Convenciones internacionales sobre protección de menores y en su aplicación práctica. Los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya deben:

- Responder consultas de jueces y autoridades centrales de otros países sobre asuntos generales concernientes a la legislación y las convenciones internacionales de protección de menores.
- Participar y representar a su país en las conferencias internacionales *ad hoc*.
- Recibir y canalizar las solicitudes judiciales internacionales de comunicaciones judiciales directas y hacerlas efectivas por todos los medios legales admisibles.
- Promover la colaboración en el ámbito del Derecho internacional en esta área.
- Recopilar la información y las noticias relevantes sobre la legislación y convenciones de protección de menores.
- Asegurar que las resoluciones judiciales importantes sean publicadas en la base de datos de INCADAT.

³² Existe al efecto publicado en la website de la Conferencia de La Haya un Informe Preliminar preparado por Ph. Lortie, Primer Secretario, acerca de los Mecanismos prácticos para facilitar las comunicaciones judiciales directas en el contexto del Convenio de 25 octubre 1980, Documento Preliminar n° 6, agosto 2002, para la atención de la Comisión especial de septiembre / octubre de 2002.

posibilidad y factibilidad, así como sus límites, salvaguardias y garantías de las comunicaciones judiciales directas ligadas inicialmente al desarrollo entonces de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya para, de forma efectiva, operar en el terreno del retorno rápido y seguro del menor.

La creación de la Red de Jueces de la Conferencia de La Haya se propuso por vez primera durante el Seminario *De Ruwenberg* 1998 para jueces en materia de protección internacional de menores por Lord Justice Mathew Thorpe, en aquel momento Juez de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, básicamente con la finalidad de facilitar a nivel internacional la comunicación y la cooperación entre jueces y ayudar para asegurar la efectiva operatividad del Convenio de 25 octubre 1980³³.

Por su parte, las comunicaciones judiciales directas fueron apoyadas desde el mismo momento en que surgió y se propuso la idea de crear una red de jueces a nivel internacional que cooperasen en el terreno de la operatividad propia del Convenio de 25 octubre 1980. De hecho, las comunicaciones entre autoridades centrales bajo dicho Convenio se desarrollaron desde el primer momento como un instrumento eficaz, preciso e imprescindible en la operatividad del Convenio, pero la trasposición de esta técnica a los jueces encargados de resolver casos de restitución fue muy posterior como se está viendo.

Señala la página 13 de los Lineamientos Emergentes y Proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales de la Conferencia de La Haya que la

“... práctica actual demuestra que estas comunicaciones se producen, en su mayoría, en casos de sustracción de niños bajo el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores. Estos casos demuestran que las comunicaciones pueden ser de gran utilidad para la resolución de algunas cuestiones de orden práctico, por ejemplo, en torno a la restitución, y que pueden redundar en decisiones o acuerdos inmediatos entre los padres ante el tribunal del Estado requerido”.

V. La Ley islámica y la sustracción internacional de menores. Los marcos bilaterales

Solo unas líneas para referirme al fenómeno del mundo islámico en cuanto proyecta de forma real una barrera visible para la solución de supuestos de sustracción internacional de menores que afectan a una mayoría de Estados de tradición islámica que no han accedido al Convenio de 25 octubre 1980 debido a

³³ El apoyo a esta idea se repetiría posteriormente en las Conferencias Judiciales Internacionales en De Ruwenberg de junio 2000 y de octubre 2001 y en la Conferencia Judicial Internacional sobre sustracción internacional de menores de Washington de septiembre 2000 (*Common Law Judicial Conference on International Parental Child Abduction, hosted by the United States Department of State at Washington, D.C., Septiembre 2000*).

una presumida incompatibilidad del mismo con la Ley islámica, especialmente en casos relativos al Derecho de custodia y visitas transfronterizas.

El Proceso de Malta patrocinado por la Conferencia de La Haya siempre ha tratado, ya desde el año 2004, de solventar este tipo de dificultades³⁴. En su cuarta edición de 2016 el objetivo de la Conferencia se ha focalizado más en atraer al marco de los Convenios de la Conferencia de La Haya a países de base legal árabe para lo que se ha invitado más a representantes gubernamentales que a jueces, ya que en previas reuniones los representantes del poder judicial de los Estados eran la base natural de las Conferencias de Malta como Conferencias judiciales, habiéndose puesto más el énfasis en esta edición en representantes gubernamentales acostumbrados a implementar tratados internacionales y con los que separadamente y por regiones la Conferencia de La Haya ha trabajado previamente a la realización de la Cuarta Conferencia con miras a lograr firmas y ratificaciones de Tratados que hasta ahora no se habían obtenido.

Recomiendo el recurso a los materiales que puede proporcionar la Conferencia de La Haya en esta temática ya que las modernas tendencias parecen patrocinar una posible compatibilidad de legislaciones y culturas que permitan avanzar en términos de una mejor cooperación a nivel internacional. A este efecto, por ejemplo, se dirigen recientes trabajos doctrinales especializados³⁵, que apoyan realidades patentes como las que nos ofrecen algunos Estados como Marruecos, que, en un primer momento, optó por la suscripción de Convenios bilaterales en materia de protección internacional de menores y Derechos de familia, incluyendo regulaciones para casos de sustracción, casos de Francia y Bélgica desde 1981 y España desde 1997, sin dejar de lado la posibilidad de Convenios multilaterales seguramente más eficaces. Ello no desmerece la efectividad que, solo para niños españoles y marroquíes, ha demostrado el Convenio bilateral de 30

³⁴ La reciente Cuarta Conferencia de Malta que ha tenido lugar en La Valeta los días 2 al 5 mayo 2016 ha reunido a representantes de Alemania, Arabia Saudí, Argelia, Australia, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Indonesia, Irán, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenia, Líbano, Libia, Malasia, Mauritania, Malta, Marruecos, Noruega, Pakistán, Portugal, Senegal, Singapur, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Reino Unido, así como a expertos independientes y representantes de la UE y diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs), sumando en total más de 130 participantes. Conviene recordar que hoy día son 81 los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, comprensivos de 80 Estados más la UE, pero sin olvidar que hay 67 Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que son al menos miembros o firmantes de un Convenio de La Conferencia. Arabia Saudí y Kazajistán son Estados candidatos en trámites de admisión y Colombia y Líbano ya han sido admitidos, estando pendientes de la aceptación del Estatuto para llegar a ser Estados miembros.

³⁵ Durante la Cuarta Conferencia de Malta se distribuyó en esta línea un *Executive Summary* de una publicación titulada *Islamic Law, Private International Law and Cross –Border Child Abduction* a cargo de Anver M. Emon y Urfan Khaliq, como parte de un proyecto de investigación financiado por *Global Affairs Canada*.

mayo 1997 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores³⁶, por mucho que se esté evaluando su vigencia tras la efectiva aplicabilidad de los Convenios de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996.

La bilateralidad en esta materia, a falta del posible recurso a Convenios multilaterales como el de La Haya de 25 octubre 1980, siempre ha sido útil y muy buscada, caso del bilateral citado entre España y Marruecos ya indicado o caso de protocolos como el Protocolo Reino Unido –Pakistán de 17 enero 2003, el denominado *Agreement between the government of Australia and the government of the Arab Republic of Egypt regarding cooperation on protecting the welfare of children* (El Cairo, 22 octubre 2000) y el *Agreement between Australia and the Republic of Lebanon regarding cooperation on protecting the welfare of children*, Beirut, 18 marzo 2009, que entró en vigor el 1 mayo 2010.

Pese a la indicada utilidad de los procesos bilaterales en estos casos, actualmente, la situación ha cambiado para los Estados que forman parte de la UE, ya que respecto a la posibilidad de concertación de convenios bilaterales en esta materia, hay que hacer una referencia al proceso de la expansiva competencia exclusiva de la Unión que se deriva de diversas Decisiones del Tribunal de Luxemburgo³⁷, y que impiden de facto la suscripción de este tipo de instrumentos³⁸.

Sea como sea, con países de tradición islámica en relación a procesos de sustracción internacional de menores hay un proceso real de aproximación de posturas, y la Cuarta Conferencia de Malta es un ejemplo de ello respecto de “mundos” aparentemente irreconciliables. En el terreno de los hechos, por ejemplo, se ha de resaltar la interpretación y aplicación que se viene haciendo en Marruecos de los instrumentos multilaterales en que es parte, caso de los Convenios de 25 octubre 1980 y de 19 octubre 1996, lo que demuestra la validez de este tipo de aproximaciones³⁹.

³⁶ BOE 25.6.1997.

³⁷ Dictamen 1/03, ECLI:EU:C:2006:81; Dictamen 1/09, ECLI:EU:C:2011:123 y Dictamen 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303.

³⁸ Hay que recordar que España ha estado involucrada en muy diversos convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones que, en muchos casos, daban cobertura a asuntos del Derecho de familia, caso de convenios bilaterales suscritos con Argelia, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, El Salvador, Israel, Mauritania, México, Rumania, Túnez y Uruguay.

³⁹ En las sentencias del Tribunal de Casación de Marruecos de 13 octubre 2015 y de 2 junio 2005, se da prioridad al Convenio de 25 octubre 1980 sobre el Código de Familia Marroquí, y en la misma línea en diversos supuestos se mueven otras recientes resoluciones tales como las sentencias del Tribunal de Apelación de Marraquech de 28 marzo 2016, la del Tribunal de Primera Instancia de Fez de 13 mayo 2015, la del Tribunal de Primera Instancia de El Jadida de 5 noviembre 2014, y las de los Tribunales de

VI. Una creciente complejidad en la aproximación al fenómeno de la sustracción internacional de menores: análisis del fondo del asunto y vulneración de derechos humanos

El mecanismo que se diseñó en 1980 en el seno de la Conferencia de La Haya para afrontar y resolver casos de sustracción internacional de menores, mucho más exitoso que el que surgió en el seno del Consejo de Europa respecto del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 mayo 1980⁴⁰, era, ya se dijo, diabólicamente sencillo.

En caso de sustracción o retención ilícita de un menor, los jueces y tribunales del país al que el mismo había sido llevado, en seis semanas máximo y sin analizar el fondo del asunto, resolverían la cuestión exclusiva de la restitución salvaguardando así la competencia de los jueces y tribunales para conocer del fondo del asunto radicados en el país donde el menor residía de forma habitual antes de producirse la sustracción o retención ilícitas. Mecanismo más sencillo y efectivo, basado en la celeridad y mutua confianza de los Estados contratantes, era imposible de imaginar y así se lanzó al foro internacional.

Tras años de mejor o peor operatividad práctica, asistimos actualmente a planteamientos novedosos y a una reevaluación de tan simplista mecanismo. Así, en los últimos 10 años, si tomamos como referencia la entrada en aplicación el 1 marzo 2005 del Reglamento n° 2201/2003⁴¹, en su vertiente modalizadora de la efectiva aplicación del Convenio de 25 octubre 1980 para la sustracciones internacionales de menores intra –comunitarias, podemos decir que hemos asistido a un fenómeno de cierta complejidad que va más allá del ámbito del citado Reglamento y que se interconecta con la generalizada lentitud a nivel mundial en la tramitación y gestión de casos de sustracción internacional de menores.

Uno de los debates más activos en este momento se desenvuelve en el análisis del encaje que pueda tener un Convenio, ya de cierta edad como el de 25 octubre 1980, en el marco de la aplicación práctica de instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, en el año 2015, el profesor Peter McEleavy ya analizaba la actual discusión acerca de la dicotomía entre restitución o reflexión

Apelación de Agadir y de El Hoceima de 19 febrero 2014 y 9 abril 2013.

⁴⁰ BOE 1.9.1984.

⁴¹ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 338 de 23.12.2003. Suelen ser habituales para referirse a este Reglamento las expresiones “Reglamento Bruselas II bis” y “Reglamento Bruselas IIa”.

al aplicar el Convenio de 25 octubre 1980 con la mira puesta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo (TEDH)⁴², detallando una mayor complejidad en los análisis de elementos prácticos o de mero hecho e indicado cómo se pasa de un concepto de hecho referido por ejemplo a la residencia habitual a otro con connotaciones jurídicas añadidas, lo que dificulta la consolidación de una concepción autónoma de elemento tan clave como el de la residencia habitual.

Hay una confluencia de diversas cuestiones. Está el conflicto sobre la recta aplicación del Convenio de 25 octubre 1980 existente entre el TEDH y la Conferencia de La Haya⁴³, destapado dramáticamente por el caso *Neulinger*⁴⁴, está la cuestión de la interpretación estricta de las excepciones del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980 junto al carácter sumario del procedimiento diseñado, como posibles mecanismos vulneradores de derechos humanos, y está la procedencia del llamado examen del fondo del asunto en cada situación familiar en casos del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores iniciado por el TEDH (incluido un posterior retroceso de postulados absolutos), frente a la estricta aplicación del Convenio de 25 octubre 1980 que vía interpretación y aplicación del Reglamento nº 2201/2003, nos proporciona el Tribunal de Luxemburgo de la UE y que pone más énfasis en el principio de confianza de mutua⁴⁵. También están sobre la mesa los planteamientos recientes acerca de si se ha ido o no muy lejos en la supresión del *exequatur* con la introducción del certificado del art. 42 del Re-

⁴² P. Mceleavey, "The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 62, 2015, pp. 365–405.

⁴³ Puede leerse en las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 25 octubre 1980 y 19 octubre 1996 (1–10 junio 2011): "48. La Comisión Especial destaca las serias preocupaciones que se han expresado con relación a los términos empleados por el tribunal en sus sentencias recientes dictadas en el marco de los casos *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Gran Sala, nº 41615/07, 6 julio 2010) y *Raban v. Romania* (nº 25437/08, 26 octubre 2010), en tanto podrían interpretarse como "requiriendo que los tribunales nacionales abandonen el enfoque rápido y sumario que el Convenio de La Haya contempla y se aparten de una interpretación restrictiva de las excepciones del art. 13 hacia una evaluación completa e independiente de las cuestiones de fondo generales de la situación. (conf. Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extrajudicialmente: Info. Doc. nº 5). 49. La Comisión Especial destaca una reciente declaración extrajudicial realizada por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual afirma que la decisión emitida en el marco del caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* no indica un cambio de dirección para el tribunal con competencia en materia de sustracción de niños y que la lógica del Convenio de La Haya consiste en que todo niño que haya sido sustraído debería ser restituido al Estado de su residencia habitual y es solamente allí donde su situación debería analizarse en su totalidad".

⁴⁴ *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010.

⁴⁵ Da la sensación de que el TEDH se decantaría por una protección más a ultranza del menor y que el Tribunal de Luxemburgo apoyaría interpretaciones más literalistas donde la mutua confianza es la base de la correcta aplicación de los instrumentos internacionales.

glamento nº 2201/2003, en casos como el *Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*⁴⁶, donde el Tribunal de Luxemburgo forzó sin éxito alguno a Alemania a ejecutar el retorno de una menor, lo que puso y pone en entredicho la futura viabilidad del propio Reglamento nº 2201/2003. Asistimos en este tipo de situaciones al uso ya generalizado de expresiones del tipo *balancing test* o *in –depth examination of family situation in every Hague case*, que casan más bien mal con previsiones legales como las del art. 19 del Convenio de 25 octubre 1980 cuando indica que *una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia*⁴⁷.

La sentencia de Gran Sala de 6 julio 2010 del TEDH en el caso *Neulinger*⁴⁸, marcó un antes y un después en las relaciones entre el TEDH y la Conferencia de La Haya y puso en peligro una consistente interpretación del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores acorde a sus objetivos y finalidades, obtenida a lo largo de 30 años de aplicación efectiva de sus postulados. Es cierto que tras la sentencia del TEDH de Gran Sala de 26 noviembre 2013, en el caso *X v. Letonia*, nº 27853/09⁴⁹, se matizó que el previo fallo *Neulinger* no establecía en sí mismo ningún principio para la aplicación de la Convención de 25 octubre 1980 por los Tribunales nacionales en lo relativo a la necesidad de un examen a fondo de todos los factores relevantes para decidir el retorno del menor, pero tal realineamiento con la consistente interpretación del Convenio de 25 octubre 1980, ni impidió ni va a impedir que en las demandas interpuestas ante Estrasburgo sea ya habitual que la parte demandante considere e invoque que hubo violación del art. 8 CEDH porque no se hizo un examen a fondo de la situación del menor ni del balance de los intereses de las personas involucradas y porque no se dio consideración al prevalente superior interés del menor.

⁴⁶ As. C – 491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

⁴⁷ A raíz de determinados pronunciamientos del TEDH, ha cobrado fuerza el debate en torno a si los casos de retorno no deberían involucrarse en un mayor análisis del fondo de la cuestión debatida evaluando en profundidad cual sea el mejor interés de menor en cada caso (*an in depth examination*) más allá del mero factor de la simple restitución automática. Incluso bajo la vigencia del Reglamento nº 2201/2003, se viene cuestionando el Convenio de 25 octubre 1980 como desfasado o no apto para dar respuesta a las garantías actuales, planteándose si retornos expeditivos y cuasi automáticos de menores, como los que patrocina dicho Reglamento, en procesos urgentes y sumarios, no supondrían de hecho evidentes vulneraciones de los Derechos Humanos. Son de sobra conocidos los casos resueltos por el TEDH, *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010 y *Raban v. Rumanía* (nº 25437/08, sentencia de 26 octubre 2010), posteriormente corregidos interpretativamente en cierta medida por la sentencia del TEDH de Gran Sala de fecha 26 noviembre 2013, en el caso *X v. Letonia* (nº 27853/09) donde se introdujeron importantes matices conciliadores.

⁴⁸ *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010.

⁴⁹ *X. v. Letonia* (GS), nº 27853/09, TEDH 2013.

El factor tiempo ligado a las garantías procesales y al Derecho de defensa así como al adecuado entendimiento del interés superior del menor en cada momento, minuto diríamos, de su vida, implica carencias en la operatividad del Convenio de 25 octubre 1980 si los Estados no consiguen tramitar las restituciones de forma ágil y expeditiva. Este es un problema mayor de obligada reflexión y un elemento que fue clave en su génesis y sigue siendo clave hoy en día en su implementación. Es algo evidente ya que de lo que se trata en casos de sustracción internacional de menores es de retornar rápidamente al menor al lugar del que fue sustraído para permitir que el órgano jurisdiccional con competencia para resolver cuestiones de fondo pueda resolver lo que en derecho proceda evitando así que el sustractor pueda buscar de propósito órganos jurisdiccionales de conveniencia alterando el orden internacional de decisión preestablecido.

En España, y tras la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en julio de 2015, el nuevo proceso interno de retorno de menores ha empezado a dar frutos evidentes. Así, en febrero de 2016, con un sistema interno más rápido, más profesional (se pretende) y con mayores garantías para afrontar la sustracción internacional de menores, resultó que desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en julio de 2015, de los 26 casos remitidos a la Abogacía del Estado para interponer la correspondiente demanda judicial, se habían dictado 11 resoluciones judiciales de las cuales ninguna superaba el plazo de dos meses desde la remisión de la documentación a la Abogacía del Estado (que no es la fecha de interposición de la demanda).

VII. Los perturbadores recursos extraordinarios en España y la sustracción internacional de menores: el ATC 119/2015, de 6 de julio y la STC 16/2016, de 1 de febrero

La interferencia de recursos extraordinarios contra resoluciones firmes en materia de sustracción internacional de menores es un fenómeno preocupante⁵⁰.

En España, el ATC 119/2015, de 6 de julio, al acordar mantener una medida cautelar de suspensión acordada en la pieza por la providencia de 25 mayo 2015 supuso la primera vez que en España se paralizaba por el Tribunal Constitucional un retorno acordado por una Audiencia Provincial en este campo. Posteriormente, en el mismo proceso, la STC 16/2016, de 1 de febrero, ratificó la deci-

⁵⁰ La preocupación deriva del añadido de instancias judiciales que ralentizan los procesos y de la incertidumbre que el paso del tiempo va generando, lo que no obsta a señalar como en ocasiones alguna vía extraordinaria ha servido para clarificar de forma acertada y contundente la correcta interpretación y aplicación, por ejemplo, del art. 16 del Convenio de 25 octubre 1980, tal y como sucedió con la STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 22 junio 1998.

sión inicial del Tribunal Constitucional dando, así se dice en tal resolución, prevalencia al interés superior del menor respecto de la pugna por la custodia, y concluyendo que las circunstancias de la menor no fueron tenidas en cuenta al ordenarse la restitución⁵¹.

En tal supuesto una madre el 22 mayo 2015 interpuso recurso de amparo contra el Auto de 31 marzo 2015 dictado por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en recurso de apelación 960 –2014, que, revocando el Auto de 15 abril 2014, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 11 de Madrid al acordar la guarda y custodia de la menor a favor de la madre, ordenaba la restitución de la menor a Suiza, bajo la custodia del padre, así como contra la providencia de fecha 21 de mayo siguiente, que acordó la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. En la demanda de amparo se solicitaba que se dictase sentencia declarando que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y que se anulasen las resoluciones judiciales impugnadas pidiéndose por otrosí la suspensión urgente de la resolución impugnada.

La Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo por providencia de fecha 25 mayo 2015, así como la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas al apreciar la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), toda vez que dicha ejecución produciría un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al amparo. El ATC de 6 julio 2015 basó su postura en que resultaban afectados los intereses de una menor, que se encontraba en España desde el año 2013 donde fue traída por su madre sin oposición del padre para realizar el viaje de vacaciones en España, y sobre cuya custodia existía un conflicto entre los progenitores, que era la controversia sobre la que versaba la cuestión de fondo del recurso según el Tribunal Constitucional.

Del ATC 119/2015, de 6 de julio, sorprende la contundencia con la que el Tribunal Constitucional admite que es preciso un análisis del fondo del asunto en un caso regido por el Convenio de 25 octubre 1980, cuyos arts. 16 y 19 postulan, precisamente, todo lo contrario. Bajo el argumento genérico de estar en jue-

⁵¹ El Tribunal Constitucional ya abordó de forma directa cuestiones relativas al Convenio de 25 octubre 1980 por primera vez en la STC 120/2002, de 20 de mayo (BOE 19.6.2002), haciéndolo de forma diversa ahora en el ATC 119/2015, de 6 de julio y en la STC 16/2016, de 1 de febrero (BOE 7.3.2016). Hasta las resoluciones indicadas de 2016, el Tribunal Constitucional nunca había suspendido una orden final de retorno y menos revocado un retorno ordenado por una Audiencia Provincial. Solamente se había pronunciado de forma directa en casos de sustracción internacional de menores en la ya citada STC 120/2002, de 20 mayo 2002 (BOE 19.6.2002), recurso de amparo 129–1999, para establecer que debe ser resuelto en el fondo un recurso de apelación, aunque la menor haya sido retornada a otro Estado o no sea posible practicar diligencias para mejor proveer.

go el interés de la menor que precisaría una ponderación extremadamente cuidadosa y subordinada en todo caso a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de la menor afectada, el Tribunal Constitucional entiende que debe mantenerse la suspensión acordada para procurar, en su caso, una más adecuada efectividad de la sentencia que resuelva el fondo del asunto, al tiempo que se preserva la estabilidad emocional de la menor, que se encuentra residiendo en España desde el año 2013.

Es difícil saber a qué sentencia se refiere el Tribunal Constitucional en su Auto ya que lo que el proceso de sustracción tramitado ante la Audiencia Provincial de Madrid tenía por objeto era el preservar la competencia de los tribunales de Suiza para conocer del fondo del asunto en recta interpretación y aplicación del Convenio de 25 octubre 1980.

La STC 16/2016, de 1 de febrero, analiza la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE) en la vertiente de Derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, que considera se ha producido desde el momento en el que la Audiencia Provincial de Madrid omitió valorar la situación de integración de la menor, lo que originó para el Tribunal Constitucional insuficiencia motivadora de la resolución impugnada en amparo. Para el Constitucional, en los 20 meses transcurridos de sustracción efectiva a finalización del proceso pudo producirse una plena integración de la menor en su nuevo medio y ello, se dice, ha de ser valorado para hacer efectivo el interés superior de la menor, ya que las dilaciones, se dice, no pueden menoscabar dicho interés impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

Para apoyar esta argumentación el Tribunal Constitucional deduce del art. 12 del Convenio de 25 octubre 1980 una obligación de valoración de la integración de la menor en el nuevo medio aun cuando apenas pasaron tres meses desde el hecho de la sustracción a la fecha de inicio del procedimiento. Más aún, el Tribunal Constitucional anuda el plazo del año del art. 12 a la finalización del proceso, señalando que en el caso habían pasado 20 meses de la sustracción efectiva a la finalización del proceso. Todo ello supone una más que forzada interpretación del art. 12 del Convenio de 25 octubre 1980 difícilmente comprensible pues solo cuando el plazo de sustracción efectiva a inicio del procedimiento es superior al año se valora la integración. Si es menor al año se ha de ordenar la restitución.

A nivel internacional es dudosa la discrecionalidad en esta materia de acuerdo al menos con las valoraciones que al efecto aporta la base de datos de la Conferencia de La Haya en INCADAT. Además, el concepto de integración al que se refiere el art. 12 indicado es evaluable a fecha de presentación de la demanda y

no a fecha de resolución final del proceso y ello, por literal y lógico, no merece de mayores explicaciones⁵².

La sin duda alguna forzada interpretación del art. 12 del Convenio de 25 octubre 1980 que hace el Tribunal Constitucional español, no se compagina ni con el informe Elisa Pérez Vera antes indicado ni con los postulados de INCADAT ni con apoyo jurisprudencial de base nacional o internacional que fundamente tan peculiar construcción autónoma del art. 12, pero tras ella es notorio que está la decisión del Tribunal Constitucional de provocar un análisis del fondo del asunto sobre la base del tiempo transcurrido entre efectiva sustracción y resolución final del proceso al modo y con apoyo en determinadas resoluciones del TEDH⁵³.

Si bien el Tribunal Constitucional se apoya básicamente en el caso *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010, lo cierto es que se omiten en la STC 16/2016, de 1 de febrero, dos premisas básicas. La primera es temporal, pues en el caso resuelto por el Constitucional desde los hechos que implicaron la

⁵² “... Respecto al cómputo del año del art. 12 del Convenio de 25 octubre 1980 parece lo más consistente considerar que el mismo ha de ir del traslado o retención ilícitos (hecho fáctico y no el del requerimiento a la autoridad central) al inicio del proceso ante la autoridad que ha de ordenar el retorno (en España sería la fecha de interposición de la demanda). También es evaluable el factor relativo a la no interrupción por causa alguna. De conformidad con el principio de suspensión equitativa, el tiempo límite de un año contenido en el art. 12 del Convenio sólo se considera que comienza a partir de la fecha del descubrimiento del menor. En caso contrario, un progenitor sustractor que oculta a los menores más de un año sería recompensado por su conducta indebida. Muy interesante lo es el concepto de integración que utiliza de forma literal el citado art. 12 pues no parece haber surgido interpretación uniforme alguna relativa al concepto de integración que parece debería evaluarse a fecha de presentación de demanda y no a fecha de resolución del proceso. En particular, se discute si se debería interpretar literalmente tal concepto o, en cambio, hacerlo de conformidad con los objetivos de política del Convenio. INCADAT señala que en las jurisdicciones que favorecen el último enfoque, la carga de la prueba sobre el sustractor es claramente mayor y es más difícil establecer la excepción. Así, cuando se oculta a los menores en el Estado de refugio, los tribunales son renuentes a resolver en el sentido de la existencia de integración, incluso si transcurren años antes de su descubrimiento. La integración es un factor muy importante y por ello su debida conceptualización condiciona el retorno del menor. No solo es que a veces se hable de arraigo y de adaptación para eludir referencias a la integración sino que a diferencia de lo que sucede con las excepciones del art. 13, el art. 12.2º no parece otorgar expresamente a los tribunales facultad discrecional para emitir una orden de restitución si se establece la integración. Pese a ello, INCADAT revela que en la mayoría de los casos registrados se ha decidido aplicar el art. 12.2º como si existiera facultad discrecional para emitir una orden de restitución. El carácter discrecional de las excepciones es una cuestión antes aludida y de gran importancia pues la redacción del art. 13 aclara que cuando se establece una de las excepciones constitutivas al estándar requerido por el Convenio, la expedición de una orden de no –restitución no es inevitable. Por el contrario, el Tribunal en poder de la solicitud de restitución tiene discreción para expedir o no una orden de restitución...”, F. Forcada Miranda, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Madrid, Sepin, D.L., 2015, pp. 62 –63.

⁵³ *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010; *X. v. Letonia* (GS), nº 27853/09, TEDH 2013; *Blaga v. Rumania*, nº 54443710, TEDH 2014 y *Ferrari v. Rumanía*, nº 1714/10, TEDH 2015.

sustracción acaecidos en agosto de 2013 a la finalización del proceso pasaron 20 meses, con el añadido de al menos otros 8 meses que el Tribunal Constitucional empleó para dictar su resolución final, mientras que en *Neulinger* lo que acaba provocando un análisis del fondo del asunto es un marco temporal mucho más amplio ya que entre los hechos que provocaron la sustracción y la sentencia de Gran Sala de 6 julio 2010 pasaron más de 60 meses, e incluso más de 26 meses entre los hechos y la sentencia del Tribunal Supremo de Suiza de 16 agosto 2007 ordenando la restitución. La segunda premisa es jurídica, pues en ningún caso *Neulinger* marca regla general alguna a la hora de tener que analizarse el fondo del asunto en estos casos y situaciones y así lo dice claramente el parágrafo 105 de la sentencia de Gran Sala de 26 noviembre 2013 en *X v. Latvia* (parágrafo que omite citar el Tribunal Constitucional), al indicar que el Tribunal considera oportuno clarificar que lo reseñado en el parágrafo 139 de la sentencia *Neulinger*⁵⁴, no establece en sí mismo ningún principio para la aplicación de la Convención de La Haya por los tribunales nacionales.

Merece la pena detenerse también en la consideración del interés superior del menor en este caso pues la STC 16/2016, de 1 de febrero, que se comenta, se apoya esencialmente en la necesidad de su apreciación pero no hace un siquiera somero análisis del contenido de la Observación General nº 14 sobre “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” elaborada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, cuyos criterios incorporó al Derecho español la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁵. Resalto este dato porque no parece que la Audiencia Provincial de Madrid dejara en modo alguno al resolver de evaluar tal interés superior del menor. Con ello quiero decir que no parece posible sobre la base de la Observación General nº 14 que dos tribunales, que han de determinar, cada uno de ellos individualmente, el interés superior de un determinado niño ante una medida concreta, puedan llegar a conclusiones diversas ya que el interés superior no es lo que cada tribunal considere que es mejor para el niño, sino la efectiva garantía del disfrute pleno y efectivo de

⁵⁴ “39. In addition, the Court must ensure that the decision –making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic court was fair and allowed those concerned to present their case fully (see *Tiemann*, cited above, and *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII). To that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in –depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 74)”, *Neulinger y Shuruk v. Suiza* (GS), nº 56030/07, TEDH 2010.

⁵⁵ BOE 23.7. 2015.

todos los derechos reconocidos por la Convención de 1989 y el desarrollo integral del menor a la luz de sus circunstancias concretas.

Sea como sea, este tipo de instancias extraordinarias acaban convirtiendo casos de restitución en casos sobre el fondo del asunto, acaban prolongando en el tiempo una situación que en su origen debió quedar resuelta en seis semanas, y generan un lapso enorme de tiempo de indeterminación que *a posteriori* suele usarse para fundamentar vulneraciones de derechos humanos que supuestamente se producirían con un retorno tras tan largo lapso de tiempo. Se generan así casos *Neulinger* a la medida del sustractor y con menoscabo de las obligaciones asumidas por los Estados al suscribir el Convenio de 25 octubre 1980 pareciendo como si los jueces y tribunales, en este caso de Suiza, no se consideraran por los tribunales españoles capaces de evaluar el interés superior de la menor, de afrontar de forma efectiva situaciones de violencia de género o no tuvieran capacidad ni medios para proteger a mujeres en este tipo de situaciones.

VIII. El proceso de revisión y/o modificación del Reglamento nº 2201/2003, particularmente en el terreno de la sustracción internacional de menores

Desde al menos 2013 con mayor intensidad, se viene trabajando por la Comisión Europea en la formulación de una propuesta de, digamos modificación o puesta al día del Reglamento nº 2201/2003, que ya entró en efectiva aplicación el 1 marzo 2005⁵⁶.

Aparte de que la necesaria unanimidad requerida para variar dicho instrumento legal no parece que fuera fácil de lograr, al momento de escribir estas líneas no solo no se ha presentado propuesta alguna por parte de la Comisión Europea sino que parece improbable que la Comisión formule una propuesta de revisión o modificación antes de que se resuelva la cuestión del *Brexit* (abreviatura de *British exit*, “salida británica”) en el Reino Unido, por razones evidentes y de pura lógica política y jurídica⁵⁷.

En el terreno teórico, podrían identificarse hasta seis opciones de política legislativa a seguir en el proceso de adaptación evolutiva del Reglamento nº

⁵⁶ Señala el art. 65 del Reglamento 2201/2003 dedicado a la cuestión revisora que “A más tardar el 1 enero 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación”.

⁵⁷ Esta situación de bloqueo no ha impedido poner al día en 2015 la denominada *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* enmendando el texto previo de 1 julio 2005, por ejemplo, para añadir los criterios emanados de una ya consistente jurisprudencia ad hoc del Tribunal de Luxemburgo.

2201/2003. La número uno sería la de mantener el *status quo* teniendo en cuenta las actuales y futuras iniciativas en la UE y en terceros Estados; la número dos, implicaría una acción legislativa para reformarlo, incluso en sus anexos, y que incluiría propuestas de reforma de las reglas de competencia, reconocimiento y ejecución; la número tres, que implicaría también acción legislativa, se ceñiría al campo de la introducción de estándares mínimos comunes en relación a la ejecución y reconocimiento de decisiones sobre responsabilidad parental en otros Estados miembros, incluyendo reglas de representación legal del menor y la audiencia de menores; la opción número cuatro, supondría una combinación de las previas opciones n^{os} 2 y 3, y una número cinco, implicaría una acción no legislativa en la línea de introducción de medidas de *soft-law* para mejorar la aplicación del Reglamento, desarrollando herramientas *ad hoc* de cooperación, mejorando la formación de operadores jurídicos y facilitando el intercambio de información y mejores prácticas, entre otras cuestiones. Incluso cabría evaluar una hipotética sexta opción que propiciara la derogación del vigente Reglamento n^o 2201/2003, si bien a la vista de los resultados obtenidos con el mismo desde el 1 marzo 2005, la importancia del texto y su claro valor añadido para la ciudadanía europea, parece evidente que tal opción debería estar claramente descartada.

En materia de exequátur, una cuestión que suscita cierto consenso lo es la relativa a llevar un paso adelante el modelo de exequátur propio del Reglamento n^o 2201/2003 para asimilarlo al del reciente Reglamento Bruselas I o Bruselas I *recast*⁵⁸, en orden a sustituir el ex ante análisis de causas de rechazo por un examen a posteriori a instancias de la parte y con base en el establecimiento de determinadas salvaguardias, ya que la supresión total del exequátur, hoy solo en visitas y en sustracción internacional de menores, es algo que no parece fuera aceptable para cierto número de Estados. Por ello, un futuro sistema generalista de exequátur similar al del vigente Reglamento Bruselas I *recast* sería bueno en materia de responsabilidad parental si hay salvaguardias adecuadas manteniendo el vigente sistema de supresión del exequátur en visitas y sustracción. Se trata de una opción que podría tener éxito si se regularan bien las indicadas salvaguardias de manera que el demandado pudiera solicitar el rechazo de la ejecución basándose en orden público, falta de notificación de documentos o existencia de resoluciones contradictorias, algo que sustituiría el actual control *ex ante* del juez respecto de la concurrencia de causas de denegación.

Centrando la cuestión en la temática de la responsabilidad parental y en la de la sustracción internacional de menores, cabe indicar que el criterio general de

⁵⁸ Reglamento (UE) n^o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012.

competencia determinado por la residencia habitual del menor al momento de la presentación de la demanda ha funcionado y funciona bien y se compagina perfectamente con los criterios del Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, aunque no hayan dejado de existir tensiones en la aplicación práctica del Reglamento nº 2201/2003 que han puesto de manifiesto un elevado grado de falta de confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando se ha tratado de fijar cuál de ellos es el competente en un caso concreto. Las sentencias del Tribunal de Luxemburgo de fechas 15 julio 2010, C –256/09 y de 9 noviembre 2010, C –296/10: *Purrucker I y II*, son la evidente escenificación de un fracaso que debería corregirse en el futuro⁵⁹.

También un futuro Reglamento debería mantener el vigente sistema de supresión del exequátur para visitas y sustracción de menores, e incluso expandirlo a otros nuevos supuestos. No debería irse hacia atrás como postulan algunos sectores doctrinales cuando el principio del reconocimiento mutuo y supresión del exequátur es el gran objetivo de la UE⁶⁰.

Precisamente en el terreno de la sustracción internacional de menores, la posición más sólida parte de la base de que no se ha de cambiar a futuro el modelo vigente que se sustenta en los alambicados arts. 11 y 12 del Reglamento nº 2201/2003, básicamente. Posiciones a favor, por ejemplo, de dar directamente la última palabra al Estado de origen anulando el procedimiento intermedio no solo no parece que contaran con una posible unanimidad sino que supondrían un nuevo experimento que no parece por sí solo pudiera superar los problemas de confianza mutua que ahora nos afectan⁶¹.

Creo que la dificultad de modificar los arts. 11.7º y 11.8º del Reglamento nº 2201/2003 nos ha de llevar a una lógica revisora hacia reformas menores que

⁵⁹ C –256/09, ECLI:EU:C:2010:437 y C –296/10, ECLI:EU:C:2010:665.

⁶⁰ Con motivo del caso *Zarraga v. Pelz*, resuelto por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 diciembre 2010, C-491/10 PPU, hay sectores doctrinales en la UE que se plantean que se ha ido muy lejos en la supresión del exequátur para los casos de visitas y sustracción internacional de menores, cuando, pese a la evidente negativa de la menor ya adolescente, el sistema del Reglamento nº 2201/2003 fuerza el retorno de la menor. Pese a tales críticas, considero que el futuro nuevo Reglamento debería avanzar en la supresión del exequátur extendiéndola a más supuestos en línea con los postulados que rigen en la Unión en el campo de la cooperación judicial civil.

⁶¹ En la conferencia titulada: “*Article 11 of Brussels II a*”, y pronunciada por el Dr. Milos Hat’apka, del Ministerio de Justicia de la República de Eslovaquia, durante la Conferencia que tuvo lugar en La Haya los días 8, 9 y 10 mayo 2014, culminando el proyecto de la UE denominado LEPCA (*Project Lepca (Lawyers in Europe focusing on Parental Child Abduction)*), se defendió la posición de anular el proceso intermedio para el retorno del menor en el Reglamento nº 2201/2003 para ir directamente al proceso sobre el fondo ante el órgano jurisdiccional competente del Estado de origen, asumiendo que el Convenio de 25 octubre 1980 es un Convenio de selección del tribunal competente y que carece de sentido en marcos de supresión del exequátur y reglas armonizadas de competencia internacional.

agilizaran o mejoraran el sistema actual que ha puesto de manifiesto evidentes carencias en casos ya resueltos por el Tribunal de Luxemburgo⁶².

En relación a los recientes conflictos entre el TEDH y la Conferencia de La Haya, ya analizados con anterioridad y acerca de la cuestión de la interpretación estricta del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980, y el carácter sumario del proceso, que para el TEDH puede violar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y frente a la posición del TEDH que tiende a aplicar el llamado “*in –depth examination of family situation in every Hague Case*”, el futuro Reglamento podría mantenerse en la línea de la Conferencia de La Haya exigiendo una rápida resolución de estos casos sobre la base de una interpretación estricta y sumaria de las excepciones al poner la UE un mayor énfasis en el principio de la mutua confianza.

Están sobre la mesa otras hipotéticas modificaciones, cambios o revisiones digamos que de menor calado. Así, podría ser muy interesante una expresa supresión de la mención a los arts. 12 y 13 del Convenio de 25 octubre 1980 en el art. 11 del Reglamento 2201/2003⁶³, una expresa regulación de la *relocation* internacional o transfronteriza, una inclusión de la mediación de forma expresa en dicho mecanismo del art. 11⁶⁴, y un establecimiento de medidas que apoyaran la ejecución de acuerdos mediados en coordinación con otros instrumentos de la UE, caso del Reglamento de alimentos⁶⁵. También la facilitación de comunica-

⁶² As. C-403/09, ECLI:EU:C:2009:810; C-211/09, ECLI:EU:C:2010:400 y C-491/10, ECLI:EU:C:2010:828.

⁶³ En el retorno de menores, la experiencia práctica ha puesto de manifiesto la existencia de un mecanismo por el cual algunos jueces nacionales eluden la aplicación de las previsiones del art. 11 y evitan remitir el asunto, tras la denegación del retorno, al juez del lugar de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de la sustracción. Con ello se consigue que la última decisión no se tome en el Estado de origen y se elude el sistema de exequátur automático en órdenes de retorno europeas. El mecanismo consiste en emitir una orden de no retorno con base legal, por ejemplo, en los art. 3 o 5 del Convenio de 25 octubre 1980 en vez de con base en el art. 13 del Convenio de 25 octubre 1980. Si no se cita expresamente en la resolución judicial denegatoria del retorno el art. 13 del Convenio de 25 octubre 1980 se evita transmitir el caso al órgano competente en el Estado donde el menor tenía residencia habitual inmediatamente antes de la ilícita retención o sustracción, con lo que ello hace que los arts. 11.8, y 40 a 45 del Reglamento nº 2201/2003 devengan inaplicables.

⁶⁴ En un futuro nuevo Reglamento podría regularse de forma más detallada la figura de la mediación prevista en el vigente art. 55 e), dándose un mayor desarrollo legislativo a la cuestión de la mediación aplicada específicamente y, por ejemplo, a casos de sustracción internacional de menores. A tal efecto podrían aprovecharse los trabajos de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil desarrollados a través del denominado Grupo Belga que produjo el llamado: “*Discussion paper on advancing international family mediation in cases of international child abduction* (Dublín, junio 2013), y los desarrollos en materia de mediación aportados por la Conferencia de La Haya a través de su Quinta Guía práctica y de los resultados del Proceso de Malta.

⁶⁵ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009.

ciones judiciales directas a modo de habilitación general⁶⁶, y la clarificación en el art. 2, dedicado a definiciones, de la terminología de la patria potestad, que tantos problemas nos da en la práctica, sería una medida muy útil. Incluso podrían clarificarse temas de cooperación entre autoridades nacionales y proponerse mejoras asumibles en cuanto afectan al art. 55 para mejorar la cooperación entre las autoridades centrales y otras autoridades nacionales y los servicios de protección de menores y en las situaciones en que se solicita información sobre la situación del menor en otro Estado miembro, máxime de forma coordinada al Convenio de 19 octubre 1996 desplazado cuando se aplica el Reglamento nº 2201/2003.

Otras propuestas modificativas en el campo de la sustracción internacional de menores que he visto formular en foros europeos abogarían por clarificar el término de las seis semanas, limitar el número de recursos posibles, permitir ejecuciones provisionales, extender los efectos de las medidas provisionales del Estado de refugio más allá de su jurisdicción para facilitar que se emitan ordenes de retorno por tal Estado, especificar que si se decreta el no retorno se han de detallar las causas (debe admitirse cualquier causa de no retorno para poderse activar el mecanismo de los arts. 11.7º y 11.8º sin necesidad de que específicamente se aluda a los arts. 11 y 12 del Convenio de 25 octubre 1980 como ahora exige el art. 11, y que se haga alusión expresa al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989⁶⁷, en la regulación de las audiencias de menores. También se han pedido cambios en el art. 11 para que se introduzca la concentración de la jurisdicción, se clarifique la terminología de medidas adecuadas con arreglo al art. 11.4º, dando una lista de ejemplos (aunque ello parece irrealizable), para que se mejore la cooperación y se faciliten comunicaciones directas para poner en practica tales medidas adecuadas, y para que se obligue al tribunal del Estado de refugio a enviar los documentos siempre a través de la autoridad central que los

⁶⁶ El futuro nuevo Reglamento debe profundizar en una detallada y mejor regulación de las comunicaciones judiciales directas, más allá de las limitadas previsiones de los arts. 11.6º, 11.7º, 15 y 55 c), ya que son claves para el correcto funcionamiento del sistema. A tal efecto, puede ser de gran utilidad una clara referencia a los trabajos de la Conferencia de la Haya reflejados en la publicación sobre los Lineamientos Emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y el proyecto de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales de la Conferencia de La Haya. Tampoco estaría de más que junto a la previsión del recurso a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil que se contiene en el art. 54 Reglamento nº 2201/2003, se hiciera a futuro una habilitación del posible recurso a la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya. Indicar de forma añadida que en materia de comunicaciones judiciales directas, las mismas quedan cubiertas en España de forma novedosa por el art. 4 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7. 2015, y por el art. 778, *quáter*.7 de la vigente LEC, tras la reforma operada en la misma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, BOE 3.7.2015.

⁶⁷ BOE 31.12.1990.

transmitirá rápidamente al pariente que quedó atrás o al tribunal del Estado de origen. Incluso se ha pedido que se detallen mejor las obligaciones de las autoridades centrales con respecto a los arts. 11.6º al 11.8º y que se clarifique el sistema de traducciones de los documentos transmitidos⁶⁸. La experiencia práctica ha puesto de manifiesto que en la aplicación práctica del art. 11 no se logra cumplir el plazo de las seis semanas y que el sistema de los párr. 6 y 7 del art. 11 es un sistema que alarga la resolución final de los procesos por lo que debería a futuro simplificarse este proceso mucho mucho más.

Otros dos temas han puesto de manifiesto graves deficiencias en la operatividad del Reglamento nº 2201/2003 los han sido y lo son la audiencia de menores y la ejecución efectiva de las órdenes de retorno. La realización o no de la audiencia de los menores y en qué forma, está generando muchos problemas cuando posteriormente se pretende la ejecución de resoluciones certificadas en base a los arts. 41 y 42 del Reglamento y debería por ello buscarse una solución legal positiva a este problema.

El tema de la audiencia de menores ha planteado graves problemas en la operativa práctica del Reglamento nº 2201/2003, en ocasiones derivados de exorbitantes exigencias insertas en normativa nacional interna, caso de Alemania, que no se coordinan bien con los sistemas más abiertos que rigen en la mayoría de los Estados afectados por el Reglamento nº 2201/2003. Hay propuestas de cambio sobre la mesa que irían desde introducir mínimas referencias al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989, ya se dijo, pasando por establecer reglas

⁶⁸ Tampoco se ha de olvidar por la Comisión la necesidad de plasmar de forma positiva la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que debería reflejarse en el nuevo futuro Reglamento de forma real. Así, podría aclararse en un futuro nuevo Reglamento que el art. 11, ap. 8, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor. La fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor ilícitamente trasladado. Del mismo modo podría modificarse el vigente art. 10 b) inciso IV en línea con la sentencia de 1 julio 2010 en el as. C –211/10 PPU resuelto por el Tribunal de Luxemburgo, para establecer que una medida provisional no constituye una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente. Finalmente, indicar que incluso podrían llevarse de forma expresa al contenido del Reglamento las mejores prácticas y los estándares mínimos comunes que emergen del trabajo de la Red Judicial Europea Civil y Mercantil publicado en agosto de 2013 acerca del art. 11 y titulado: “*Best practices and common minimum standards drawn from responses to the questionnaire circulated by the working group*”. Además y junto a la previsión del uso de la Red Judicial Europea en el vigente art. 54, debería ya hacerse en un futuro nuevo Reglamento una expresa previsión legal de la utilidad que demuestra el recurso a la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya según ya se dijo.

mínimas de audiencia estandarizadas, y hasta por exigir, a falta de reglas estandarizadas, un reconocimiento mutuo entre sistemas legales, lo que debería llevar a admitir tal reconocimiento aunque la audiencia se haya llevado a cabo bajo reglas distintas. Un tema importante colateral lo es el relativo a la voz del menor en procesos de mediación en supuestos de sustracción internacional, aun por afrontar. Sea como sea, todo ello no parece que añada nada nuevo a lo que ya tenemos ni que tales propuestas vayan a mejorar el sistema que no debería cambiarse solo para satisfacer exigencias particulares de determinados Estados miembros.

El segundo problema indicado a afrontar deriva de defectuosas ejecuciones de órdenes de restitución, cuando es frecuente en la práctica que en el Estado requerido se hagan alegaciones que no se ajustan a la letra ni al espíritu del Reglamento nº 2201/2003 y que se usan de forma impropia para evitar la ejecución de resoluciones certificadas ordenando el retorno. Me he referido a ello en diversas ocasiones⁶⁹, pudiendo resumirse tales desviadas alegaciones entre los siguientes grupos:

1. La resolución certificada está viciada por serias violaciones de derechos fundamentales o infringe derecho menor a ser oído.
2. Ha existido un subsiguiente cambio circunstancias que impide ejecutar el retorno.
3. Se ha emitido en el Estado requerido orden de no retorno tras certificarse una resolución bajo el art. 42.
4. No existen reglas procesales internas para la efectiva implementación de órdenes de retorno (Rumanía).

Es claro que ninguna de estas alegaciones puede impedir la ejecución de una orden de retorno certificada vía arts. 40 a 45 del Reglamento nº 2201/2003, pero aun así se utilizan para evitar la aplicación de estos preceptos y, de esta forma, la obligatoria supresión del exequátur es una medida que no siempre es cumplida pese al apoyo de los arts. 11.8º y 40 a 45⁷⁰.

IX. Las ventajas del nuevo marco legal español en el área de la sustracción internacional de menores

Una vez descrito el marco internacional vigente con sus virtudes y defectos, operatividad, necesidades y carencias, incluidas sugerencias para su mejora,

⁶⁹ F.J. Forcada Miranda, *Sustracción internacional de menores...*, op. cit., pp. 64–65.

⁷⁰ Es, v.gr., el supuesto del caso *Aguirre Zarraga v. Pelz*, en donde Alemania se opuso a la ejecución de una orden de retorno sobre la base de que la resolución certificada por España infringía el art. 42 Reglamento II bis. Aun tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, la menor sigue sin ser retomada a España.

junto con las tendencias más actuales a nivel internacional, procede una sumaria referencia final al novedoso marco legal español interno tras las reformas acaecidas en el año 2015 desde la perspectiva del análisis de sus aportaciones al panorama actual⁷¹.

El sistema español desde 2015 apuesta por la celeridad y por la concentración de la competencia para conocer de estos casos y quizá uno de los aspectos más importantes lo sea el de la concentración de la competencia en un reducido número de jueces. Tras la reforma de 2015, la competencia para conocer de estos casos ha pasado a residenciarse en los Juzgados de Primera Instancia de capital de provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si los hubiere y, en su defecto, en los que por turno de reparto corresponda. De los anteriores más de 900 jueces que aproximadamente podían conocer en primera instancia de un caso de sustracción, hemos pasado a un número mucho más reducido si valoramos que tenemos actualmente unos 103 juzgados de Familia que se reparten en 35 capitales de provincia y 12 ciudades. Esta concentración de la competencia sigue siendo insuficiente pero es un primer paso que ha de facilitar la especialización de los jueces involucrados en estos casos. La insuficiencia deriva de la comparativa a nivel internacional. Pensemos en el caso de Inglaterra y Gales. Allí, todos los casos se derivan a la *High Court* (20 jueces y todos ellos radicados en Londres) con automática provisión de fondos públicos al demandante y donde cuentan con una Autoridad Central bien dotada de medios y personal para la gestión, por ejemplo, de 444 casos de sustracción (274 entrantes y 170 salientes) y 79 casos de visitas (43 entrantes y 36 salientes) en el año 2014.

Sea como sea, con la reforma de 2015 hemos avanzado en España por vez primera en la especialización, en la concentración de casos a niveles de capitales de provincia y éste podría ser el primer paso de una futura y tan deseada jurisdicción de familia, debidamente especializada y residenciada en capitales de provincia.

La celeridad se afianza en la reforma de 2015 con previsiones específicas: proceso preferente y urgente, seis semanas en dos instancias, salvo excepciona-

⁷¹ A esta cuestión ya me he referido en cuatro trabajos recientes, uno de ellos monográfico: F.J. Forcada Miranda, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, ISSN –e 2444 –3220, N° 3, 2016; *id.*, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, ISSN –e 2444 –3220, n° 3, 2016; *id.*, “Recent Spanish Developments in International Family Law”, *Int'l Family L.J.*, pp. 11 –12; *id.*, *Sustracción internacional de menores...*, *op. cit.*

lidad, no suspensión por prejudicialidad penal y apelación en dos efectos en 20 días y preferente. Además, la celeridad va unida a la concienciación al efecto de los operadores jurídicos debidamente especializados y a las exigencias internacionales, siendo la percepción social y ciudadana de esta exigencia de la mayor importancia⁷².

En otros aspectos donde a nivel internacional se han identificado conflictos, la reforma española de 2015 también toma partido. Así, apuesta de forma decidida por las comunicaciones judiciales directas y el apoyo de redes de cooperación nacionales e internacionales, caso de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya (art. 778 *quáter* 7 LEC), remarca que no ha de procederse a un examen del fondo del asunto en línea con la más consistente interpretación y aplicación del Convenio de 25 octubre 1980 a nivel internacional (art. 778 *quinquies* 9 LEC), permite las visitas conectadas a la gestión del proceso (art. 778 *quáter* 8 LEC) y en materia de mediación, no solo llena el vacío de la normativa anterior sino que proporciona, con una ambigüedad calculada en la redacción de la norma, ventajas evidentes con la no presencia de límites al objeto de la mediación ni a la posterior hipotética ejecución del acuerdo mediado, haciéndola posible en cualquier momento pero evitando dilaciones con fecha límite al plazo legalmente previsto (art. 778 *quinquies* 12 LEC).

Siguiendo en esta línea hay que resaltar también que desde 2015 se permiten medidas cautelares a lo largo de todo el proceso y que se ha mejorado la ejecución de las órdenes de retorno de forma muy sustancial (art. 778 *quinquies* 9, 10 y 13 LEC), sin olvidar que en materia de audiencia de menores se articula la misma de forma separada, con presencia del Ministerio Fiscal y con posible videoconferencia (art. 778 *quinquies* 8 LEC)⁷³, existiendo la posibilidad, ahora real, de obtención de una declaración que especifique que el traslado o la reten-

⁷² En el ámbito social, por ejemplo, la Asociación ASIME, Asociación de profesionales en materia de Sustracción Internacional de Menores España, está realizando, tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015 de 30 de julio, un estudio de análisis sobre la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 bajo la dirección del catedrático de Derecho internacional privado, Doctor Javier Carrascosa de la Universidad de Murcia, España. Esta asociación busca, a través de un formulario online, que los agentes jurídicos que tengan información sobre procedimientos iniciados en España tras la entrada en vigor de la Ley (julio 2015), completen el formulario online de cara a obtener una visión realista de los efectos de la reforma en la mayor o menos velocidad en la gestión de los casos.

⁷³ En materia de audiencia de menores no hemos de olvidar previsiones legales importantes conexas que derivan de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 diciembre 2010, ECLI:EU:C:2010:828, en cuanto a la no obligatoriedad de la exploración personal y directa por parte del juez con admisión de otras posibilidades, y del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tras la vigencia de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en lo relativo a la constancia del resultado y valoración en resoluciones de fondo, sin olvidar que tras la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 6/2015, los Fiscales promoverán la grabación o transcripción lo más extensa y exacta de la actuación en evitación de una nueva exploración segunda instancia.

ción lo han sido ilícitos y con posibilidad, ahora también real, de obtener una declaración relativa al art. 15 del Convenio de 25 octubre 1980, implicándose a la Autoridad Central española en la prestación de asistencia al solicitante (art. 778 *sexies* LEC).

A modo de conclusión y por todo lo indicado, la reforma española de 2015 merece una valoración positiva, lo que no ha de obstar a que se persista en una línea de trabajo y concienciación que permita gestionar correctamente este tipo de situaciones tan dramáticas por los ciudadanos que se ven involucrados en casos de sustracción internacional de menores.

Hemos de estar también muy atentos a futuros desarrollos ya que está pendiente la reforma del Reglamento nº 2201/2003, hay que ver la evolución futura que tengan los perturbadores recursos extraordinarios en España y siempre está sobre la mesa la importante cuestión relativa a la estricta aplicación e interpretación del art. 13.1º.b) del Convenio de 25 octubre 1980 que debiera hacerse por parte de los operadores jurídicos.

X. Conclusiones

El fenómeno de la sustracción internacional de menores presenta dos factores relevantes. De un lado, no ha dejado de incrementarse desde que a nivel internacional vieron la luz en 1980 dos textos importantes: el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores como el Convenio y el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 mayo 1980. De otro lado, la complejidad legal de este fenómeno no ha dejado de estar presente desde entonces y también se ha incrementado de forma tal que, sólo operadores jurídicos muy bien cualificados pueden afrontar este tipo de casos con garantías.

Las carencias del marco legal internacional vigente, que han aflorado tras casi 40 años de vigencia, y la novedosa legislación interna española de implementación, dan pie para un análisis como el realizado en este estudio que ha reflejado carencias, necesidades y novedades. De todo ello, la principal conclusión que puede extraerse es que el marco legal actual, nacional e internacional, es mejorable y que no solo con reformas legales podrá superarse la situación actual. Modernas herramientas de cooperación, caso de las comunicaciones judiciales directas y la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, van a jugar papeles importantes. También la formación continua de los profesionales que afrontan estos casos va a ser decisiva en el futuro.

Las reforma legal interna española de 2015, que ha apostado por la celeridad y la concentración de la jurisdicción, ha supuesto en la práctica y a lo largo de este último año, una ventana de aire fresco para los profesionales que han visto mejorar, en calidad y en celeridad, la gestión de estos procesos en España, con un evidente beneficio para los menores involucrados en los mismos.

Bibliografía

- Emon, A.M. y Khaliq, U.: *Islamic Law, Private International Law and Cross –Border Child Abduction*, Executive Summary coming from research Project funded by *Global Affairs Canada*, preseted during IV Malta Process, 2016.
- Forcada Miranda, F.J.: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 3, 2016.
- : “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 3, 2016.
- : “Recent Spanish Developments in International Family Law”, *Int’l Family L.J.*, vol. 2016, nº 1, pp. 11 –12.
- : “Revision with Respect to the Cross –border Placement of Children”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 36, 2015, pp. 36 –42.
- : *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Madrid, Sepin, 2015.
- Hague Conference on Private International, *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios Generales y Guía de buenas prácticas*, Family Law, Jordan Publishing Limited, 2010.
- Kruger, T. y Samyn, L.: “Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2015, pp. 160 ss.
- Mceleavy, P.: “Building the bridge between ‘habitual residence’ and ‘substantial connection’: Facts; Policy Objectives; and the Appropriate Forum”, Power Point presentation during Cross Border Child Protection Conference, Geneva, 21–23 October 2015.
- Mceleavy, P.: “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?”, *Netherlands Int’l L. Rev.*, 62, 2015, pp. 365 ss.
- Pérez Vera, E.: “Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, Offprint from the Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III / Tiré à part des Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III.
- Silberman, L.: “Patching up the Abduction convention: A call for a new international Protocol and a suggestion for amendments to ICARA”, *Texas Int’l L. J.*, vol. 38, 2003, pp. 41 ss.
- Ulrike, K.: “Hague 1996 Child Protection Convention. Building the bridge between habitual residence and substantial connection”, Power Point presentation during Cross Border Child Protection Conference, Geneva, 21–23 October 2015.

Recepción: 29.7.2016
Aceptación: 30.7.2016

UNIDROIT: DESARROLLOS RECIENTES Y NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO PARA EL TRIENIO 2017–2019 *

Nuria BOUZA VIDAL **

En el periodo comprendido entre la 94ª sesión anual del Consejo de Dirección de UNIDROIT celebrada en mayo de 2015 y la 95ª sesión de mayo 2016 han tenido lugar una serie de acontecimientos y actividades que pueden agruparse en torno a: los actos conmemorativos del 90º aniversario de UNIDROIT (I); la evolución de los proyectos legislativos contemplados en el Programa de trabajo 2014–2016, algunos de los cuales ya han culminado mientras que otros se encuentran en fase de ejecución (II); y la adopción de un nuevo Programa de trabajo para el trienio 2017–2019 (III).

I. Actos conmemorativos del 90º aniversario de UNIDROIT

UNIDROIT se creó en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones. Para celebrar su 90º aniversario el Secretariado del Instituto ha organizado una serie de eventos a lo largo de 2016 que se iniciaron en el mes de abril con la conferencia inaugural sobre “*Practicing International Law at the United Nations*” que pronunció el Secretario General adjunto para asuntos jurídicos de la Oficina de Asuntos jurídicos de las Naciones Unidas, Miguel de Serpa Soares,

* Los Documentos relativos a la 95ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT (Roma, 18–20 mayo 2016) pueden consultarse en la página Internet del Instituto (www.unidroit.org).

** Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

en un acto organizado en colaboración con la *Società italiana per l'Organizzazione internazionale*. Dicho acto se celebró en la sede del Instituto el día 15 de abril y en él intervinieron, entre otros, Fausto Pocar, juez del Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia, Sergio Carbone, profesor de Universidad de Génova y Piero Bernardini, presidente de la Asociación Italiana de Arbitraje.

El siguiente acto se celebró también en la sede de UNIDROIT en Roma el 19 de abril, con el propósito de reflexionar sobre el papel y legado jurídico de la Sociedad de Naciones, así como, sobre las primeras actividades del Instituto en la etapa en que estuvo vinculado a dicha organización. Las ponencias estuvieron a cargo de profesores de distintas Universidades italianas y del Secretario General del Instituto, J.A. Estrella Faria

El 20 de abril se celebró una sesión extraordinaria de la Asamblea General de UNIDROIT seguida de un Simposio internacional sobre “Derecho privado, cooperación internacional y desarrollo” que tuvo lugar en el Palazzo Altieri (Roma). El Simposio se desarrolló en cuatro sesiones. La primera sobre “Derecho privado y el Derecho internacional público”. La segunda se ocupó de los “Derechos reales y desarrollo sostenible”. La tercera trató del “Derecho comercial y Estado de Derecho” y la cuarta se refirió al “Procedimiento civil y la cooperación internacional”.

El mes de abril se cerró con una conferencia internacional organizada por UNIDROIT en colaboración con la FAO y la FIDA y con el patrocinio del Ministerio italiano de Asuntos exteriores y de Cooperación internacional. Como su nombre indica, “*Creating a favourable legal environment for Contract Farming – The UNIDROIT/FAO/FIDA Legal Guide on Contract Farming*” el objetivo de la conferencia fue informar sobre la mencionada “Guía jurídica” y su aplicación en la práctica. La Conferencia se dirigía principalmente a las representaciones diplomáticas en Italia que son las más indicadas para transmitir a los órganos y entidades interesadas en sus respectivos países los trabajos sobre agricultura contractual y sobre desarrollo agrícola que llevan a cabo estas tres organizaciones internacionales con sede en Roma.

Con ocasión a la 95ª sesión del Consejo de Dirección, el Instituto acogió en su sede la reunión anual de la “*CISG Advisory Council*” (institución privada que tiene por objetivo promover la interpretación uniforme del Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de 1980) y ambas instituciones organizaron conjuntamente una Conferencia sobre la “Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT sobre contratos del comercio internacional: contrastes y convergencias” que se celebró el 20 de mayo en la Villa Aldobrandini (sede de UNIDROIT).

Dentro de los actos organizados para celebrar el 90 aniversario del Instituto cabe mencionar también la conferencia que el próximo 29 septiembre 2016 pronunciará el profesor Marcel Fontaine sobre “*The International rayonnement of the UNIDROIT Principles*” con ocasión a la presentación del libro en homenaje del profesor M.J. Bonell “*Eppur si muove: The Age of Uniform Law– Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*”.

Asi mismo, está previsto publicar, a medianos de este año, un libro sobre el 90 aniversario de UNIDROIT que incluirá: una sección sobre la historia del Instituto; una breve descripción de algunos instrumentos junto con los trabajos y comentarios de los expertos que participaron en su elaboración y la biografía de las personas que más han influido en su historia. Este libro contendrá ilustraciones de documentos históricos importantes como, v.gr., el documento de la Sociedad de Naciones relativo a su creación.

II. Evolución de los proyectos legislativos contemplados en el Programa de trabajo 2014–2016.

1. Aprobación de una nueva edición de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, a fin de adaptarlos a las peculiaridades de los contratos de larga duración

Los Principios de UNIDROIT sobre contratos del comercio internacional han sido objeto de sucesivas ediciones (1994, 2004 y 2010) en las que progresivamente se han ido incorporando nuevos capítulos con el fin de ofrecer una regulación completa del Derecho general de los contratos internacionales. En su última versión los Principios constan de 211 artículos divididos en 11 capítulos, sin embargo, al haber sido concebidos inicialmente para regular los contratos sinagmáticos de ejecución única, tales como la compraventa, no tienen suficientemente en cuenta las cuestiones específicas que suscitan los contratos de larga duración.

Con el fin de ofrecer una respuesta adecuada a las peculiaridades de contratos de larga duración un grupo de expertos presidido por el profesor Michael Joachim Bonell ha propuesto una serie de modificaciones y adiciones a la versión actual de los Principios. Básicamente se trata de las siguientes reglas y comentarios:

a) Modificación del Comentario 2 del Preámbulo a fin de destacar que la nueva edición de los Principios ha tomado en consideración las exigencias particulares de los contratos de larga duración.

b) Introducción de una definición descriptiva de los contratos de larga duración en el art. 1.11. (*Definiciones*) en la que recogen sus elementos básicos: i) duración del contrato, ii) relación continua entre las partes y iii) complejidad de la operación. En el Comentario 3 se ofrece una lista indicativa de contratos de larga duración y se hace referencia a las demás disposiciones y comentarios en los que se tienen en cuenta las cuestiones particulares que este tipo de contratos plantean.

c) En el art. 2.1.14 (*Contrato con términos “abiertos”*) se añade la posibilidad de que la ulterior determinación de los términos del contrato pueda hacerse unilateralmente por una de las partes y en el Comentario 4 se destaca la importancia de esta posibilidad en los contratos de larga duración

d) Se suprime la última frase del Comentario 2 al art. 2.1.15 (*negociaciones de mala fe*) y se sustituye por un nuevo Comentario 3 en virtud del cual el compromiso a negociar de buena fe implica la obligación de negociar seriamente con la intención de llegar a un acuerdo. Esta obligación no puede obstaculizar otras obligaciones derivadas de los Principios, tales como: la del art. 1.8 (*comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*) y la del art. 2.1.16 (*deber de confidencialidad*). En los contratos de larga duración las partes, que se comprometen a negociar de buena fe, pueden precisar los términos de este compromiso habida cuenta la naturaleza del contrato y su contexto económico.

e) El comentario 3 del art. 4.3 (*circunstancias relevantes en la interpretación de los contratos*) pasa a ser, con algunas modificaciones, el Comentario 4 y se añade un nuevo Comentario 3 en el que se destaca la importancia que tienen los apartados (b) (*prácticas que las partes hayan establecido entre sí*) y (c) (*actos realizados por las partes con posterioridad al contrato*) en la interpretación de los contratos de larga duración.

f) Se modifican los Comentarios 1 a 3 del art. 4.8 (*integración del contrato*) y se indica que las partes pueden remitir la determinación de una cláusula del contrato a un acuerdo ulterior, a la decisión de una de las partes o a un tercero. Si las partes no llegan a un acuerdo o una de las partes o un tercero no determinan la cláusula en cuestión, el art. 2.1.14 (*contrato con términos “abiertos”*) resulta aplicable.

g) El Comentario al art. 5.1.3 (*cooperación entre las partes*) se divide en dos comentarios distintos sobre la importancia del deber de cooperación en todo tipo de contratos y, en especial, en el marco de los contratos de larga duración.

h) En un nuevo comentario 3 al art. 5.1.4 se destaca la importancia, en los contratos de larga duración, de la obligación de las partes en esforzarse por resolver las dificultades que puedan surgir en la ejecución de sus respectivas prestaciones

i) Los cambios introducidos en el Comentario 3 del art. 5.1.7 (*determinación del precio*) se refiere a la fijación del precio por un tercero. Las partes pueden establecer el criterio o procedimiento a seguir por un tercero, así como impugnar la determinación efectuada en caso que no se ciña a dicho criterio o procedimiento. Por ejemplo, si el criterio acordado consiste en una referencia a los “precios del mercado” las partes pueden impugnar el precio fijado por el experto si consideran que es “manifiestamente disparatado”

j) El título “*Contrato de tiempo indefinido*” del art. 5.1.8 se sustituye por el de “*Contrato de duración indeterminada*”. Se modifica también su contenido a fin de precisar que en caso de resolución de un contrato de duración indeterminada resultan aplicables los arts. 7.3.5 (*efectos de la resolución*) y 7.3.7 (*restitución en caso de contratos de larga duración*).

k) Introducción en el Capítulo 6 relativo al “Cumplimiento” de una nueva sección 3 titulada “Resolución por motivos imperiosos”. Dicha sección consta de dos artículos: el art. 6.3.1 sobre “*Derecho a la resolución por motivos imperiosos*” y el art. 6.3.2 sobre los “*Efectos de la resolución*”. Estas dos disposiciones son las más innovadoras de cuantas modificaciones y adiciones se han propuesto. Del texto y los comentarios a ambos artículos se desprende que el derecho de “resolución por motivos imperiosos” constituye una medida excepcional que sólo puede ejercerse en aquellos contratos de larga duración que se caracterizan por una relación de cooperación y confianza entre las partes, cuando se produce una quiebra irreparable de dicha relación.

La resolución por “motivos imperiosos” se distingue de otros supuestos de resolución previstos en los Principios. En el caso de *hardship* o “excesiva onerosidad” (art. 6.2.2.) la alteración fundamental del equilibrio contractual no implica una ruptura irreparable de la relación contractual y la parte en desventaja puede solicitar la renegociación. En caso de *fuera mayor* (art. 7.1.7), el hecho de que una parte no pueda ejecutar el contrato debido a un acontecimiento que escapa de su control la exonera de las consecuencias derivadas de la no ejecución pero no es un motivo de resolución.

l) Se añade un nuevo comentario 5 al art. 7.1.7. (*fuera mayor*) en el que se indica que, habida cuenta de la duración y las inversiones iniciales que a menudo se asocian a los contratos de larga duración y que solo se amortizan con el trans-

curso del tiempo, las partes pueden estar interesadas en establecer que la relación comercial se mantenga en la medida de lo posible incluso en supuestos de *hardship* o de fuerza mayor, y que la resolución sólo tenga lugar como último remedio.

m) Por último, se amplía el Comentario 3 del art. 7.3.5 añadiendo otros ejemplos de cláusulas del contrato no afectadas en caso de resolución. Además de la cláusula sobre arreglo de controversias a la que se refiere expresamente la versión actual, se mencionan otros ejemplos de cláusulas u obligaciones que por su naturaleza están destinadas a producir efectos incluso después de la resolución del contrato y que tienen un interés particular en los contratos de larga duración, tales como, las cláusulas u obligaciones sobre ley aplicable; confidencialidad; no-competencia; tratamiento de la propiedad industrial o de la protección de datos; pago de intereses; o restitución de stocks, entre otras.

En el debate que tuvo lugar en el seno del Consejo de Dirección (sesión de 18 mayo 2016), a continuación de la presentación, por parte del profesor J.M. Bonnell de estas distintas propuestas de modificación y adición a la actual versión de los Principios, puso de manifiesto la existencia de un amplio consenso a excepción de la propuesta de añadir dos nuevas disposiciones (arts. 6.3.1 y 6.3.2) sobre “Resolución por motivos imperiosos”. Los principales argumentos en contra de su admisión fueron los siguientes:

i) La noción “resolución por motivos imperiosos” responde a una tradición jurídica muy particular (en especial del derecho alemán), no compartida por la mayoría de países. Su introducción resultaría contraria a uno de los objetivos básicos de los Principios. A saber, la de ofrecer un conjunto equilibrado de reglas susceptible de ser utilizado en todo el mundo con independencia de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países en que deben aplicarse.

ii) El derecho de una de las partes a resolver unilateralmente el contrato previa notificación a la otra parte, cuando se produce una pérdida total de confianza y la imposibilidad de poder continuar colaborando, resulta contrario al mantenimiento del equilibrio entre las partes durante toda la vida del contrato que los Principios pretenden garantizar. Además, la imprecisa noción de “motivos imperiosos” ofrece el riesgo de abusos, no suficientemente eliminado por el hecho que la “resolución inapropiada” por una de las partes se considere una “inejecución anticipada” que de acuerdo con el art. 7.3.3 habilita a la otra parte a poner fin al contrato por “inejecución fundamental”.

Tras este debate el Consejo de Dirección decidió aceptar las modificaciones y adiciones a los Principios de UNIDROIT–2010 recomendadas por el Grupo de trabajo sobre contratos de larga duración salvo las nuevas disposiciones sobre “resolución por motivos imperiosos”. La nueva edición, que será conocida como “Principios UNIDROIT–2016” está previsto que esté lista para su publicación en inglés y francés en diciembre de 2016.

2. Avances en la aplicación del sistema de Ciudad del Cabo

Por “Sistema de Ciudad del Cabo” se entiende el conjunto integrado por el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo 2001), el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo 2001), el Protocolo sobre cuestiones específicas del material rodante ferroviario (Luxemburgo 2007), el Protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales (Berlín 2012), a los que en el futuro se añadirá el Protocolo sobre cuestiones específicas de los materiales de equipo agrícola, minero y de la construcción o Protocolo “MAC” (en fase de elaboración).

Las actividades recientes en torno a estos instrumentos han consistido básicamente en las siguientes.

a) Con relación al *Convenio de Ciudad del Cabo y del Protocolo aeronáutico* (únicos instrumentos del sistema de Ciudad del Cabo que han entrado en vigor) basta señalar que la adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo el 28 junio 2013 no supuso su entrada en vigor en nuestro país, ya que para ello se requería (de acuerdo con lo dispuesto en art. 49 del Convenio) que España también se adhiriese a uno de sus Protocolos, exigencia que finalmente se cumplió con la adhesión al Protocolo aeronáutico en noviembre de 2015 (BOE 1.2.2016).

b) Ni el *Protocolo ferroviario* ni el *Protocolo espacial* han entrado en vigor y respecto al estado actual en se encuentran ambos Protocolos cabe mencionar las actividades realizadas en vistas al establecimiento de sendos Registros internacionales.

– *Protocolo ferroviario*. En el Acta final de la Conferencia de Luxemburgo (2007) se creó una Comisión preparatoria encargada de iniciar las negociaciones tendentes a la celebración de un contrato con la entidad que debería ejercer las funciones de Registrador y redactar el Reglamento del Registro. Fruto de estas negociaciones ha sido la elección de *Regulis S.A.* perteneciente al Grupo SITA S.A. (sociedad de ingeniería y transportes auxiliares) para que asuma las funciones de Encargado del Registro internacional ferroviario.

– *Protocolo espacial*. En el Acta final de la Conferencia de Berlín (2012) se creó también una Comisión preparatoria a la que se invistió de los poderes necesarios para ejercer provisionalmente las funciones de Autoridad de supervisión encargada de redactar el Reglamento del Registro internacional aeronáutico; de entablar negociaciones tendentes al nombramiento de una Autoridad supervisora definitiva; y de seleccionar el futuro Registrador. Respecto al nombramiento de la autoridad encargada de Registro internacional espacial se ha sugerido la posibilidad de que Aviareto, (*joint venture* entre SITA – *Sociedad internacional de telecomunicaciones aeronáutica*– y el Gobierno irlandés) que actualmente se encarga del Registro internacional aeronáutico pudiese también explotar el Registro internacional espacial.

– Preparación de un cuarto *Protocolo sobre cuestiones específicas de los materiales de equipo agrícola, minero y de la construcción* (Protocolo “MAC”). Desde su creación en 2014, el Comité de estudios del Protocolo MAC ha realizado notables progresos en la solución de los principales problemas jurídicos que plantea su redacción. En particular, la utilización del “Sistema armonizado de designación y codificación de mercancías” de la Organización Mundial de Aduanas para definir el ámbito material de aplicación del futuro Protocolo y la cuestión de las relaciones entre las garantías internacionales sobre los materiales de equipo MAC en virtud del Protocolo y las garantías nacionales que resultan de la colocación o utilización de dicho material de equipo sobre bienes inmuebles (es decir, cuando las garantías nacionales sobre bienes inmuebles se extienden al material de equipo MAC).

El grado de desarrollo alcanzado por el proyecto de Protocolo MAC aprobado por el Comité de estudios en su reunión marzo 2016 (consta de 33 disposiciones y tres anexos) permite augurar la posibilidad de que pueda ser sometido a un Comité de expertos gubernamentales a principios de 2017.

3. Operaciones en los mercados de capitales interconectados y transnacionales: Guía legislativa sobre Principios y reglas destinadas a mejorar las transacciones sobre mercados financieros emergentes

La labor de UNIDROIT en el ámbito de los mercados de capitales interconectados y transnacionales se ha desarrollado en tres etapas: En la primera, se adoptó el *Convenio de Ginebra sobre las normas de Derecho material aplicables a los títulos intermediados* de 2009. En la segunda, tuvo lugar la aprobación en 2013 de los *Principios relativos a la rescisión-compensación* (“*close-out netting*”). En la tercera, se han iniciado los trabajos orientados a la adopción de una *Guía legislativa sobre principios y reglas destinadas a mejorar las transacciones sobre mercados financieros emergentes*. Se trata de un instrumento de soft

law destinado a orientar a los Estados que deseen establecer un sistema de detención de títulos intermediados o evaluar el sistema existente y a promover la adopción y aplicación coherente del Convenio de Ginebra de 2009 con el derecho interno de los Estados (hay que tener en cuenta que el Convenio Ginebra contiene numerosas remisiones al Derecho interno de los Estados parte). Para llevar a cabo esta labor se creó un Comité de expertos que se reunió en tres ocasiones entre 2010 y 2013. Los escasos resultados obtenidos inclinó al Secretario General a convocar, en agosto de 2015, un grupo informal de ocho expertos (entre los que se encuentra al Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Garcimartin) con el encargo de que cada uno de ellos se responsabilizara de redactar una parte de la “Guía legislativa”. La rapidez y diligencia con que este reducido grupo de expertos ha actuado, ha permitido que, una vez reagrupadas sus distintas aportaciones en un documento único, se disponga ya de un Proyecto “*in-progress*” de Guía Legislativa (Doc. UNIDROIT 2016, C.D (95) 6 rev. Anexo 2, de mayo 2016), susceptible de ser distribuido para su consulta y colaboración con otras organizaciones internacionales y partes interesadas.

4. Derecho privado y desarrollo agrícola: aplicación y promoción de la Guía jurídica sobre agricultura contractual UNIDROIT/FAO/FIDA de 2015

La “Guía jurídica UNIDROIT/FAO/FIDA sobre agricultura contractual” se adoptó por el Consejo de Dirección de UNIDROIT en su 94ª sesión anual celebrada en Roma en mayo de 2015. La versión en inglés y francés de la Guía puede consultarse en línea en las páginas web de las tres organizaciones que colaboraron en su elaboración. Esta colaboración se ha mantenido con posterioridad a fin de lograr que la “Guía jurídica sobre agricultura contractual” constituya un instrumento lo más útil y operativo posible para sus destinatarios (agricultores, sociedades de transformación y/o distribución agroalimentaria, organismos de regulación etc.). Con este propósito se han llevado a cabo diversas actuaciones: preparación de documentos para una correcta aplicación de la Guía, preparación de una versión en español, formulación de directrices sobre buenas prácticas en la agricultura, elaboración de contratos-tipo para ciertos productos básicos, refuerzo de las capacidades de los agricultores mediante prácticas sobre el terreno.

Mención especial merece el establecimiento de una “Comunidad de práctica sobre los aspectos jurídicos de la agricultura contractual” dentro del marco del “*Global Forum on Law, Justice and Development*” (una iniciativa de Banco Mundial). Se trata de una plataforma (www.unidroit.org/community-of-practice/home) destinada a ofrecer un marco innovador y dinámico que permita compartir y difundir conocimientos jurídicos, experiencias prácticas e investigaciones en materia de agricultura contractual. Esta plataforma está abierta a parti-

culares e instituciones promotoras de proyectos, tales como, organizaciones internacionales, organizaciones de productores agrícolas y del sector agroalimentario, medios jurídicos universitarios, entidades gubernamentales etc.

5. Formulación de reglas europeas sobre procedimiento civil transnacional

En 2014 se firmó un Protocolo de acuerdo entre UNIDROIT y el Instituto de Derecho Europeo (ELI) con el objeto de elaborar un Proyecto de procedimiento civil europeo. La colaboración con otra institución regional en este ámbito ya contaba con el precedente de los Principios ALI (*American Law Institute/UNIDROIT*) sobre procedimiento civil transnacional.

Como ya se indico en la anterior crónica de las actividades de UNIDROIT publicada en este Anuario¹ durante 2014 se establecieron cinco grupos de trabajo. Los tres primeros grupos se crearon para tratar de: i) el acceso a la información y a la pruebas; ii) las medidas provisionales y cautelares; iii) la notificación de documentos. A continuación se crearon dos grupos más sobre; iv) litispendencia y cosa juzgada; y v) obligaciones de las partes y de los juristas”. Con posterioridad, se examinó la posibilidad ampliar los grupos de trabajo a fin abarcar la mayoría de las cuestiones contemplada en los Principios ALI/UNIDROIT. Esta ampliación se formalizo en la segunda reunión plenaria del Comité piloto, los co-relatores, los miembros de los grupos de trabajo y los observadores que tuvo lugar en Tréveris (Alemania) los días 26–27 de noviembre 2016 con la creación de un grupo de trabajo sobre “costos y financiación “ y otro sobre “sentencias”.

Durante la sesión del Consejo de Dirección de mayo 2016, la Secretaria General Adjunta, Anna Veneziano, se refirió a algunos aspectos del Proyecto ELI/UNIDROIT que conviene recordar. En particular, resaltó que este Proyecto no pretende ser un Código europeo de procedimiento civil, sino únicamente un conjunto de reglas mínimas destinadas a facilitar la cooperación jurídica transfronteriza que pueden ser utilizadas por la comunidad jurídica europea si así lo estima oportuno e incluso por los legisladores de otros países que deseen reformar su derecho nacional. También se refirió a la posibilidad de consultar en línea, en el sitio Internet de UNIDROIT (www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure), ciertas reglas que los grupos de trabajo tienen intención de adoptar a fin de crear un contexto favorable a un examen más profundo de las mismas. Hasta noviembre de 2016 está previsto que los tres primeros grupos de trabajo publiquen las reglas y comentarios preliminares. Por último, también destacó la importancia del Comité piloto, compuesto por representantes de am-

¹ N. Bouza Vidal, “UNIDROIT: antecedentes propuestas y realizaciones de sus programas de trabajo trianuales (2011–2013 y 20014–2016)”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 732–752.

bas instituciones bajo la presidencia D. Wallis (Presidenta del ELI) y J.A. Estrella Faria (Secretario General de UNIDROIT). Su función consiste en supervisar y evaluar los resultados de los grupos de trabajo a fin de garantizar que el producto final de cada grupo sea parecido al de los demás grupos por lo que respecta al enfoque, estructura, terminología y resultado

Con relación al desarrollo del Proyecto de Principios ELI/UNIDROIT en los próximos meses está prevista la presentación y discusión de los resultados obtenidos hasta el momento con ocasión de la próxima Conferencia anual y Asamblea General de la ELI que tendrá lugar en Ferrara (Italia) los días 7–9 de septiembre, así como una tercera sesión plenaria del Comité piloto, miembros de los distintos grupos, observadores y asesores a celebrar en Viena en la sede del ELI los días 21 y 22 noviembre 2016.

III. Programa de trabajo para el trienio 2017–2019

Conforme al art. 11 del Estatuto de UNIDROIT, corresponde al Consejo de Dirección proponer a la Asamblea General para su aprobación el Programa de trabajo trienal y el orden de prioridades de las actuaciones propuestas.

A punto de finalizar el periodo cubierto por el Programa de trabajo vigente (2014–2016), el Consejo de Dirección en su 95ª sesión anual (mayo de 2016) procedió a proponer un nuevo Programa de trabajo para el trienio 2017–2019. No obstante, dado que los recursos económicos del Instituto son limitados, antes de iniciar al examen y debate sobre nuevas actividades legislativas se consideró necesario revisar las actividades legislativas previstas en el Programa de trabajo 2014–2016 a fin de determinar las que deberían mantenerse bajo el nuevo Programa y las que deberían abandonarse.

Respecto a las actividades previstas en el Programa de trabajo 2014–2016 que deberían retirarse, sin perjuicio de que en un futuro pudieran retomarse, una amplia mayoría de los miembros del Consejo de Dirección se pronunció a favor de retirar todas o casi todas las actividades a las que en el mencionado Programa se les había atribuido un grado de prioridad bajo. Concretamente : i) Contratos del comercio internacional: cuestiones relativas a los contratos multilaterales, ii) Responsabilidad civil por los servicios prestado por Sistemas globales de navegación por satélite (GNSS) y iii) Diversos trabajos en el ámbito del Derecho privado y desarrollo agrícola, tales como: reforma y modernización de los regímenes inmobiliarios, estructura jurídica de las empresas agrícolas, guía internacional sobre financiación agrícola i aspectos jurídicos de la empresa social.

Por lo que respecta a las nuevas actividades, el considerable número de propuestas procedentes de Estados miembros, organizaciones internacionales e ins-

titutos de investigación para su eventual inclusión en el Programa de trabajo 2017–2019 dió lugar a un vivo debate y a opiniones muy diversas. No obstante, el Secretario General consideró que dado el reducido coste de algunas de ellas resultaba factible que en su mayoría pudieran ser incluidas en el nuevo Programa de trabajo.

En el siguiente esquema se reproduce el contenido del Programa de trabajo 2017–2019 que se acordó recomendar a la Asamblea General para su adopción con indicación del grado de prioridad atribuido a cada una de las actividades [*** (alta), ** (media) y * (baja)]. Nótese que en dicha propuesta se incluyen tanto las nuevas actividades legislativas como las que se encuentran en curso de ejecución².

1. Operaciones garantizadas: i) Implementación de los Protocolos ferroviario y espacial ***; ii) Elaboración de otros Protocolos al Convenio de Ciudad del Cabo; iii) materiales de equipo agrícolas, de la construcción y mineros *** iv) Buques y material de transporte marítimo *; y v) Materiales de producción de energía renovable*.

2. Operaciones en los mercados de capitales interconectados y transnacionales: Guía legislativa sobre los Principios y reglas destinadas a mejorar las transacciones en los mercados financieros emergentes ***.

3. Procedimiento civil transnacional: i) Formulación de reglas regionales (europeas)***, ii) Principios de ejecución efectiva (se refiere a los procedimientos de ejecución de las sentencias) *.

4. Derecho privado y desarrollo: Guía internacional sobre contratos de inversión en tierras agrícolas ***.

5. Contratos del comercio internacional: Formulación de principios en materia de contratos de reaseguros **/***.

6. Derecho de la venta internacional: Preparación de una Guía sobre los textos existentes en el ámbito de la venta internacional en cooperación con la CNUDI y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ***.

7. Protección de bienes culturales: colecciones privadas *.

Barcelona, 29 julio 2016

² Doc. UNIDROIT 2016, CD (95) 15, junio 2016.

AMÉRICA LATINA

Recepción: 2.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

EL RECONOCIMIENTO TRANSNACIONAL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO O DE LA PAREJA HOMOSEXUAL Y LOS RECIENTES DESARROLLOS EN BRASIL Y EN EL MERCOSUR

Inez LOPES *

SUMARIO: Introducción. II. Globalización, derechos humanos y transformaciones de la familia. 1. Globalización y familia transnacional. 2. Los derechos humanos y el reconocimiento de familias homosexuales: A) La evolución de los derechos de familia transnacional y los derechos humanos; B) Análisis de los casos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Derecho de familia entre personas del mismo sexo; C) El reconocimiento de familias entre personas del mismo sexo en Brasil. III. La protección de familias entre personas del mismo sexo y el derecho internacional privado. 1. El derecho internacional privado y las familias homosexuales. 2. Brasil y el reconocimiento de las familias homosexuales transnacionales. IV. La familia entre personas del mismo sexo en el Mercosur. 1. El Mercosur y la legislación de los países miembros asociados: A) Argentina; B) Paraguay; C) Uruguay; D) Venezuela; E) Países Asociados. 2. El reconocimiento del matrimonio o pareja homosexual transnacional en el Mercosur. V. Principio de Aproximación/Adaptación y reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero. VI. El diálogo de reciprocidad y el reconocimiento de derechos transnacionales. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo es un fenómeno relativamente reciente, el número de países que permiten la celebración es reducido, entre ellos el Brasil. Algunos Estados reconocen la unión de hecho, pero muchos países prohíben tanto el matrimonio cuanto la pareja homosexual. Los retos contemporáneos del derecho de familia incluyen reconocer los derechos entre personas del mismo sexo e sus efectos personales y patrimoniales. En los países donde hay igualdad de derechos entre las familias heterosexual y homosexuales se debe buscar un diálogo basado en la reciprocidad para garantizar los efectos extraterritoriales, reconociendo y ejecutando las sentencias extranjeras, respetándose los límites del orden público. Los demás Estados deben cooperar para reconocer los derechos transfronterizos por medio de los principios de la aproximación o adaptación, en especial o de los niños, con fundamento en el principio del mejor interés del menor, entre ellos el dere-

* Catedrática de Derecho internacional privado da Universidad de Brasilia (UnB). La autora agradece el apoyo recibido de la Fundación para la Investigación del Distrito Federal (FAP/DF) para participar en este evento.

cho de personalidad y pensión alimenticia. Brasil es un país de muchas historias efectivas de cooperación internacional y posee una jurisdicción abierta que reconoce los derechos de las familias homosexuales transfronterizas.

PALABRAS CLAVES: FAMILIA TRANSNACIONAL – FAMILIAS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO – PAREJA HOMOSEXUAL – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL.

ABSTRACT: *Cross-border Recognition of Same-Sex Marriage or Homosexual Couples and the Recent Developments in Brazil and Mercosul*

Recognition of same-sex marriage is a relatively recent phenomenon and a reduced number of countries allow celebration, including Brazil. Some states recognize civil partnership only, but lots of countries prohibit either same-sex marriage or civil partnership. Contemporary challenges of family law include recognition of the rights of same-sex persons and their personal and property effects. In countries where there are equal rights between heterosexual and homosexual families, it should be sought the dialogue of reciprocity to assure extraterritorial effects, in order to recognize and enforce foreign judgments, respecting the limits of public policy. Other states should cooperate to recognize cross-border rights through the principles of the approach or adaptation, especially of children, based on the principle of the best interests of the child, including the right to personality and to maintenance. Brazil is a country of many effective stories of international cooperation and has an open jurisdiction that recognizes the rights of cross-border homosexual families.

KEYWORDS: FAMILY TRANSNATIONAL – SAME-SEX FAMILIES – CIVIL PARTNERSHIP – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION.

I. Introducción

El reconocimiento de iguales derechos a las familias hetero y homosexuales es uno de los fenómenos más recientes en Derecho de familia. Apenas veintitrés países permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, otros reconocen ciertos derechos como la unión de hecho y más de setenta países criminalizan la homosexualidad. La familia transnacional, aquellas conectada a dos o más países, ha aumentado substancialmente en consecuencia del aumento del flujo migratorio. Consecuentemente aumentan los litigios transfronterizos. El objetivo del presente artículo es estudiar el fenómeno de la familia transnacional entre personas del mismo sexo, el reconocimiento del matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales.

La uniformización o unificación del derecho internacional es uno de los retos del Derecho internacional privado para reconocer que debe haber la coexistencia de pluralidad de familias. No es posible establecer un único concepto de familia, la diversidad cultural debe ser respetada, en especial los derechos de las personas más vulnerables en el núcleo familiar. Así el presente artículo busca presentar el aumento de familias transnacionales, su abordaje a la luz de los derechos humanos en un mundo globalizado. El texto estudia el reconocimiento del

matrimonio entre las personas del mismo sexo o la pareja homosexual en Brasil y en el Mercosur.

Se observa que algunos derechos fueron construidos transversalmente a partir de las decisiones de los tribunales constitucionales de los países. Recientemente en Brasil ya homologamos sentencias extranjeras relacionadas al Derecho de familia entre personas del mismo sexo. Así en el campo del Derecho internacional privado se debe buscar un diálogo de reciprocidad para reconocer los derechos adquiridos en el extranjero sobre el asunto y por medio del principio de adaptación para reconocer los derechos de las familias transnacionales entre personas del mismo sexo, protegiéndose los derechos de todos sus miembros, en especial por la aplicación del principio de mejor interés del niño independientemente de su núcleo familiar.

II. Globalización, derechos humanos y transformaciones de la familia

1. Globalización y familia transnacional

La familia constituye la base de toda sociedad; una organización natural, a la que toda persona pertenece a un determinado grupo social, sea por la consanguinidad sea por el vínculo afectivo. Toda esa concepción no siempre fue dominante. Según Coulanges, “la familia antigua era una asociación religiosa más que natural”¹. A lo largo de la historia de la civilización, la familia fue todavía influenciada por los valores religiosos. La formación de la familia fue desarrollándose en estándares comunes, a partir del matrimonio y al mismo tiempo, en diferentes formas, con efectos personales y patrimoniales más diversos. En Filipinas, el divorcio aún está prohibido.

La formación del Estado moderno, definida por Bodin como un “justo gobierno de varias familias y del que él es común con poder soberano”², ubica la familia como centro de la sociedad estatal, y cada país es soberano para definir sus propios “modelo de familia”, de acuerdo con sus valores políticos, sociales, culturales, morales y religiosos. En ese escenario, el desarrollo de las normas de Derecho de familia en relación a los efectos personales, patrimoniales, sucesorios y sociales recaía apenas sobre aquellas personas otorgadas a constituir legalmente una familia, o sea el hombre y la mujer. Además de eso, solamente se reconocían los hijos nacidos en la constancia del matrimonio. No se llevaba a consideración las complejidades de las relaciones humanas, los he-

¹ F. Coulanges, *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 515–523.

² J. Bodin, *Les six livres de la République*, París, Librairie générale française, 1993, p. 52.

chos sociales no tipificados en la ley eran reprimidos muchas veces, influenciados por las órdenes religiosas, atribuyendo a las demás situaciones familiares términos peyorativos, como “ilegales”, “inmorales” y “ofensivos” entre otros. Igualmente había discriminación en la esfera de los derechos privados oriundos de las relaciones familiares, que impedían que los individuos decidiesen sobre sus propias vidas y también sobre sus propiedades. Era el caso, por ejemplo, de la ley no reconocer el derecho a heredar de hijos nacidos fuera del matrimonio, creando discriminaciones entre los miembros de la misma familia.

El fenómeno de la globalización transformo las relaciones entre países, estableciendo los objetivos comunes para promover el desarrollo de la economía mundial, facilitando la libre circulación de mercancías, servicios y capitales. Ella también afecta directa o indirectamente la vida de las personas. Otros factores contribuyeron para modificar las relaciones entre las personas en diferentes espacios. Las revoluciones en los medios de transporte y de comunicación a partir del siglo XIX y de la informática en el siglo XXI relativizaron las nociones básicas de tiempo y espacio, posibilitando la circulación de informaciones y comunicaciones instantáneamente. Se observa así, la dilución de las fronteras geográficas tanto en la esfera pública cuanto privada, alejando y aproximando las personas. Las migraciones, forzadas o no, y los desplazamientos dieron origen a la familia transnacional. De esa manera, de acuerdo con Beck, la vida de las personas dejó de ser presa a un lugar, una vida de residencia establecida; para el autor “residir en un lugar no significa convivir con él, y convivir con un lugar no significa residir allí”³.

Las migraciones, asociadas a la complejidad de las relaciones sociales en materia de familia, contribuyeron al aumento de los casos de conflictos transnacionales por envolver situaciones conectadas a dos o más ordenamientos jurídicos. La eficacia extraterritorial de derechos y obligaciones establecidas en una decisión judicial nacional depende del reconocimiento del Estado donde ella deberá producir efectos. Para que eso ocurra, se debe reconocer la ley aplicable y la competencia internacional del tribunal que emitió la decisión. En cuanto de un lado el fenómeno del *transnacionalismo* posibilita a la persona convivir en dos lugares simultáneamente, con mayor o menor aproximación de las leyes de conexión, el propósito del Derecho internacional privado es establecer reglas para resolver las situaciones jurídicas transfronterizas resultantes de esa relación. Así, por ejemplo, aunque el deudor de alimentos no conviva en el país donde su hijo tiene su residencia habitual y viceversa, ambos mantienen relaciones recíprocas obligacionales de pagar y recibir alimentos.

³ U. Beck, *O que é Globalização: Equívocos do globalismo: respostas à globalização*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 136.

En ese escenario, uno de los grandes retos de la sociedad globalizada es la unificación o armonización de las leyes de Derecho internacional privado de familia, una vez que las definiciones de familia son divergentes entre los países y la diversidad cultural tiene reflejos sobre muchas legislaciones nacionales. El Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, suscrito en Nueva York, en 1956, fue el primer instrumento jurídico internacional que estableció los derechos y obligaciones transnacionales, con el fin de garantizar los derechos del niño, como una solución de carácter humanitario surgida después de las Segunda Guerra Mundial. Todavía, muchos países no aceptaban los derechos de hijos frutos del adulterio, considerados en contrariedad con el orden público. Por consiguiente, el convenio se aplicaba apenas a los hijos reconocidos jurídicamente como “legítimos”. En Brasil, el “hijo ilegítimo”, nacido fuera del casamiento, paso a tener derechos a alimentos a partir de la Ley No. 883, de 21 octubre 1949⁴, que permitía a cualquier de los cónyuges solicitar el reconocimiento de los hijos habidos fuera del matrimonio solamente después de disuelta la sociedad conyugal, o si el hijo promovía la acción para obtener la declaración de filiación. En Caso Sentencia Extranjera n. 2.057–SE, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal homologó una decisión judicial dictada en Suecia que condeno el padre a prestar alimentos a su hijo que se encontraba en Brasil en acción de investigación de paternidad, a pesar del padre alegar en su defensa que era casado; por consiguiente, se trataba de hijo fruto de adulterio, lo que era estaba prohibido por el art. 358 del Código Civil de 1916 vigente.

De esta forma, cada Estado es soberano para aceptar o no los derechos adquiridos en el extranjero, fijando los límites a ese reconocimiento, tales como la soberanía y la orden pública. Se observa entonces que, a pesar de esos límites, la posición predominante de Brasil a lo largo de su historia para las soluciones de situaciones privadas internacionales fue siempre en el sentido de reconocer los derechos adquiridos en el extranjero, aplicándose el principio de aproximación o adaptación entre las leyes extranjeras y la *lex fori*⁵.

2. Los derechos humanos y el reconocimiento de familias homosexuales

A) La evolución de los derechos de familia transnacional y los derechos humanos

En breves líneas, los instrumentos internacionales de protección global de derechos humanos elaborados a partir de la Segunda Guerra Mundial reconocen la

⁴ El Decreto–ley nº 4737, de 24 septiembre 1942, fue el primer instrumento a reconocer los hijos nacidos fuera del casamiento como hijos naturales, sin embargo solamente después del desquite.

⁵ H. Valladão, *Direito internacional privado – Introdução e Parte Geral*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1977, pp. 461–463.

familia tanto como un grupo fundamental de la sociedad cuanto un ambiente natural para el bienestar y desarrollo de todos sus miembros, cabiendo al Estado el deber de protegerla⁶. La concepción de familia es vista como el derecho de las personas, hombre y mujer, de contraer matrimonio, conforme dispone el art. XVI DUDH de 1948, y el art. 23.2º PIDCP de 1966. El consentimiento de los novios debe ser libre, so pena de invalidación. Considerando el multiculturalismo de la sociedad internacional, los dos tratados presentan la necesidad de ser establecida una edad mínima para el casamiento, mas sin definirlas, siendo los Estados soberanos para determinar en sus legislaciones la capacidad para contraer nupcias.

En cuanto a la estructura y las funciones de la entidad familiar, la ley busca asegurar la igualdad de género, estableciendo que los hombres y mujeres de mayor edad, sin cualquier distinción de raza, nacionalidad o religión, gozan de igualdad de derechos y responsabilidades durante la vida matrimonial, así como después de la disolución del vínculo; y ambos deben asegurar la protección de los hijos⁷. Inseridos están también entre los derechos pertenecientes a la familia aquellos previstos en el PIDES de 1966.

En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adopto la Resolución 17/19 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, lo que requirió del Alto Comisionado de para los Derechos Humanos (ACNUDH) la realización de estudios sobre el asunto, afín de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género en todas los países y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede ser aplicada⁸. El Informe elaborado por el ACNUDH constato que “la protección

⁶ Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966: Art. 23. “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Preámbulo: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

⁷ Art. XV de la Declaración y art. 23, §§ 2º y 4º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁸ A/HRC/RES/17/19. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/79/PDF/G1114879.pdf?OpenElement>.

Aprobada en votación registrada por 23 votos, contra 19 y 3 abstenciones. Votos a favor: Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Francia, Guatemala, Hungría, Japón, Mauricio, México, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Tailandia, Ucrania, Uruguay. Votos en contra: Angola, Arabia Saudita, Bahrein, Banglades, Camerún, Djibouti, Federación de Rusia, Gabón, Ghana, Jordania, Malasia, Maldivas, Mauritania, Nigeria, Pakistán, Qatar, República de Moldova, Senegal, Uganda. Abstenciones: Burkina Faso, China, Zambia.

de las personas basadas en la orientación sexual e identidad de género no requiere creación de nuevas leyes o derechos especiales para las personas LGBT. En vez de eso se requiere de garantías de no discriminación en el goce de estos derechos”.⁹

La diversidad cultural y las normativas todavía restringen el avance universal de protección. Así delante del régimen internacional de derechos humanos, los Estados no son obligados a permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰. Así mismo la obligación de proteger el individuo frente a la discriminación por causa de su orientación sexual se extiende para garantizar que las personas del mismo sexo, que no sean casadas, sean tratadas de la misma forma y proveerlas de los mismos derechos y beneficios que heterosexuales no casados¹¹.

De acuerdo con Sen, la capacidad de ser feliz es, similar al principal aspecto, la libertad de ser valorizado. “La felicidad puede así tener el mérito indicativo que esta típicamente relacionada a los nuevos sucesos o fracasos de la vida”¹². En este sentido, Lopes señala que “la negativa del derecho a los homosexuales de formar una familia genera frustraciones en el ejercicio del derecho de libertad de la persona humana”¹³.

B) Análisis de los casos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y derecho de familia entre personas del mismo sexo.

i) Caso *Karen Atala Riffo vs. Chile*. La Comisión de Derechos Humanos busca el cumplimiento de la convención y la responsabilidad internacional del Estado chileno en razón del tratamiento discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada de Karen Atala, debido a su orientación sexual, en relación al proceso judicial que tuvo como resultado la retirada de la guarda de sus hijas, M, V y R¹⁴, a pedido del padre sobre la alegación de que la convivencia con una persona del mismo sexo podía traer daños a sus tres hijas.

ii) El Caso *Atala Riffo*, fue el primer caso juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues el tribunal chileno considero procedente la acción que retiro la custodia definitiva de las hijas, todavía menores de edad, en

⁹ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos*. HR/PUB/12/06 Nova York e Genebra, 2012, Brasília 2013, p. 11.

¹⁰ CCPR/C/75/D/902/1999; e 10 IHRR 40 – 2003.

¹¹ Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *loc. cit.*, p. 54 e 55.

¹² A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass, Belknap Press/Harvard University Press, 2009, p. 276–277.

¹³ I. Lopes, “A família entre pessoas do mesmo sexo e o direito internacional privado”, en A.C. Ramos. (coord.), *Direito internacional privado: questões controvertidas*, Belo Horizonte, Arraes, 2016, p. 205.

¹⁴ Las identidades de los niños fueron preservadas a pedido de la propia Comisión.

razón de su orientación sexual, otorgando la custodia exclusiva al padre. L IDH, por unanimidad, decidió con fundamento en el principio del mejor interés del menor y el adolescente, que Chile es responsable por la violación de derechos de igualdad y la discriminación prevista en el art. 24, de conjunto con el art. 1.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en detrimento de Karen Atala Riffo¹⁵.

Según Martínez, la CIDH fue más lejos que la Corte Europea de Derechos Humanos, en el punto de que la Corte entendió que la prohibición de la discriminación por su orientación sexual equivale a una exigencia de tratamiento jurídico idéntico entre personas homosexuales y las heterosexuales¹⁶. En ese sentido, el enfoque de la prohibición de discriminación tiende a ser más eficaz e incisivo, como herramienta de “ataque a las tradiciones” y como fuente de la nueva doctrina constitucional, que el derecho a la privacidad ofrece según Sustein¹⁷, para garantizar los derechos pertenecientes de la familia homosexual.

Además, es importante subrayar que la decisión de la CIDH afirma que la discriminación por orientación sexual debe ser declarada prohibida, teniendo como base la propia Convención Americana de Derechos Humanos. Este tratado es un instrumento viviente y debe avanzarse en ese terreno por medio de un criterio de interpretación evolutiva, a través de un consenso entre los países, respetándose las divergencias e las convergencias de estándares entre los Estados partes. En este contexto, la CIDH afirma que no ocurre lo mismo en relación a la evolución de la definición de familia y su basamento es un elemento esencial o natural de la sociedad, conforme establecen las Constituciones de varios Estados. Así, es un factor innegable que en la actualidad existe una pluralidad de conceptos de familia¹⁸.

La familia es una formación natural que siempre existió y que continuara existiendo. Lo que cambia o varía son los valores atribuidos a ella y el reconocimiento jurídico de lo que entendiéndose por familia. Por eso, el Comité de Derechos Humanos en su Observación n. 19, citado en Sentencia, concluye que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”¹⁹.

¹⁵ CIDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 noviembre 2012. Serie C No. 254

¹⁶ Cf. F.R. Martínez, “Caso de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y Niñas contra Chile (24 febrero 2012)”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 30, 2014, p. 245.

¹⁷ *Ibid.*, p. 249.

¹⁸ CIDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 noviembre 2012. Serie C No. 254, p. 11.

¹⁹ *Ibid.*, p. 12.

iii) Caso *Ángel Alberto Duque*. El Caso n. 12.841, es el segundo relacionado a familia homoafectiva ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la negativa de un Estado a reconocer los efectos de los derechos de familias. El caso Ángel se refiere a la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por excluir a persona de los derechos de recibir pensión por muerte de su compañero, alegándose que se trata de una relación de familia entre personas del mismo sexo.

La Comisión IDH, recibió la petición en 8 febrero 2005,²⁰ sobre la alegación de que Ángel Alberto Duque sufre de discriminación injustificada al negársele la pensión de sobreviviente de su pareja en base a su orientación sexual. El 2 abril 2014, la Comisión IDH concluye que el Estado colombiano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, el principio de igualdad y no discriminación y la protección judicial consagrados en los arts. 5.1º, 8.1º, 24 y 25 de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1º y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, recomendándose la adecuada reparación por daños materiales e inmateriales entre ellos, “incluir la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Asimismo, el Estado debería proveer el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH”²¹. En el mismo año la CDH presento el caso a la CIDH.

La CIDH acoge el pedido para examinar el caso²², donde hubo contestación presentada por Colombia. Después de realizada la audiencia pública²³, fueron presentadas las alegaciones y las observaciones finales, actualmente el caso se encuentra en proceso para juzgamiento de la CIDH²⁴.

Así, la diversidad cultural debe asegurar la coexistencia entre los diversos tipos de familia y el respeto mutuo entre los conceptos jurídicos de familias en las varias legislaciones estatales, de tal modo que no estén en desarmonía con las normas internacionales de derechos humanos, prohibiéndose la discriminación y promoviendo la igualdad de derechos entre las familias heterosexuales y homosexuales, respetándose los derechos de privacidad y unidad familiar. Análogamente, las familias entre personas del mismo sexo en el orden trasnacional gozan de la misma protección por parte de los Estados a los cuales pertenecen. La diversidad normativa no debe impedir el reconocimiento de los efectos personales

²⁰ Presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti.

²¹ Vid. Informe nº 5/14 CASO 12.841 Fondo. Caso *Ángel Alberto Duque*, Colombia, 2 abril 2014.

²² Vid. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Ejercicio, Caso *Ángel Alberto Duque*, de 2 julio 2015, p. 29.

²³ Puede verse en http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/duque_02_07_15.pdf

²⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/angel_alberto_duque.pdf

y económicos que son generados por la unidad familiar. ¿Con el derecho internacional privado podríamos solucionar los conflictos transnacionales de derecho de familia entre personas del mismo sexo?

En la actualidad, A. Bucher señala que hay cierta neutralidad social y moral en relación a los diferentes modelos de familia que de hecho ocurren en la sociedad y que deben ser objeto de protección social y jurídica²⁵. Para el autor, la sociedad internacional es compuesta por un pluralismo de estructuras familiares; mas de acuerdo con A. Bucher, la definición de familia está íntimamente ligada a la situación social y política de los países occidentales industrializados, que conocen un derecho secularizado y generalmente unificado²⁶. En ese contexto, los tribunales de los Estados juzgan los valores atribuidos a las normas jurídicas nacionales. En el caso de los litigios transfronterizos, las normas calificadoras definen los conceptos de familia conforme a la ley del foro. Además, según K. Boele-Woelki “la diversidad de normas materiales se vuelve aún más evidente en casos transfronterizos”²⁷.

C) El Reconocimiento de familias entre personas del mismo sexo en Brasil

En Brasil el reconocimiento de las familias entre personas del mismo sexo fue decidido por medio del poder judicial en 2011, cuando el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció los derechos a las familias homosexuales por vías oblicuas, debido al silencio del poder legislativo en actuar sobre el asunto y debido a las diferencias internas en cuanto a los aspectos formales de la norma, en las cuales el reconocimiento dependería de una Enmienda Constitucional. De esa forma, la Unión homoafectiva fue admitida como entidad familiar por analogía equiparada a la “unión estable” (parejas), en el juzgamiento de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 4277, a pedido de la Procuraduría-General de la República, y de Acción Argüitiva del Incumplimiento de los Preceptos Fundamentales (ADPF) n° 132, acometida por el gobernador del Estado de Rio de Janeiro, juzgadas en conjunto y acogidas por unanimidad. Anteriormente, la relación de pajera homosexual (homoafectiva) estaba siendo reconocida como sociedad de facto, una relación existente entre personas que “reúnen esfuerzos para la formación de un patrimonio, siendo que la repartición de los bienes era hecha en la medida de las contribuciones de cada uno”. A competencia para juzgar los litigios o cuestiones relativas a la sociedad de hecho homosexual era de los tribunales civiles y no de familia, dando tratamiento de discriminatorio a

²⁵ A. Bucher, “La famille en droit international privé, *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, p. 20.

²⁶ *Ibid.*, p. 21.

²⁷ K. Boele-Woelki, “The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union”, *Tulane L. Rev.*, vol. 82, n° 51, 2008, p. 1.962.

los diversos tipos de familia²⁸. De modo que el Supremo Tribunal Federal decidió que, de acuerdo con la Constitución de 1988, La familia, no limita su formación a parejas *heteroafectivos* ni a formalidades notariales o a la celebración civil o liturgia religiosa. La familia como institución privada que, voluntariamente constituida entre personas adultas, mantiene con el Estado y la sociedad civil una necesaria relación tricotómica. El núcleo familiar es el principal foco institucional de concreción de los derechos fundamentales que la propia Constitución designa por “intimidad y vida privada” (art. 5º, inciso X). Igualdad entre parejas *heteroafectivos* y *homoafectivos* solamente gana plenitud de significado cuando desemboca en la igualdad de derechos subjetivos a la formación de una familia autónoma. Familia, como figura central o esencial, de que todo es contenido. Imperiosidad de la interpretación no reduccionista del concepto de familia como institución que también se forma por vías distintas al casamiento civil²⁹.

En la hermenéutica del STF, la “nuestra Magna Carta, no presto el sustantivo “familia” y ningún significado ortodoxo de la propia técnica jurídica. Reconoció con un sentido coloquial prácticamente abierto que siempre apostó como la realidad del mundo será”³⁰. Además, el entendimiento de STF es que “si las personas de preferencia heterosexual solo pueden realizar o ser felices heterossexualmente, las de preferencia homosexual siguen la misma dirección: solo pueden realizarse o ser felices homosexualmente”. En relación al derecho de igualdad, el STF señaló que así como el derecho de la mujer debe tener tratamiento igualitario con los hombres, los derechos de los homosexuales deben también tener tratamiento igualitario con los heterossexuales³¹. Así la corte constitucional reconoce la “pluralismo como categoría socio-político-cultural”.

Además de eso, la interpretación del principio de libertad por el STF es en el sentido de la autonomía privada y su dimensión existencial, manifestándose en la posibilidad de orientarse sexualmente en todos los desdoblamientos resultantes de tal orientación³². La autonomía de la voluntad de las personas en derecho

²⁸ Brasil, Tribunal de Justicia del Distrito Federal, Agravo de Instrumento. n. 003.00.2.009821-1. Agravante E. E. N. Desembargador relator Nívio Gonçalves, 15 diciembre 2003.

²⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Argumentación del Descumplimiento del Precepto Fundamental nº 132-RJ. Demandante Gobernador del Estado de Rio de Janeiro y al., Órgano Juzgador: Tribunal Pleno, Relator: Ministro Ayres Britto, 5 mayo 2011.

³⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Argumentación del Descumplimiento del Precepto Fundamental nº 132-RJ, demandante Gobernador del Estado de Rio de Janeiro y al., Órgano Juzgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto, 5 mayo 2011, p. 24.

³¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 4.277- DF, Demandantes: Procuradora-General de la República et al. Ministro relator: Ministro Ayres Britto, 5 mayo 2011, p. 14.

³² Brasil, Supremo Tribunal Federal. Argumentación del Descumplimiento del Precepto Fundamental nº 132-RJ, demandantes Gobernador del Estado de Rio de Janeiro y al., Órgano Juzgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto, 5 mayo 2011.

de familia reduce la intervención del Estado para establecer reglas de como las uniones entre las personas deban ser escogidas o formadas. Simultáneamente la privatización de la regulación jurídica de familia (una visión contractualista) ocurre al mismo tiempo, la posibilidad de intervención estatal para proteger los derechos de los miembros familiares en condiciones de vulnerabilidad, como por ejemplo la aplicación del principio del mejor interés del menor (interés público).

Sin embargo, ese juzgamiento no reconoció la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, solamente la equiparación al instituto de pareja (unión estable). En esa dirección, también por vía oblicua, el Consejo Nacional de Justicia, aprobó la Resolución n° 175 de 14 mayo 2013³³, prohibiendo los notarios de registro civil se recusasen a convertir parejas homosexuales en matrimonios, reconociendo la igualdad de tratamiento otorgado a las parejas heterosexuales. Esa resolución equiparó el matrimonio civil entre heterosexuales y homosexuales; por consiguiente, garantizándose los mismos derechos y efectos personales y patrimoniales, como pensión alimenticia, sucesiones, derechos de seguridad social, repartición de bienes adquiridos en la vida común, y principalmente que los litigios sean juzgados ante el tribunal de familia³⁴.

III. La protección de familias entre personas del mismo sexo y el Derecho internacional privado

1. El Derecho internacional privado y las familias homosexuales

El propósito del Derecho internacional privado es establecer reglas claras para la resolución de los conflictos transfronterizos (*cross-border litigations*). Sin embargo, no existe una uniformidad a nivel global en Derecho de familia. Predominan las relaciones privadas internacionales y la solución de los tribunales

³³ Desde la resolución, fueron realizados 3.700 matrimonios entre personas del mismo sexo, según datos divulgados en diciembre de 2014 por las estadísticas del registro civil del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), siendo el Estado de Sao Paulo el mayor número con 1.945 registros de casamientos. De ese número, 897 uniones ocurrieron entre hombres y 1.048, entre mujeres. Acre fue el único Estado que no registró matrimonios entre personas del mismo sexo.

³⁴ A pesar de todos los avances, se tramita en la Cámara de los Diputados el proyecto de ley que tiene como objetivo crear el Estatuto de Familia. El art. 2 reproduce la concepción clásica de unidad familiar como el núcleo social formado a partir de la unión entre un hombre y una mujer, por medio del casamiento o unión estable, o por la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes. Esa visión más conservadora no lleva en consideración la decisión del STF sobre el reconocimiento de la familia compuesta por personas del mismo sexo. En la encuesta que está siendo realizada por la Cámara de los Diputados, 50,74% de los participantes están de acuerdo con la definición de familia como núcleo formado por hombre y mujer, en tanto el 48,94% no concuerda y 0,31% no tiene opinión formada. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultadoEnquete/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>.

nacionales, con aplicación del derecho interno. En ese escenario, la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado (CHDIPr) tiene un papel importante, ella propone trabajar para la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado, conforme dispone el art. 1 de su Estatuto, de 31 octubre 1951³⁵. La uniformidad es alcanzada por medio de tratados internacionales ratificados por los Estados, que establecen reglas de derecho material, criando derechos y estableciendo obligaciones con efectos extraterritoriales. De esa forma, las fronteras no pueden servir de obstáculo al ejercicio del derecho, y a los Estados compete la prestación jurídica internacional efectiva.

La unificación de reglas de Derecho internacional privado en materia de Derecho de familia es una tarea ardua y difícil, pues significa crear reglas idénticas para países culturalmente diferentes, buscándose soluciones iguales independientemente del lugar. Según K. Boele-Woelki, la principal característica del proceso de unificación de la ley es el enfoque “*top-down*”, que busca la creación de una legislación vinculante³⁶. Así la unificación nace a partir de la adopción de un convenio internacional, en la cual los países se comprometen a cumplir con las obligaciones internacionales establecidas en la norma de manera recíproca. Constituye el instrumento más efectivo para unificar normas sustantivas, conforme señalo la autora³⁷, y su efectividad depende de las ratificaciones por parte de los Estados³⁸, como es el caso del Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores que cuenta con 93 miembros. En el seno de la Unión Europea tenemos los reglamentos y directivas. La unificación en asuntos semejantes, como el matrimonio, por ejemplo, fue tema discutido en la CHDIPr, que trajo como resultado la adopción de dos convenios: un referente a la ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio y otro relacionado al reconocimiento y validez de los matrimonios. Con relación al casamiento, a pesar de ser un trabajo positivo desarrollado por la CHDIPr para unificar algunos aspectos relacionados al tema, el número de Estados participantes fue bastante inexpresivo.

En lo concerniente a la armonización, su objetivo y alcance son diferentes de la unificación. Se busca aproximar los sistemas jurídicos en favor de una armonización entre ellos. Según K. Boele-Woelki, la armonización poder ser en grado mínimo o total, siendo que la armonización total no es muy diferente de la unificación³⁹. Son ejemplos de normas armonizadas los Principios de Derechos de Familia Europeos esbozados por el CEFL, como el divorcio y los alimentos entre ex esposos (2004), y los Principios Americanos sobre la disolución de la

³⁵ El estatuto entró en vigor em 17 de julho de 1995.

³⁶ K. Boele-Woelki, “The Legal Recognition...”, *loc. cit.*, p. 300.

³⁷ *Ibid.*, p. 315.

³⁸ *Ibid.*, p. 321.

³⁹ *Ibid.*, p. 300

Familia (2000). Sin embargo, la eficacia extraterritorial de esas normas es bastante limitada, habiendo necesidad de expansión territorial en sus representaciones.

Así como fueron apuntadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité observó que el concepto uniforme de familia no es posible, en virtud de la diversidad normativa, inclusive dentro de la jurisdicción territorial de un país, la uniformidad del derecho de familia transnacional no es una tarea fácil. El tema familia se relaciona con cuestiones que son peculiares de cada sociedad estatal, conforme a su formación y desarrollo, estableciendo ciertos estándares aceptados por la colectividad, y la eficacia extraterritorial depende del reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero.

Los trabajos de la Conferencia de la Haya apuntan un aumento de parejas y surgimiento de normas que reconocen iguales derechos entre personas en relaciones formales o no formales. No obstante, hay poca armonía entre las legislaciones nacionales. Algunos Estados, por ejemplo, no autorizan el registro de parejas. Entre los que autorizan, existen aquellos que aceptan el registro de la unión civil entre personas del mismo sexo⁴⁰. De acuerdo con H. van Loon, las Convenciones de la Haya pueden ser aplicadas a las familias entre personas del mismo sexo, como por ejemplo, el Convenio de la Haya de 1978, que dispone sobre la celebración y reconocimiento y validez de los matrimonios, así como el resto de las convenciones relacionadas al derecho de familia (como el cobro de alimentos, de 2007, secuestro de menores y adopción Internacional). Según el autor, los Estados-Partes deben tener cierta libertad para adaptar sus interpretaciones sobre los nuevos desarrollos, hasta aquellos que presentan falta de uniformidad en su aplicación, desde que no contraría los derechos de los demás países, manteniéndose el principio de mutuo respeto como esencial⁴¹.

Sin embargo, los países que no reconocen los derechos de familia entre las personas del mismo sexo no aceptarán una interpretación favorable sobre la base de los Convenios de la Haya aunque sean parte de ellas. ¿Existirán caminos para proteger los derechos adquiridos en el extranjero con fundamento en los derechos humanos, incluyendo el principio de la supremacía del mejor interés del niño y del derecho de propiedad, considerando los efectos personales y patrimoniales oriundos de una relación familiar? El principio de aproximación o adapta-

⁴⁰ HCCH, Council on General Affairs and Policy of the Conference, Prel. Doc. No 5 of March 2015 – *Update on the developments in internal law and private international law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships*, p. 6

⁴¹ H. van Loon, “On the Applicability of Hague Conventions on Private International Law to Same-Sex Marriages”, en J.A. Moreno; C.L. Marques, *Los servicios en el Derecho internacional privado*, Jornadas de la ASADIP, Porto Alegre-Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 507-523, esp. p. 522.

ción puede ser un camino, pero el dialogo de reciprocidad para el reconocimiento de derechos transnacionales puede ser una técnica posible, mientras no exista una norma unificadora o armonizadora.

2. Brasil y el reconocimiento de las familias homosexuales transnacionales

La familia transnacional es aquella que está ligada a dos países simultáneamente, a dos jurisdicciones por diferentes elementos de conexión. La migración y el desplazamiento son responsables por el aumento expresivo de litigios transfronterizos alrededor del mundo⁴². Recientemente un análisis cuantitativo de las sentencias extranjeras juzgadas por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) reveló que la mayoría de los pedidos de reconocimiento de sentencias extranjeras están relacionada al Derecho de familia, principalmente a la disolución del matrimonio, a la prestación de alimentos, a la adopción internacional y a la custodia de los hijos menores⁴³.

Considerando la diversidad normativa que regula el Derecho de familia entre los países, puede haber limitaciones en el reconocimiento de ciertos derechos. De acuerdo con H. Valladão, el principio de reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero es “el acatamiento a una relación de vida necesaria a la expansión de la persona humana en el espacio”, semejante a los conceptos relacionados a los actos jurídicos perfectos en el Derecho inter-temporal⁴⁴. Esa propagación de la persona en el espacio la conecta con otros sistemas jurídicos, los derechos adquiridos en un país deben ser asegurados en el otro. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos adquiridos no es automático. De acuerdo con el art. 17 de la Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño, las leyes actos y sentencias extranjeras no producen efectos en Brasil se ofender la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres. Consecuentemente, el derecho interno ejerce influencia como limitador de la orden pública para reconocer actos o decisiones que no entren en conflicto con las concepciones básicas de *lex fori*. H. Valladão señala que “es una noción fluida, relativizada, que se

⁴² Vid. I. Lopes, “Transnational Households in Brazil: A New Approach on Democratic Basis”, Trabajo presentado na Conferência Internacional, *Transnational Law & Social Justice*, London School of Economics, 26 y 27 junio 2015.

⁴³ La investigación mostro, para donde migraron los brasileños. Más del 90% de los pedidos de reconocimiento de sentencia extranjeras son de decisiones emitidas por los tribunales de doce países, incluyendo todos los del grupo de los más ricos, el G7. En orden: Estados Unidos, Alemania, Suíza, Portugal, Gran Bretaña, España, Japon, Italia, Francia, Canadá, Argentina y Países Bajos. Vid. I. Lopes, M.B.B. Ramos y L.A.M. Santos, “As Sentenças Estrangeiras e o Superior Tribunal de Justiça: Uma análise quantitativa dos dez anos de cooperação jurídica internacional a partir da EC nº 45/2004”, en T. Paluma; W. Menezes y F.R. Martins (coord.), *Estudos avançados em direito internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, p. 332–346.

⁴⁴ H. Valladão, *Direito internacional privado. Introdução e parte geral...*, op. cit., p. 470.

amolda a cada sistema jurídico, en cada época y queda entregada a la jurisprudencia de cada caso”⁴⁵.

El Derecho internacional privado debe buscar garantizar la coexistencia de diversidad de leyes, instituciones y de sistemas, preservando el interés del individuo y de la familia⁴⁶. Según H. Valladão, la familia no es una repartición pública, una fábrica estatal, en abusivo territorialismo o personalismo, ella fundamenta su concepción en bases morales e sociales, como leyes propias encima de las leyes individuales de sus miembros, en el trabajo y en la vida común de todos, teniendo el Derecho de familia un doble contenido humano y social⁴⁷. De ese modo, negar los derechos de familia entre personas del mismo sexo es no respetar el contenido humano y social que la institución familia posee. En ese contexto, el Derecho internacional privado debe buscar soluciones a esos conflictos interesaciales centrándose en el individuo, preservando los derechos adquiridos en el extranjero como fundamentales de la vida civil del ser humano y al mismo tiempo respetando la diversidad normativa y cultural.

J.M. Scherpe presenta diferentes formas de reconocimiento de los derechos de familia homoaffectivas, divididas en tres categorías: la primera se refiere al régimen de reconocimiento formal de la relación homosexual como “inferior” al matrimonio; la segunda dice respeto a las relaciones homosexuales más o menos “funcionalmente equivalentes” al casamiento, mas con diferentes nombres, como la unión civil (*civil partnership*); y la tercera trata de las relaciones en que el matrimonio entre personas del mismo sexo está disponible⁴⁸. El autor destaca que no es apenas reconocimiento jurídico entre personas del mismo sexo, falta también otro elemento fundamental de libertad: el de escoger esa estructura para sí y para un compañero –o no escoger–, conforme el caso. Por eso, el Estado debe extender o encuadramiento jurídico del matrimonio para incluir parejas del mismo sexo⁴⁹.

El reconocimiento de la relación entre personas del mismo sexo depende de la actuación de los Estados en dos frentes. La primera se refiere a la actuación en nivel interno. Así, los países que todavía poseen legislaciones que condenan el libre derecho de constituir familias homosexuales deben modificarlas para asegurar la igualdad de género y el derecho a la orientación sexual, ya sea por la aceptación del matrimonio o por la unión civil entre personas del mismo sexo; una vertiente de derechos humanos. La segunda se realiza por medio de acciones

⁴⁵ *Ibid.*, p. 481.

⁴⁶ A. Bucher, “La famille...”, *loc. cit.*, p. 22

⁴⁷ H. Valladão, *Direito internacional privado. Parte especial. Conflitos de leis civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977, p. 41.

⁴⁸ J. M. Scherpe, “The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights”, *The Equal Rights Review*, vol. 10, 2013, p. 84–85.

⁴⁹ J.M. Scherpe, *loc. cit.*, p. 87

a nivel global: los Estados podrían adoptar un convenio internacional sobre el reconocimiento del matrimonio e divorcio entre personas del mismo sexo. La Conferencia de la Haya es el foro más adecuado para discutir los derechos de las familias homosexuales transnacionales. Con todo eso, advierte K. Boele-Woelki que desde los trabajos preparatorios hasta la adopción del texto de una futura convención se puede llevar cerca de veinte años para su entrada en vigor. Por eso, alerta la autora, esta es la razón para comenzar a contribuir hoy. En ese sentido, todas las jurisdicciones deben contribuir para la mejora del estatuto legal de las parejas del mismo sexo⁵⁰. Esta sería una vertiente de Derecho internacional privado.

En el ámbito de la Unión Europea, hay países que reconocen el matrimonio entre homosexuales o apenas la unión civil, en cuanto otros todavía lo prohíben. K. Boele-Woelki sugiere en un futuro próximo, la Unión Europea debería tomar una decisión clara sobre las relaciones del mismo sexo formalizadas o adoptar los nuevos instrumentos de Derecho internacional privado en materia matrimonial, alimentos y las propiedades relativas al matrimonio⁵¹.

Los derechos procedentes de la familia transnacional en el Derecho brasileño ha sido garantizados tanto por el Derecho interno cuanto por el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero. En caso juzgado por el tribunal brasileño, un extranjero y un brasileño ingresaron con una acción declaratoria de unión homosexual para su reconocimiento como entidad familiar, indicándose la adopción del régimen de separación total de bienes, mismo después de la formalización de la escritura pública de sociedad de hecho para efectos patrimoniales. Inicialmente, en la sentencia el juez denegó el pedido por falta de interés de actuar, ya que la pareja obtuvo la escritura pública. En el recurso de apelación, el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios (TJDFT) mantuvo la decisión, afirmando que el Consejo Nacional de Emigración no exige sentencia declaratoria de unión civil como documento para la concesión de visto permanente para extranjero. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) dio proveimiento al recurso especial para reconocer la unión civil homosexual como una sociedad de naturaleza familiar entre brasileño y extranjero, objeto inicial del pedido⁵². Así, se observa que, en relación a las leyes disponibles sobre migraciones, los derechos de los extranjeros son garantizados con fundamento en la protección de la unidad familiar, como un derecho fundamental e inalienable. Por tratarse de familia transnacional, la decisión brasileña debe producir efectos extraterritoriales en el país de origen del extranjero, a fin de garantizar el pleno

⁵⁰ K. Boele-Woelki, "The Legal Recognition...", *loc. cit.*, p. 1981.

⁵¹ *Ibid.*, 1978.

⁵² Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial n. 1.370.542-DF, demandante G J O B y otro, Decisión Monocrática, Ministra Nancy Andrigli, fecha del juzgamiento: 05 noviembre 2013.

ejercicio de los derechos de familia, de efectos personales y patrimoniales, en la sociedad globalizada.

Recientemente, con una jurisdicción bastante abierta, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) homologó dos disoluciones de unión homosexual. La primera fue proferida por el *Landgericht* de Görlitz, en Alemania, entre un brasileño y un alemán. De acuerdo con el fallo, se verifica que fueron observados los presupuestos jurídicos relativos a la regularidad formal del procedimiento y la ausencia de contrariedad a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres, previstos en el art. 17 LINDB⁵³ y en los arts. 216-A 216-N do RI/STJ⁵⁴. El segundo caso de pedido de reconocimiento de sentencia extranjera de disolución de unión homosexual, dictada por el Tribunal de la Comarca Tempelhof-Kreuzberg, también en Alemania, fue reconocida por el STJ sobre los mismos fundamentos⁵⁵. En ambos los casos no se exigieron la reciprocidad de tratamiento.

Recientemente, la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República (SDH/PR) recibió el primer pedido de sustracción internacional de menores vinculados a una familia entre personas del mismo sexo, con fundamento en la Convención de la Haya, de 1980, sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, en relación a una de las madres haber llevado los niños para residir en Francia⁵⁶. Se trata de una familia brasileña formada por personas del mismo sexo por más de diez años, con dos hijos nacidos por inseminación artificial, registrados apenas en nombre de la madre biológica y de padre desconocido genéticamente (donador anónimo). Según informaciones de la madre dejada para atrás (*left behind parent*), en 2009, la Justicia brasileña negó el pedido de registro de dupla maternidad después del nacimiento de los niños. Esa negativa posibilitó a la madre biológica llevar los niños al exterior sin autorización de su compañera. Eso demuestra la vulnerabilidad de las parejas homosexuales que dependen de pedido de autorización judicial para tener derechos reconocidos. Si se tratase de una pareja heterosexual, el padre registraría el niño nacido de una reproducción asistida. El tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en situaciones análogas es caso de violación de derechos humanos por discriminación por orientación sexual.

⁵³ Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño.

⁵⁴ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Extranjera n. 12.498—De Demandante M R N, Decisión Monocrática, Ministro Francisco Falcão, fecha del juzgamiento: 7 abril 2015.

⁵⁵ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Extranjera n. 14.705—De Demandante G S S, Decisión Monocrática, Ministro Francisco Falcão, fecha del juzgamiento: 11 noviembre 2015.

⁵⁶ *Vid.* el reportaje “Mujer pide que ex-compañera devuelva hijos que llevo de Brasil”, publicada en 02/08/2015, disponible en <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/08/mulher-pede-que-ex-companheira-devolva-filhos-que-levou-do-brasil.html>, visitado el 02/08/2015.

De acuerdo con la Autoridad Central Administrativa Federal (ACAF), este podría ser el primer caso de violación a los derechos de custodia envolviendo dos madres, referente a un pedido de cooperación jurídica internacional relacionado a secuestro de menores de familia homosexual. Sin embargo, la madre reclamante no dio continuidad al proceso de pedido.

En este caso, se destaca que el Estado francés tendría la obligación internacional de cumplir la solicitud de autoridad central brasileira en razón de Francia ser parte de la Convención de la Haya, de 1908. Además de eso Francia admite el matrimonio entre personas del mismo sexo (Loi n° 2013-404, de 17 mayo 2013) y la unión civil (*pacte civil de solidarité*). Francia reconoce también la adopción por parejas homosexuales (*adoption homoparentale*), una vez que no sea contraria al interés del menor⁵⁷.

A pesar de los avances en materia de derechos humanos para apartar la discriminación por orientación sexual y reconocer los derechos de las familias entre personas del mismo sexo, la ausencia normativa para regular las uniones homosexuales, registradas o no, coloca en vulnerabilidad los miembros de la familia, principalmente los derechos de los menores involucrados.⁵⁸

En relación a la pensión alimenticia, el entendimiento jurisprudencial brasileño dice que los alimentos debidos entre ex-conyugue deben, en regla, ser fijados con términos cierto, asegurándose al demandante tiempo hábil para su reinserción y colocación en el mercado de trabajo, que le posibilite mantener por sí mismo el estatus social similar al periodo de relacionamiento⁵⁹. Ese derecho es garantizado tanto a la unión civil cuanto a la unión homosexual por el principio de igualdad de tratamiento y de la no discriminación jurídica cuanto a la orientación sexual. Así, Brasil reconocerá la sentencia extranjera que fijará alimentos al cónyuge de familia entre personas del mismo sexo, sea por el vínculo del matrimonio sea por la unión civil, siendo aplicada en la ejecución de pensión por alimentos mediante los mecanismos y procedimientos del derecho brasileños.

Otro caso construido por la vía oblicua en Brasil se refiere a una acción del Derecho laboral. El Tribunal Regional de Trabajo de la 2ª Región (TRT/SP) reconoció la estabilidad provisoria de un funcionario extranjero de una empresa

⁵⁷ La Corte de Casación de Francia decidió que la ley de Marruecos que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo es contraria a el orden público internacional. *Cour de cassation, chambre civile 1. Audience publique du mercredi 28 janvier 2015, N° de pourvoi: 13-50059*. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030174434&fastReqId=1914558487&fastPos=1>, visitado en 20 febrero 2015.

⁵⁸ Vid. la opinión del juez Villeger en su voto emitido, en el que destaca la discriminación en relación a los mejores intereses del menor nacido de un relacionamiento entre personas del mismo sexo. CEDH, *Caso Gas y Dubois v. Francia* (Solicitud n° 25.951/07).

⁵⁹ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Recurso Especial n. 1.520.463-RJ, Demandante C S P, Ministro Relator Raul Araújo, 17 abril 2015.

en razón del nacimiento de dos hijos de una relación homosexual, por gestación por sustitución (“barriga de alquiler”) en la India. El TRT reconoció el vínculo directo del trabajo entre un israelí que actuaba como director del sector de cargas de la El Al Israel Airlines, en São Paulo (SP), y no con las empresas terceras que prestaban servicios a la compañía aérea. El fallo de primera instancia determinó el rescate del contrato de trabajo y el pago de prestación correspondiente de la relación de empleo e indemnización del periodo correspondiente, en función del nacimiento de sus dos hijos, generados por la “madre alquilada o sustituta”, de una relación homosexual. La 17ª Sala del TRT decidió que con relación a la licencia de maternidad y las garantías correspondientes el objeto de la protección es la familia y el *nasciturus*. Además de eso, una interpretación restrictiva del texto constitucional, en el sentido de la licencia de maternidad y la garantía de empleo son derechos conferidos únicamente a la gestante, generaría situaciones de discriminación evidente, como es el caso en el cual el *nasciturus* no será criado por la madre biológica y por tanto no estaría ella protegida por ese beneficio. El tribunal fundamentó su decisión en la analogía por la ausencia de ley, aplicándose uno de los criterios de integración establecidos en el art. 4º da LINDB⁶⁰.

En Brasil, la reproducción humana asistida es permitida restrictivamente⁶¹, con regulación en el Código Civil, art. 1.597, II, IV e V y en la Resolución CFM nº 2.013/13, del Consejo Federal de Medicina, que reglamenta las técnicas de reproducción asistida y prohíbe la gestación por sustitución de carácter lucrativo o comercial. En 2014, un juez del tribunal de Florianópolis autorizó una pareja homosexual a registrar un niño a nombre de dos padres. El niño fue resultado de inseminación artificial y la hermana de uno de ellos cedió el útero el óvulo para la gestación⁶². Recientemente, la nueva regulación del CNJ facilitó el registro de nacimiento del niño concebido por técnicas de reproducción asistida, prohibiendo los notarios a denegar la expedición del certificado de nacimiento de hijos de las parejas heterosexuales o homosexuales.

Se observa, como investiga I. Lopes, que “los tribunales brasileños” han emitido decisiones en favor de los derechos de las familias transnacionales formadas por personas del mismo sexo, independientemente de la nacionalidad de sus miembros, garantizándose la protección de la unidad familiar y del mejor interés

⁶⁰ Brasil, Tribunal Regional de Trabajo, 2ª Región, Proceso TRT/SP n, 0002715–88.2011.5.02.0053, T=Recorrente El Israel Airlines Ltda., 21 enero 2015.

⁶¹ Vid. N. Araújo, D.T. Vargasm y L.C.V. Martel, “Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de Direito internacional privado”, <http://www.pixfolio.com.br/arq/1405350330.pdf>, visitado el 12 junio 2014, p. 14.

⁶² IBDFAM. Criança pode ser registrada com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição, <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5407/Crian%C3%A7a+pode+ser+registrada+com+nomes+de+dois+pais+em+caso+de+gesta%C3%A7%C3%A3o+por+substitui%C3%A7%C3%A3o..>

del niño. Sin embargo, muchos países poseen filtros de jurisdicción (bases de jurisdicción indirecta) que impiden el reconocimiento de ciertos derechos si no son observados los criterios establecidos por la ley del Estado donde esos derechos serán ejecutados. Además de eso, varios países someten reconocen e ejecutan sentencias extranjeras se existen acuerdos de cooperación jurídica internacional, bilateral y multilateral, no aceptando el principio de reciprocidad con fundamento para el reconocimiento de derechos.

IV. La familia entre personas del mismo sexo en el Mercosur

1. El Mercosur y la legislación de los países miembros asociados

El Mercosur, compuesto por cinco Estados-miembros (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela)⁶³ es una unión aduanera imperfecta, que tiene como objetivo tornarse un Mercado Común del Sur, conforme al Tratado de Asunción celebrado el 26 mayo 1991. Su desarrollo se limita a políticas comerciales comunes en varios sectores de la economía, como la coordinación de políticas macroeconómicas y armonizar las legislaciones en áreas determinadas de acuerdo con el grado de desarrollo.

En el actual estado del Mercosur, todavía no hay normas que busquen la unificación o armonización del Derecho internacional privado en materia de familia, aplicándose la regla general de *lex fori*. Sin embargo, buscándose avanzar en la armonía legislativa y fortalecer el proceso de integración, se han hecho progresos para establecer esta armonía en el Derecho procesal internacional con adopción de acuerdos disponiendo la cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil comercial, laboral y administrativa⁶⁴, medidas cautelares⁶⁵ y reglas sobre jurisdicción internacional en materia contractual⁶⁶.

En lo que concierne a alimentos, por ejemplo, la Carta Rogatoria n. 2.430-AR fue otorgada o executatur (art. 2º de la Resolución n. 9/2005 del STJ), resguardando el embargo porcentual de bienes suficiente a la subsistencia del interesado, a ser dictado por el juez federal atendiendo al pedido del tribunal de la provincia de Rio Negro, República Argentina solicitó, por medio de exhorto, “la ampliación de embargo de los proventos referentes a las prestaciones de alimentos, incluyéndose aquellos en atraso, con fundamento en el Protocolo de Medi-

⁶³ El Mercosul también está compuesto por siete Estados asociados: Bolivia, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Guyana y Surinam.

⁶⁴ Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, 1992.

⁶⁵ Protocolo de Medidas Cautelares, 1994.

⁶⁶ Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, 1994.

das Cautelares firmado por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay e incorporado a la legislación patria por el Decreto n. 2.626/98.⁶⁷

En el Mercosur, aunque no hay una ley uniformizada o ley armonizada de derecho de familia, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa en el ámbito del Mercosur (Protocolo de Las Leñas), que trate de la materia procesal para reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y cumplimiento de exhortos, ha sido efectivo para promover la circulación de decisiones extranjeras entre los países miembros y asociados. Por ejemplo, en el Caso Sentencia Extranjera n. 10.485–UY, el Superior Tribunal de Justicia homologó la sentencia extranjera de reconocimiento de unión estable entre una uruguaya y un brasileño, dictada por Juzgado de Familia de Montevideo, Uruguay⁶⁸.

Una particularidad del Mercosur es la posibilidad de la cooperación jurídica internacional por exhorto ejecutivo. En el Caso Carta Rogatoria n. 3.512–PY, el juez de del Juzgado de Lambaré, Paraguay, solicitó, mediante exhorto, la anotación de la sentencia de divorcio de M K e G C en el Notario de Registro Civil de 2º Sub–Distrito de Florianópolis, en Brasil. El pedido se fundamentó en el Protocolo Las Leñas y el *exequatur* fue concedido por el Superior Tribunal de Justicia. En seguida fue remitida a la Justicia Federal del Estado de Santa Catarina para las providencias posibles. Una vez cumplida, fue devuelta por intermedio de la autoridad central competente, con fundamento en los arts. 13 y 14 de la antigua Resolución m. 9/2005 del STJ⁶⁹.

A) Argentina

Argentina fue el primer país para reconocer el casamiento entre personas del mismo sexo. La Ley n. 26.618, de 22 julio 2010, reformó el Código civil y permitió la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta la llegada de la ley no se reconocían los matrimonios celebrados en el extranjero. El nuevo Código de Argentina, Ley 26.994, de 8 octubre 2014, confirmó la ley de 2010, para reconocer la igualdad de derechos matrimoniales entre las familias hetero u homosexuales. De acuerdo a las disposiciones de derecho internacional privado, el matrimonio se considerará válido de acuerdo a lo que establezca la ley del lugar de celebración, conforme dispone el art. 2621. Además, el nuevo Código civil y comercial innova con el reconocimiento de las uniones conviven-

⁶⁷ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Carta Rogatoria Nº 2.430 – AR (2007/0050288–8) Ministro Barros Monteiro, 11 septiembre 2007.

⁶⁸ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Extranjera Nº 10.485 – UY (2013/0274322–0), Ministro Felix Fischer, 1 octubre 2013.

⁶⁹ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Carta Rogatoria Nº 3.512 – PY (2008/0188857–9), Decisão monocrática, Ministro Cesar Asfor Rocha, 27 abril 2010.

ciales, heterosexuales y homosexuales. Los casos de Derecho internacional privado están regidos por los art. 2627 (jurisdicción) y art. 2628 (derecho aplicable). El mismo entendimiento se aplica a la adopción internacional (arts. 2636 a 2637), restitución de los niños (art. 2642) entre otros derechos transfronterizos.

B) Paraguay

Paraguay es el único Estado-miembro fundador que no reconoce la unión entre personas del mismo sexo. Similarmente a la Constitución brasileña, la Constitución de Paraguay, de 1992, establece que el matrimonio y la unión de hecho son entre hombre y mujer. La ley establece las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los presupuestos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges. Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley. Según Pérez afirma que “el matrimonio homosexual podría tener un tratamiento análogo al heterosexual (que sí está previsto) ya que la interpretación analógica se permite siempre que se haga según la Constitución (*secundum constitutionem*) pero nunca contra ella”⁷⁰.

C) Uruguay

Uruguay fue el segundo país a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo en Uruguay. La Ley n° 19.075, de 10 abril 2013, reconoce el matrimonio igualitario en art. 83. El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.

D) Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su art. 77 protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio. Guillén señala que con base en la sentencia 190 de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, no es necesario una reforma constitucional para reconocer derechos a los nuevos tipos de familias, “el legislador atribuir algunos

⁷⁰ D.E. Balbuena Pérez, “La unión entre personas del mismo sexo”, <https://ejemplar.com/actualidad/la-union-entre-personas-del-mismo-sexo>

efectos jurídicos en especial de contenido patrimonial a las uniones de hecho estables entre personas del mismo sexo”, sin violentar instituciones del Derecho de familia⁷¹.

E) Países Asociados

En Chile la Ley n° 20.830 de 13 abril 2015, crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC) entrando en vigencia el 22 octubre del mismo año. El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes deben denominarse convivientes civiles para que sean considerados parientes para los efectos previstos en el art. 42 Cc. La ley reconoce en su art. 12 los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo. Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo pasan a ser reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplieren con las reglas establecidas en la ley y sus efectos serán los mismos a las uniones civiles heterosexuales.

Colombia es otro país en que no existe una ley permitiendo el casamiento entre personas del mismo sexo. Todavía, por vía transversal, la corte constitucional ha creado precedentes para reconocer derechos a las familias homosexuales, la unión marital de facto, en 2011⁷², con base en el reconocimiento de vulnerabilidad de la dignidad de las personas humanas y su libre desarrollo de la personalidad. En 2011, el derecho de igualdad a las uniones estables como familia,⁷³ el derecho a la adopción, en 2015⁷⁴, que “no afecta el interés superior del menor ni compromete la salud física y mental o el desarrollo armónico e integral”. Bolivia, Guyana, Perú e Surinam son países asociados que aún no poseen leyes reconociendo los derechos de las situaciones entre personas del mismo sexo.

2. El reconocimiento del casamiento o de la unión homoafectiva transnacional en el Mercosur

Se hace notar por las legislaciones del Mercosur que algunos países avanzaron para reconocer los derechos fundamentales de la orientación sexual y de la liber-

⁷¹ M.C.D. Guillén, “Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la constitución venezolana”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VII, n° 1, enero-junio, 2013, pp. 11–40, esp. p. 34.

⁷² Sentencia C–075/07. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>.

⁷³ Sentencia C–577/11. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>; Sentencia T–717/11. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-717-11.htm>.

⁷⁴ Sentencia C–683/15. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>.

tad para constituir familia. Cada país siguió sus pasos por caminos diversos: i) por aprobación de leyes nacionales, como Argentina y Uruguay; ii) por el reconocimiento de los tribunales constitucionales, como en el caso de Derecho brasileño; y iii) por reglamentaciones internas ejercidas por órganos con capacidad normativa limitada, a ejemplo del Consejo Nacional de Justicia, que prohibió a los funcionarios notariales negar el registro de casamiento entre personas del mismo sexo y de nacimiento de hijos por reproducción asistida.

Las solicitudes de cooperación jurídica internacional para reconocimiento y ejecución de fallos extranjeros relativos a derechos de familia transnacional deben ser cumplidas por los países miembros y asociados, inclusive entre las familias homosexuales. Esos derechos no pueden ser mitigados por el derecho interno, por violación a los principios de no discriminación y de igualdad entre los diversos tipos de familia. Así deben ser garantizados los derechos y sus efectos personales y patrimoniales a todos los miembros de la familia, aplicándose el principio de supremacía del mejor interés del menor.

De esa manera, todos los países miembros y asociados deben cumplir con los pedidos de cooperación jurídica internacional hechos por las partes interesadas en una familia “homoafectiva”, con fundamento tanto en los instrumentos del Mercosur cuanto en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos den la que todos son partes, con excepción de Venezuela, que denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 2012⁷⁵ y da Guyana, que nunca participó del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

V. Principio de aproximación / adaptación y reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero

Tradicionalmente, Brasil siempre se posicionó en el sentido de reconocer los efectos de las decisiones extranjeras, sin exigir reciprocidad, realizando apenas una admisibilidad formal, conocido como “*juízo de delibação*”, o sea, sin entrar en el mérito del fallo dictada por el tribunal extranjero. Según H. Valladão, el principio de reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero es el “*acatamiento a una vida, necesaria a la expansión d la persona humana en el espacio*”⁷⁶.

Es importante señalar que además de ser un país favorable a la libre circulación de decisiones extranjeras con fundamento en el principio de derechos adquiridos en el exterior, Brasil también adopta el principio de aproximación o

⁷⁵ http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm.

⁷⁶ H. Valladão, *Direito internacional privado – Introdução e Parte Geral*, 4a. ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1974, p. 470.

adaptación para reconocer la decisión extranjera mientras que no sea contraria al orden público, soberanía nacional y dignidad de la persona humana, previéndose la posibilidad de proveimiento parcial de la decisión extranjera, se parte de lo fallo podría ser reconocido.

En la práctica, al analizar el pedido extranjero, el principio de aproximación de las dos leyes pudo ser aplicado por medio de una interpretación amplificadora o a través de una restrictiva de la ley extranjera en relación a la *lex fori*. El divorcio en Brasil, por ejemplo, solo pasó a ser admitido a partir de 1977. Así, los fallos extranjeros de divorcio eran negados por ofender el orden público; sin embargo podían ser convertidos en “desquite”, instituto que posibilitaba la separación jurídica, mas mantenía el vínculo matrimonial, impidiendo que las personas se casasen nuevamente. Consecuentemente, es generaba situaciones jurídicas esdrújulas e interpretaciones diferentes de los tribunales a la misma relación privada internacional. En análisis del Caso SE nº 2171–NL, el Supremo Tribunal Federal negó reconocimiento de la sentencia extranjera de divorcio emitida por el tribunal holandés en 1970, que dictó con base en el adulterio de la mujer ya desquitada por el derecho brasileño, “desquite amigable” ya homologado en 1960. El fallo fue considerado contrario al orden público nacional⁷⁷.

En fin, considerando que el divorcio era prohibido en Brasil hasta 1977, el Supremo Tribunal Federal acostumbraba a reconocer parcialmente la sentencia extranjera de divorcio apenas para fines patrimoniales, con base en el principio de derecho adquirido en el extranjero, definido como el acatamiento a una relación de la vida, necesaria a la expansión de la persona humana según lo expresado por H. Valladão⁷⁸. La “conversión” de divorcio en “desquite” (separación) era la diferencia del principio de aproximación.

Otro caso de aplicación de ese principio es el respeto a la filiación por medio de maternidad por sustitución y sus efectos en relación a los menores. Antes de la decisión del Supremo Tribunal Federal que equiparó la unión homosexual a la heterosexual y do reconocimiento a la posibilidad de maternidad por sustitución por miembros de la familia, inclusive para familias homosexuales, el STJ ya había decidido favorablemente a la adopción internacional de menores por parejas homosexuales. En la Sentencia Extranjera n. 4525–US, un brasileño y un americano, que cohabitaban ya más de nueve años, requerirían lo reconocimiento de lo fallo dictado por el Tribunal Federal del Condado de Cook, en los Estados Unidos, que concedió al americano el derecho a la adopción de la menor

⁷⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Sentencia Extranjera nº 2174–Holanda, Ministro Relator Antônio Neder, 25 febrero 1976.

⁷⁸ H. Valladão, *op. cit.*, p. 470.

nacida en los Estados Unidos e hija biológica del brasileño, por inseminación artificial. La decisión, del STJ declaro que

“Todo niño tiene derecho a la convivencia familiar, conforme a lo previsto en el art. 1º da Lei n. 12.010/2009. Aunque se trate de un tema polémico, es oportuno admitir que existen impedimentos legales para la adopción por homosexuales. La exigencia legal se fundamenta en la existencia de ventajas reales para el adoptado”⁷⁹.

Además de eso, el tribunal acogió el pedido para asentamiento del nacimiento de la menor en la condición de ser hija de ambos padres, sin ser declarada la condición como padre o madre. De esa manera, el Brasil aplicó el principio de la adaptación o aproximación, dándose una interpretación expandida de la ley extranjera para reconocer los derechos adquiridos, protegiéndose la familia homosexual transnacional.

VI. El diálogo de reciprocidad y el reconocimiento de derechos transnacionales

La reciprocidad es uno de los principios más antiguo de la historia de la sociedad humana. La Ley de Talión proclamaba la máxima “ojo por ojo, diente por diente” que expresaba la idea de venganza autorizada en la misma proporción del daño sufrido. Así, se construye la idea de exacta reciprocidad en la aplicación de la pena, registrada en el Código de Hammurabi (1780 a.C.) y en la Ley de las XII Tablas⁸⁰. Entre tanto, la reciprocidad no es apenas un principio de connotación negativa, como la represaría y el revanchismo, pero también positiva, que busca la paz social, el tratamiento y reconocimiento recíproco y equilibrio entre los Estados, es lo que vigoriza la sociedad internacional. Diferentemente de sus orígenes, el principio de reciprocidad es un instrumento de “justicia conmutativa”, según M. Virally, que “ocupa un lugar central los mecanismos fundamentales de Derecho internacional, que contribuyen poderosamente para explicar su funcionamiento”⁸¹. Así la reciprocidad no puede ser vista como medida de retorno, más bien de coexistencia entre los Estados, respetándose las diversidades jurídicas entre ellos.

⁷⁹ Brasil, Tribunal Superior de Justicia, Sentencia Extranjera n. 4.525 – US, Demandantes J H E; D L M, Decisión monocrática, Ministro Cesar Asfor Rocha, 25 junio 2010. Importante destacar que se registra, de cualquier suerte, la viabilidad jurídica del pedido de adopción por pareja homoafectiva ya fue reconocida por las Tercera y Cuarta Turmas de esta Corte, en el juzgamiento, respectivamente, do Resp n° 889852/RS, RS, de la relatoria del Ministro Luiz Felipe Salomão, DJe 10/08/2010.

⁸⁰ La Séptima Tabla que trataba de los delitos establecía: “11. Si alguien hiere a otro, que sufra la pena del Talión, salvo se hay acuerdo”. <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>.

⁸¹ M. Virally, “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 122, 1967, pp. 99–100.

El Derecho internacional privado moderno busca asegurar los derechos transnacionales, teniendo como eje central la protección de la persona humana. Según Erik Jame, la solución de los conflictos de leyes presupone lo que él llama “diálogo intercultural”⁸², en la cual el derecho internacional privado debe tener en cuenta la protección del individuo en fase de globalización, respetándose la diversidad y la identidad cultural. En este contexto, uno de los grandes retos del derecho internacional privado en la sociedad globalizada es asegurar la prestación de servicios jurídicos en nivel global, por medio de la aplicación del derecho extranjero, del reconocimiento de la jurisdicción extranjera para juzgar los litigios transnacionales y el reconocimiento y la ejecución de la decisión extranjera en su territorio. Es por medio de la cooperación jurídica internacional que se ha avanzado para establecer reglas comunes y desarrollar técnicas que promuevan la circulación de actos judiciales y administrativos entre los Estados, en la lógica procesalista internacional, teniendo como base los principios del respeto mutuo y de la confianza recíproca entre los Estados, manteniéndose la coexistencia de sistemas jurídicos diversos.

La unificación del Derecho internacional privado es compleja en temas que fluctúan en la diversidad cultural entre los países, como en los casos que envuelven la unión de personas del mismo sexo. El derecho de familia, estudiado ya, es un tema arraigado en la formación de los propios Estados, siendo cada uno soberano para definir sus políticas y normas sobre el asunto, en especial los casos de familia entre personas del mismo sexo, considerando que el número de países que permiten el matrimonio o la unión civil es muy bajo y más del 40% todavía consideran esa situación ilegal, restringiendo los derechos derivados de ella.

Imaginemos la siguiente situación jurídica: un hombre y una mujer de nacionalidades diversas se casan en Brasil, desarrollan sus vidas, adoptan hijos, adquieren bienes inmuebles aquí y en el extranjero. Si la pareja resuelve divorciarse o uno de ellos fallece, las actuales reglas derecho internacional privado en materias de familia es de divorcio serán aplicadas con fundamento en los acuerdos internacionales firmados a nivel multilateral o bilateral, o en su ausencia, por el principio de reciprocidad. Entre tanto, se la familia fuese entre personas del mismo sexo, esas mismas reglas pueden ser mitigadas en el caso de que los países posean legislaciones diversas sobre el asunto. Los países que todavía no aceptan las situaciones jurídicas entre personas del mismo sexo probablemente rechazarán los pedidos de cooperación jurídica internacional con fundamento en la violación del orden público.

⁸² E. Jayme, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 9–40, esp. p. 21.

El diálogo de reciprocidad es un posible camino para los países que ya reconocen la familia transnacional compuesta por personas del mismo sexo, de forma a garantizar los derechos en la sociedad globalizada. No hay, todavía, una unificación de normas de conflictos de derecho de familia, mucho menos reconociendo los mismos derechos entre los diversos tipos de familias, pero las interpretaciones son favorables a ese diálogo.

En las relaciones privadas internacionales, los Estados son soberanos para decidir sobre los litigios transnacionales, respetándose las obligaciones internacionales asumidas en tratados internacionales. La ausencia de reglas uniformes puede provocar, además de la privación de derechos de las personas, los fenómenos del *forum shopping* o de la declaración de un tribunal por el *forum non conveniens*. La eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras que crean, extinguen o modifican derechos, depende del reconocimiento y ejecución de ese fallo, a través de la cooperación jurídica internacional, sea con fundamento en el principio de reciprocidad, sea con base en tratados internacionales previamente firmados. Cada Estado es soberano para establecer sus reglas para limitar la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, como la soberanía y la orden pública, como ejemplos clásicos. El diálogo de la reciprocidad se daría en los casos de ausencia de tratados para autorizar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, principalmente para los países que no adoptan una posición más liberal de circulación de sentencias extranjeras.

El nuevo Código de Proceso Civil (CPC) brasileiro inserta al país en el rol de los que dispensan la reciprocidad para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. De acuerdo con el art. 26, § 1º, la cooperación jurídica internacional, regla general, tendrá como base el tratado internacional, y en ausencia del instrumento, será realizada con base en la reciprocidad, manifestada por vía diplomática. El nuevo CPC afirma lo que en la práctica ya era realizado por los tribunales superiores brasileiros: la homologación de sentencias extranjeras a través del Tribunal Superior de Justicia independientemente de la reciprocidad, conforme evidencia el § 2º del mismo art. 26. Además de eso, otra novedad del CPC es la dispensa de homologación de sentencia extranjera de divorcio consensual, conforme el art. 961, párrafo 5º⁸³. Con todo, ese dispositivo debe ser leído en conjunto con art. 23, que establece la competencia exclusiva de la autoridad brasileira juzgar las acciones de divorcio, separación judicial o disolución de “unión estable” y proceder a partición de bienes en Brasil⁸⁴. Eso significa que

⁸³ O CPC entró en vigor el 17 marzo 2016 y examinaremos como se procesará el cumplimiento de la decisión extranjera.

⁸⁴ En 2004, la competencia para reconocer sentencias extranjeras y conceder el *execuatur* a los exhortos (cartas rogatorias) fueron transferidas del Supremo Tribunal Federal para el Tribunal Superior de Justicia. La Resolución nº 9 mayo 2005 estableció las reglas procedimentales para el asunto.

Brasil mantiene la protección nacional con relación a los efectos económicos de la familia de bienes inmuebles situados en su territorio. La ofensa al orden público sería el principal limitador para el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero o de los pedidos pasivos de cooperación jurídica internacional por exhorto o auxilio directo, conforme a los artículos art. 39 y 963, VI. El Reglamento Interno del Superior Tribunal de Justicia aporta otros dos factores que impiden el reconocimiento de actos administrativos y judiciales realizados en el extranjero: la soberanía nacional y la orden pública.

Antes de la entrada en vigor del nuevo CPC, Brasil ya se afirmaba como un país liberal para la libre circulación de sentencias extranjeras en relación a los derechos humanos al reconocer los derechos adquiridos en el extranjero. La mayoría de los pedidos de reconocimiento se refieren a derechos de familia⁸⁵. Además, Brasil se posiciona como un país liberal para la circulación de sentencias extranjeras en especial las sentencias consensuales de divorcio, sin efectos económicos, por las cuales abolió el reconocimiento. De acuerdo con los estudios de B. Elbati, el principio de reciprocidad y el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras siguen vigentes en las relaciones interestatales, como en el caso en que el tribunal alemán denegó reconocer la decisión juzgada del tribunal de Leichestein porque en aquel país las sentencias extranjeras no podían ser homologadas debido a la ausencia de tratado que obligase hacerlo⁸⁶. Se observa que la reciprocidad relativa como forma de no reconocer lo fallo extranjero que es rechazada por el Estado solicitante de sus fallos, como es estudiada por P. Lagarde⁸⁷.

El diálogo de la reciprocidad para reconocer los derechos de las familias transnacionales, en especial aquellas entre personas del mismo sexo, sería una forma de hacer que los pedidos de países como Brasil, que posee una jurisdicción abierta a la libre circulación de sentencias extranjeras, sean cumplidos por los países requeridos, una vez que el respeto mutuo y la confianza ya estarán presentes, independientemente de acuerdo internacional. Así, por ejemplo, los pedidos de cooperación jurídica internacional para reconocer una sentencia emitida por el tribunal brasileño relativa a los derechos personales y patrimoniales de familia “homoafectiva” podrían ser reconocidos con fundamento en el diálogo

⁸⁵ Vid. I. Lopes, M. Ramos y L.A.M. Santos, “As Sentenças Estrangeiras e o Superior Tribunal de Justiça: Uma análise quantitativa dos dez anos de cooperação jurídica internacional a partir da EC nº 45/2004”, en T. Paluma, W. Menezes y F.R. Martins (coords.), *Estudos avançados em direito internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 332–346.

⁸⁶ B. Elbati, “Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, p. 5, disponible en [http://www.law.cam.ac.uk/repo-documents/pdf/events/ PILConf/ Reciprocity_and_the_Re cognition_and_Enforcement_of_Foreign_Judgments.pdf](http://www.law.cam.ac.uk/repo-documents/pdf/events/PILConf/Reciprocity_and_the_Re_cognition_and_Enforcement_of_Foreign_Judgments.pdf), visitado en 12 de noviembre 2015.

⁸⁷ Vid. P. Lagarde, “La réciprocité en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 154, 1977, pp. 103–214.

de reciprocidad, una vez que Brasil ya reconoció los efectos extraterritoriales de las decisiones de los tribunales alemanes.

El método de reconocimiento de situaciones en derecho internacional privado (DIPr) constituye otro abordaje para garantizar los derechos adquiridos en el extranjero, conforme a los estudios de Lagarde, que señala que:

*“La véritable division de cette discipline est entre la création des droits et leur efficacité hors de l’ordre juridique qui leur a donné naissance. Les règles applicables à l’efficacité des situations ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui régissent leur création. C’est bien ce qu’illustre la méthode de reconnaissance des situations”*⁸⁸.

El método de reconocimiento de situaciones es más amplio que la reciprocidad, pues el objetivo del método de DIPr es asegurar la eficacia extraterritorial de los actos de la vida civil y comercial. El principio de reciprocidad tiene como foco la protección del propio Estado, y al mismo tiempo es un instrumento de poder para construir reglas de DIPr y garantizar los derechos transnacionales. El método de reconocimiento tiene como foco la protección de las personas.

Uno de los puntos positivos del método de reconocimiento fue el desarrollo de un “concepto atenuado de orden público” por la jurisprudencia francesa⁸⁹, que posibilita el reconocimiento de ciertos derechos, aunque no tenga el reconocimiento pleno por la ley del foro. En ese contexto, se destaca la decisión del Superior Tribunal de Justicia reconociendo la adopción internacional entre personas del mismo sexo, por inseminación artificial con la participación de uno de los padres, realizada en los Estados Unidos, para determinar que el notario registrara la niña a nombre de los dos padres, con fundamento en el mejor interés del menor. Eso ocurrió antes de los tribunales brasileños aceptar el reconocimiento de iguales derechos a las relaciones homosexuales. Así, buscando soluciones para el futuro, Lagarde resalta que el gran reto del derecho internacional privado en los próximos años será “si el reconocimiento mutuo de las situaciones será admitido antes de unificar las reglas de conflicto de leyes”⁹⁰. Para el autor, subordinar el reconocimiento a la unificación previa de reglas de conflicto de leyes es, en verdad, negar el método de reconocimiento de las situaciones creadas en un tercer Estado⁹¹. Respetar las situaciones creadas en otro Estado es aceptar la diversidad jurídica, es respetar los derechos adquiridos de buena fe en el extranjero, reconociendo su eficacia extraterritorial siempre que sea necesaria.

⁸⁸ P. Lagarde, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 283, 2015, pp. 19–42, esp. p. 20.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 41.

⁹¹ *Ibid.*, p. 42.

VI. Conclusiones

El reconocimiento de iguales derechos entre las familias heterosexuales y las homosexuales transnacionales es uno de los retos del derecho internacional privado. El derecho de libertad del individuo en su vida privada debe ser también garantizado. Se verifica una evolución del derecho de la persona humana de escoger como desarrollará su vida civil, casada formalmente o no, con o sin hijos, sin intervención del Estado en sus decisiones. En el desarrollo histórico del derecho al divorcio, se nota que fue aceptado de forma paulatina en los diversos ordenamientos jurídicos estatales, cada uno con su particularidad, posibilitando el reconocimiento de derechos en el extranjero. Comparativamente, los derechos transfronterizos de las familias homosexuales han sido reconocidos en diversas jurisdicciones estatales, en mayor o menor grado (matrimonio, unión civil etc.), produciendo efectos extraterritoriales, a pesar de un número bastante elevado de países que todavía “criminalizan” la homosexualidad. He ahí la importancia de los trabajos del sistema internacional de protección de los derechos humanos, en nivel global y regional. Además, con fundamento en el principio de dignidad de la persona humana y en la supremacía del interés del menor, los efectos personales y patrimoniales de las familias transnacionales entre personas del mismo sexo no pueden ser mitigados por el orden público, buscándose aplicar el principio de adaptación para aproximar los institutos jurídicos y garantizar la supremacía de la protección del menor y reconociéndose los derechos adquiridos en el extranjero.

Este artículo demuestra que Brasil se ha posicionado como un país favorable al reconocimiento de derechos de familia transnacional, homosexual o heterosexual, con límites de orden pública, soberanía y dignidad de la persona humana y tiene aplicado el principio del mejor interés del menor, cuando hay hijos involucrados en los litigios transnacionales. Este fue el caso de la sentencia extranjera homologada por el Superior Tribunal de Justicia, en 2010, que reconoció la adopción internacional y sus efectos extraterritoriales, incluyéndose los derechos de personalidad del menor y de sus miembros. El STJ autorizó el registro del nacimiento en nombre de los dos padres mismo cuando aún no había sido dictada la decisión de la corte constitucional para reconocer iguales derechos a las familias homosexuales. En el Mercosur, la mayoría de los países miembros y asociados poseen legislaciones que permiten la cooperación jurídica internacional sobre el asunto.

Buscándose asegurar que los derechos ya estén reconocidos en países donde no hay más discriminación entre los diversos tipos de familia, también la dificultad de unificar el derecho de familia en fase de la diversidad cultural entre las

naciones, el presente trabajo sustenta el diálogo de reciprocidad en derecho internacional privado como mecanismo que asegure ciertos derechos a las familias entre las personas del mismo sexo, sin la necesidad de existir acuerdo previo para eso. La cooperación internacional es uno de los principios medulares de las relaciones interestatales y el principio de reciprocidad es uno de los más antiguos. La ventaja de un acuerdo previo es la obligación de hacer, de cumplir los pedidos atribuidos a los países de facilitar el doble flujo de actos judiciales. El método de reconocimiento de situaciones creadas en un tercer Estado debe ocurrir antes de la unificación, presentada por Lagarde, cuyo proceso es extremadamente lento, pudiendo llevar décadas. Sin embargo, la cooperación jurídica internacional con fundamento en la reciprocidad también constituye un importante mecanismo para asegurar los derechos transfronterizos.

Así, el objetivo del Derecho internacional privado moderno debe ser establecer reglas que aseguren la efectividad de los derechos transnacionales, proyectándose a solucionar los conflictos interespatiales para determinar la ley aplicable o la jurisdicción internacional, por medio de los reconocimientos tanto de las situaciones cuanto de los derechos adquiridos en el extranjero. La cooperación jurídica internacional es esencial para promover el doble flujo de actos judiciales y facilitar el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con fundamento en los principios de confianza y de respeto mutuo entre los Estados. Respetar las situaciones creadas en otro Estado es aceptar la diversidad cultural y jurídica en una sociedad global.

Bibliografía

- Araújo, N., Vargas, D.T. y Martel, L.C.V.: “Gestão de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de Direito internacional privado”, <http://www.pixfolio.com.br/arq/1405350330.pdf>, visitado el 12 junio 2014, p. 14.
- Balbuena Pérez, D.E.: “La unión entre personas del mismo sexo”, <https://ejemplar.com/actualidad/la-union-entre-personas-del-mismo-sexo>.
- Beck, U.: *O que é Globalização: Equívocos do globalismo: respostas à globalização*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.
- Boele-Woelki, K.: “The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union”, *Tulane L. Rev.*, vol. 82, n° 51, 2008, pp. 1.962 ss.
- Bucher, A.: “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 11 ss.
- Elbalti, B.: “Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, p. 5, disponible en http://www.law.cam.ac.uk/repo-documents/pdf/events/PILConf/Reciprocity_and_the_Recognition_and_Enforcement_of_Foreign_Judgments.pdf, visitado en 12 de noviembre 2015.
- Guillén, M.C.D.: “Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la constitución venezolana”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VII, n° 1, enero-junio, 2013, pp. 11–40.

- Jayne, E.: “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 9 ss.
- Lagarde, P.: “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 283, 2015, pp. 19 ss.
- Lagarde, P.: “La réciprocité en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 154, 1977, pp. 103–214.
- Lopes, I., Ramos, M.B.B. y Santos, L.A.M.: “As Sentenças Estrangeiras e o Superior Tribunal de Justiça: Uma análise quantitativa dos dez anos de cooperação jurídica internacional a partir da EC nº 45/2004”, en T. Paluma; W. Menezes y F.R. Martins (coord.), *Estudos avançados em direito internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 332–346.
- Lopes, I., Ramos, M. y Santos, L.A.M.: “As Sentenças Estrangeiras e o Superior Tribunal de Justiça: Uma análise quantitativa dos dez anos de cooperação jurídica internacional a partir da EC nº 45/2004”, en T. Paluma, W. Menezes y F.R. Martins (coords.), *Estudos avançados em direito internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 332–346.
- Lopes, I.: “A família entre pessoas do mesmo sexo e o direito internacional privado”, en A.C. Ramos. (coord.), *Direito internacional privado: questões controvertidas*, Belo Horizonte, Arraes, 2016, pp. 205 ss.
- Lopes, I.: “Transnational Households in Brazil: a new approach on democratic basis”, Trabajo presentado na Conferência Internacional, *Transnational Law & Social Justice*, London School of Economics, 26 e 27 de junho de 2015.
- Martinez, F.R.: “Caso de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y Niñas contra Chile (24 febrero 2012)”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 30, enero–junio, 2014, pp. 245 ss.
- Scherpe, J.M.: “The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights”, *The Equal Rights Review*, vol. 10, 2013, pp. 84 ss.
- Sen, A.: *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass, Belknap Press/Harvard University Press, 2009.
- Valladão, H.: *Direito internacional privado. Introdução e parte geral*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977.
- Valladão, H.: *Direito internacional privado. Parte especial, conflitos de leis civis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977.
- van Loon, H.: “On the Applicability of Hague Conventions on Private International Law to Same-Sex Marrigaes, en J.A. Moreno y C.L. Marques, *Los servicios en el Derecho internacional privado*, Jornadas de la ASADIP, Porto Alegre–Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 507–523.
- Virally, M.: “Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 122, 1967, pp. 99 ss.

Recepción: 13.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

LOS CONTRATOS DE SEGURO EN EL PROYECTO DE LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿UN MODELO A SEGUIR PARA EL REGLAMENTO ROMA I?

Rosa MIQUEL SALA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Los contratos de seguro en el Reglamento Roma I: defectos congénitos y achaques de vejez. 1. Antecedentes legislativos y vicisitudes de la inclusión de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I. 2. Los principales problemas de la regulación actual: A) Problemas derivados de la existencia de dos regímenes distintos para los contratos en masa dependiendo del lugar de situación del riesgo; B) Problemas derivados de la existencia de normas que dan margen de maniobra a los Estados miembros; C) Incoherencia en la protección de la parte débil. III. Los contratos de seguro en el Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al Derecho internacional privado. 1. Contexto y objetivos específicos del PLM OHADAC. 2. Los contratos transfronterizos de seguro en el entorno latinoamericano: A) Obstáculos del Derecho de la supervisión a la contratación internacional; B) Determinación del Derecho aplicable a los contratos de seguro en algunos Estados latinoamericanos. 3. Los contratos de seguro en el Proyecto de Ley Modelo. IV. El Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al Derecho internacional privado como modelo para el legislador de la UE. 1. El respeto a las libertades fundamentales como factor condicionante para la adopción de la solución contenida en el Proyecto. 2. ¿Es verdaderamente necesario el art. 7 del Reglamento Roma I?: A) Superación de la incoherencia en relación con los seguros sobre riesgos en masa; B) Contratos de seguro con parte débil. 3. Adopción de normas especiales para la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones de asegurar. V. Resumen y conclusiones.

RESUMEN: Aunque no es ningún secreto que las normas de conflicto relativas al contrato de seguro en el Reglamento Roma I se introdujeron con ánimo de provisionalidad y con conciencia de sus deficiencias, el cumplimiento de la previsión contenida en el art. 27 del Reglamento lleva ya algunos años de retraso. Mientras tanto, en el Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al derecho internacional privado publicado en 2014 se ha decidido no introducir ninguna regulación específica para los contratos de seguro. Teniendo en cuenta el concreto contexto en el que se ha elaborado y las concretas finalidades de dicho Proyecto, debe analizarse aquí hasta qué punto la radical solución allí propuesta podría marcar

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Universität Bayreuth.

el camino a seguir por el legislador europeo, que culminaría en la eliminación de toda referencia al lugar de situación del riesgo o incluso en la derogación del art. 7 del Reglamento Roma I.

PALABRAS CLAVE: CONTRATOS DE SEGURO – DERECHO APLICABLE – REFORMA DEL REGLAMENTO ROMA I – PROYECTO DE LEY MODELO OHADAC RELATIVA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

ABSTRACT: *Insurance contracts in the Draft OHADAC Model Law Relating to Private International Law: A Model for the Rome I Regulation?*

Even though it is no secret that the choice of law rules on insurance contracts in the Rome I Regulation were adopted as a provisional solution and with full awareness of their shortcomings, the revision planned in Art. 27 Rome I Regulation has still not been attempted. Meanwhile, the Draft OHADAC Model Law Relating to Private International Law published in 2014 has not included particular choice of law rules for insurance contracts. Keeping in mind the background of the Draft and its specific objectives, the following paper analyzes if this rather radical solution regarding insurance contracts could also be adopted the European legislator, leading to the elimination of all references to the situation of the risk or even to the derogation of Art. 7 Rome I Regulation.

KEYWORDS: INSURANCE CONTRACTS – CHOICE OF LAWS – REFORM OF THE ROME I REGULATION – DRAFT OHADAC MODEL LAW RELATING TO PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

I. Introducción

1. En la Unión Europea, la determinación del Derecho aplicable al contrato de seguro es una cuestión discutida desde hace décadas. La actual regulación, que destaca por su complejidad y su incoherencia, se introdujo en el Reglamento Roma I como solución provisional, a la espera de una revisión que debía producirse a partir de 2013. La demora del legislador no debe generar extrañeza, ya que el éxito de un futuro procedimiento legislativo requiere, además de un cuidadoso análisis previo del marco establecido por las libertades fundamentales y de los intereses conflictuales y materiales de los actores implicados, que los Estados miembros alcancen un consenso, hasta ahora inexistente, sobre cuestiones tan básicas como el equilibrio entre autonomía conflictual y protección de la parte débil. Si en Europa el legislador está llamado a simplificar y racionalizar normas de derecho unitario, el Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al derecho internacional privado parte de un contexto radicalmente distinto y persigue también otros objetivos: partiendo de la escasa armonización – y, en muchos casos, de la escasa evolución – de las normas de Derecho internacional privado de los territorios integrantes del área OHADAC, propone un texto de *soft law* que abarca los tres grandes sectores del Derecho internacional privado (competencia internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución) y que a diferencia del Reglamento Roma I contiene solo una referencia muy puntual al contrato de seguro.

2. Ante tan evidente contraste, el presente artículo se propone averiguar hasta qué punto el legislador de la UE podría asumir la solución propuesta por los redactores del Proyecto de Ley Modelo OHADAC. Por supuesto ello requiere más que la mera comparación de las respectivas normas; será necesario tener en cuenta los diferentes contextos en que se han generado y las finalidades perseguidas con su introducción. Empezando por el tratamiento de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I (II), se van a resumir brevemente los antecedentes legislativos y las vicisitudes del procedimiento legislativo para luego enumerar los principales problemas que presenta la actual regulación. Luego se va a analizar el tratamiento del contrato de seguro en el Proyecto de Ley Modelo OHADAC (III), y se expondrán las conclusiones obtenidas sobre su “exportabilidad” al Reglamento Roma I, planteando con ello la cuestión sobre la necesidad sobre una regulación específica para el contrato de seguro en el Reglamento Roma I (IV). Se va a concluir con un resumen y unas conclusiones (V).

II. Los contratos de seguro en el Reglamento Roma I: defectos congénitos y achaques de vejez

1. Antecedentes legislativos y vicisitudes de la inclusión de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I

3. La determinación del Derecho aplicable a los contratos de seguro de acuerdo con el Reglamento Roma I es tarea compleja. Para empezar, debe distinguirse entre los seguros sobre grandes riesgos y los seguros sobre riesgos en masa. Los criterios para distinguir entre ambos tipos de contrato no se encuentran en el Reglamento, sino que el art. 7.2º RR I remite para ello a la Directiva 73/239/CEE, sustituida entre tanto por la llamada Directiva Solvencia II¹. Con respecto a los contratos sobre grandes riesgos, a los que se aplican los arts. 7.2º y 7.4º, no existen limitaciones de la autonomía conflictual. En ausencia o ante la invalidez de la elección del Derecho se aplica el Derecho del Estado de la residencia habitual del asegurador, a no ser que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el Derecho de otro Estado.

Con respecto a los contratos sobre riesgos en masa, existen a su vez dos regímenes distintos dependiendo del lugar de situación del riesgo asegurado, definido ahora también en la Directiva Solvencia II. Si el riesgo se encuentra dentro de

¹ Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), DO L 335 de 17.12.2009.

un Estado miembro, se aplicará el art. 7, aps. 3º, 4º y 5º. Para este tipo de contratos se limita la autonomía conflictual, permitiendo solamente la elección de determinados ordenamientos. En ausencia de elección se aplica el derecho del Estado miembro de situación del riesgo, que normalmente coincidirá con el Estado de residencia habitual del tomador. Si el riesgo se encuentra fuera de un Estado miembro, rigen las normas generales de los arts. 3 y 4. Si el tomador es consumidor, el art. 6 le protege en determinados supuestos. Si con un mismo contrato se aseguran riesgos situados en Estados miembros y en terceros Estados, el cdo. 33 del Reglamento establece que el art. 7 se aplicará solamente con respecto a los riesgos situados en un Estado miembro. El Derecho aplicable al reaseguro se determina a través de los arts. 3 y 4.

4. Este laberinto normativo se originó al incluir en un único cuerpo legislativo regímenes que antes estaban contenidos en cuerpos legislativos distintos: así, hasta el 17 diciembre 2009 las normas de conflicto sobre seguro de riesgos situados dentro de un Estado miembro se encontraba en las Directivas comunitarias sobre seguros² y sus respectivas transposiciones, mientras que el derecho aplicable a los demás contratos de seguro se determinaba de acuerdo con el Convenio de Roma. El régimen previsto en el art. 7 recogió, en esencia, la regulación relativa a los contratos en masa contenida en las Directivas comunitarias en materia de seguros, mientras que el resto de normas aplicables a los contratos de seguro son herederas del Convenio de Roma.

La previa existencia de varios regímenes conflictuales no obedece a especiales necesidades del mercado interior de los seguros, sino que se originó por la descoordinación de los redactores del Convenio de Roma y de las Directivas comunitarias en materia de seguros. Prueba de ello son las similitudes entre el primer esbozo de las normas de conflicto sobre seguros en “Documento Schwarz” de 1970³, antecedente de las Directivas, y el CR, y el hecho de que en el Informe *Giuliano-Lagarde* se encuentra una referencia a la posibilidad de los Estados miembros de dictar normas sobre los contratos de seguros sobre riesgos situados

² Art. 7 Directiva 88/357/CEE, Segunda Directiva del Consejo, de 22 junio 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (DO L 172 de 4.04.1988), art. 4 Segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 noviembre 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (DO L 330 de 29.11.1990); art. 32 Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida (DO L 345 de 19.12.2002).

³ Versión alemana en *ZVersWiss* 61, 1972, pp. 101 ss.

en un Estado miembros siguiendo el modelo del Convenio de Roma⁴. En el CR se excluyeron los contratos sobre riesgos en masa situados dentro de un Estado miembro debido a la constatación de que esta cuestión entraba dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de seguros y no debido al convencimiento de que fuera necesaria una regulación de contenido distinto. Si finalmente en las Directivas se adoptó un régimen que ponía el énfasis en la protección del tomador del seguro en contratos sobre riesgos en masa a través de la limitación de la autonomía conflictual y de la aplicación del Derecho del lugar de situación del riesgo en ausencia de elección del Derecho, ello se debió exclusivamente al fracaso de los trabajos que debían conducir a una armonización del derecho material⁵. De todos modos, debe remarcarse que la limitación de la autonomía conflictual no se introdujo con carácter imperativo, sino que las Directivas permitieron a los legisladores estatales introducir un mayor nivel de autonomía conflictual. A ello se suma que el ámbito de aplicación de la libertad de prestación de servicios no se define según el riesgo esté situado o no dentro de un Estado miembro: quedan cubiertos por ella también aquellos supuestos en los que ambas partes están situadas en Estados miembros distintos, aunque el riesgo esté situado en un tercer Estado⁶. Por tanto, debe concluirse que no es necesario que existan dos regímenes distintos para los contratos sobre riesgos en masa dependiendo del lugar de situación del riesgo.

5. La inclusión de la actual regulación de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I estuvo precedida de un debate que se prolongó casi hasta el final del procedimiento legislativo. En el Libro Verde, la Comisión se mostraba partidaria de no introducir las normas de conflicto de las Directivas en el Reglamento puesto que estas concedían margen de maniobra a los Estados miembros⁷. En la Propuesta de Reglamento de 2005, las Directivas sobre seguros estaban simplemente incluidas en un Anexo con una lista de normas que no se verían afectadas por el futuro Reglamento. De haberse adoptado finalmente esta solución, el Reglamento se habría aplicado a todos los contratos de seguro que no recaían dentro del ámbito de aplicación de las Directivas. No fue hasta octubre de 2006 que se introdujo una norma especial sobre los contratos de seguro en la Propuesta de

⁴ M. Giuliano y P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO C 327 de 11.12.1991, p.13.

⁵ Cf. W.-H. Roth, “Internationales Versicherungsvertragsrecht in der Europäischen Union – Ein Vorschlag zu seiner Neuordnung”, en M. Wandt/P. Reiff/D. Losschelders/W. Bayer (eds.), *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 2004, pp. 634 ss.

⁶ A. Randelzhofer y U. Forsthoef, “Art. 57 AEUV”, en E. Grabitz, M. Hilf y M. Nettesheim (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 56. EL, Múnich, C.H. Beck, 2015, Rn. 18.

⁷ COM (2002) 654 final, p. 22.

Reglamento⁸, que tras numerosas (y divergentes) tomas de posición de los Estados miembros se acabó modificando en mayo de 2007 para introducir la mayoría de posibilidades de elección del Derecho contenidas en las Directivas y dar margen de maniobra a los Estados miembros en sede de seguros obligatorios⁹. Entre esta versión y la versión octubre 2007, las delegaciones inglesa e irlandesa se manifestaron de forma crítica, desaprobando la introducción de una norma especial en el Reglamento sin un estudio de impacto previo¹⁰. A partir de entonces las posturas de los Estados miembros fueron más comedidas y condujeron a la limitación del ámbito de aplicación del futuro art. 7 a contratos sobre riesgos en masa situados en un Estado miembro¹¹. La insatisfacción general con la solución adoptada se tradujo sin embargo en la previsión de una revisión que debía iniciarse con la presentación, a más tardar el 17 junio 2013, de un estudio sobre la legislación aplicable a los contratos de seguros y una evaluación del impacto de las disposiciones que, en su caso, habrían de introducirse.

2. Los principales problemas de la regulación actual

6. La complejidad del actual régimen conflictual de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I puede considerarse un mal menor y desde luego sería aceptable si viniese requerida por las cuestiones específicas que plantea la determinación del Derecho aplicable a este tipo de contratos. Sin embargo, los problemas del Derecho vigente van más allá de las dificultades a la hora de identificar el régimen aplicable al concreto contrato: la precipitada inclusión de las normas procedentes de las Directivas sobre seguros manteniendo en lo esencial su limitado ámbito de aplicación y permitiendo que los Estados miembros adopten soluciones divergentes para determinadas cuestiones conlleva, sobre todo, incongruencias injustificadas en el tratamiento jurídico de los contratos sobre riesgos en masa, y es incompatible con la consecución de la armonía de decisiones, que era uno de los principales objetivos del Reglamento. En lo sucesivo van a reseñarse brevemente algunos puntos especialmente problemáticos de la regulación de los seguros en el Reglamento Roma I que deben erradicarse con ocasión de la revisión planeada.

A) Problemas derivados de la existencia de dos regímenes distintos para los contratos en masa dependiendo del lugar de situación del riesgo

⁸ Documento del Consejo n° 138/53/06.

⁹ Documento del Consejo n°8935/1/07 REV 1 LIMITE JUSTCIV 110 CODEC 421.

¹⁰ Documentos del Consejo n°12521/07 LIMITE JUSTCIV 225 CODEC 891 y 12503/07 LIMITE JUSTCIV 224 CODEC 885.

¹¹ Cf., v.gr., la propuesta de la delegación italiana, Documento del Consejo n°14222/07ADD 6 LIMITE JUSTCIV 272 CODEC 1113.

7. La existencia de dos regímenes distintos para la determinación del Derecho aplicable a los contratos de seguro que cubren riesgos en masa según si el riesgo está situado dentro o fuera de un Estado miembro genera varios problemas. El más evidente es tal vez el que se genera con respecto a los Estados del EEE que no son simultáneamente Estados de la UE. De acuerdo con el art. 178 de la Directiva Solvencia II en la redacción que se le otorgó al incluirlo en el Anexo IX del Acuerdo EEE, en estos Estados las normas de Derecho aplicable con respecto a riesgos en masa situados dentro del EEE tienen el mismo contenido que el Reglamento Roma I. Sin embargo, los residentes en estos Estados son tratados como residentes de terceros Estados en virtud del art. 7.1º RR I y por tanto normalmente al coincidir la residencia habitual con el lugar de situación del riesgo se les aplican los arts. 3, 4, o 6. Como consecuencia, aquellos tomadores del seguro que no sean consumidores no se beneficiarán de protección en el plano conflictual, lo que sí habría sucedido de aplicárseles el art. 7.3º RR I. Esto debe considerarse como una discriminación indirecta. Una discriminación directa se genera en relación con el art. 7.3º c), que no permite la elección del Derecho de la nacionalidad de un tercer Estado y con ello tampoco la nacionalidad de Noruega, Islandia o Liechtenstein¹². Para evitar estas discriminaciones, el art. 7 RRI tiene que interpretarse de acuerdo con el art. 178 de la Directiva Solvencia II¹³ y entender que, dentro de este artículo, toda referencia a un Estado miembro lo es a un Estado parte del EEE.

8. Otro problema derivado de la existencia de dos regímenes distintos es el distinto tratamiento que se da al seguro de una pluralidad de riesgos situados en distintos Estados. Si se trata de riesgos en masa, el art. 7.5º prevé un “*dépeçage* objetivo”. Las posibilidades de evitarlo mediante una elección del Derecho varían según si el tomador es o no consumidor. En el primer caso, solamente podrán someterse todos los riesgos al derecho del Estado de residencia habitual del tomador. En el segundo caso es posible, además de la elección del Derecho del Estado de la residencia habitual, la elección del Derecho de cualquiera de los Estados miembros de situación del riesgo para todo el contrato. Por el contrario, si se quiere someter varios riesgos en masa situados fuera de un Estado miembro a un único Derecho, en principio se podría elegir cualquier ordenamiento, pero si el tomador fuese un consumidor se tendría que contar con la eventual aplicación del art. 6.2º. De ello se deriva que en este caso la elección del derecho del Estado de residencia habitual del tomador es la única posibilidad existente para someter

¹² D. Looschelders/I. Smarowos, “Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Inkrafttreten der Rom-I-Verordnung”, *VersR*, 2010, p. 2.

¹³ Ver sin embargo H. Dörner, “Art. 7 Rom I-VO”, en Bruck/Möller, *Großkommentar zum VVG*, Band 11 §§ 209–216; *Mitversicherung; Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Berlin, de Gruyter, 2013, Rn. 3.

un contrato por el que se aseguran riesgos situados dentro y fuera de los Estados miembros a un único Derecho.

9. En relación con los seguros obligatorios en masa, el art. 7.4º se aplica, en principio, cuando el riesgo asegurado está situado dentro de un Estado miembro y la obligación de asegurar proviene también de un Estado miembro. De no darse estas condiciones resultará difícil tomar en consideración la obligación de asegurar que no venga impuesta por la *lex fori*, ya que la misma debe considerarse como una norma de policía y el art. 9.3º solamente permite la toma en consideración de aquellas normas de policía que hagan la ejecución del contrato ilegal. Sin embargo, la no aplicación de las normas sobre seguro obligatorio no tiene como consecuencia la ilegalidad del contrato, sino por ejemplo la retirada o no concesión del permiso para realizar una determinada actividad¹⁴. La limitación del ámbito de aplicación del art. 7.4º a obligaciones de asegurar procedentes de un Estado miembro impide también su aplicación cuando la obligación de asegurar proviene de Dinamarca. Frente a ello se ha afirmado que el art. 7.4º se tendría que aplicar especialmente si la obligación de asegurar proviene de un Estado miembro con independencia del lugar de situación del riesgo. Si el derecho de un Estado miembro imponiendo una obligación de asegurar se puede imponer al Derecho de otro Estado miembro, con más razón se tendría que imponer al derecho de un tercer Estado¹⁵. Si la revisión del Reglamento incluye una norma especial sobre los seguros obligatorios, cosa que cabría esperar teniendo en cuenta el contenido del art. 9.3º, tendría que tratarse de una norma de aplicación universal. Ello permitiría también aplicar, en caso de pluralidad de riesgos, el art. 7.5º a todos los contratos de riesgos en masa.

B) Problemas derivados de la existencia de normas que dan margen de maniobra a los Estados miembros

10. Como ya se ha avanzado, el art. 7 es consecuencia de una claudicación del legislador europeo ante la imposibilidad de que los Estados miembros se pusieran de acuerdo en dos cuestiones clave: el alcance de la autonomía conflictual en los contratos sobre riesgos en masa y la aplicación del Derecho del Estado miembro que imponía la obligación de asegurar. Como consecuencia, el art. 7.3º permite a los Estados miembros que así lo deseen ampliar la autonomía conflictual, y el juez de un Estado miembro que aplique el art. 7.3º tendrá que respetar las normas del Estado de situación del riesgo o de la residencia habitual del to-

¹⁴ Cf., v.gr., C. Armbrüster y F. Dallwig, “Die Rechtsfolgen übermäßiger Deckungsbegrenzungen in der Pflichtversicherung”, *VersR*, 2009, pp. 150–153.

¹⁵ H. Dörner, 46c EGBGB, en *Bruck/Möller, Großkommentar zum VVG, Band 11 §§ 209–216; Mitversicherung; Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Berlin, de Gruyter, 2013, Rn. 6.

mador que prevean un mayor grado de autonomía conflictual. Cuando se revise el Reglamento se tendría que tener en cuenta que a día de hoy la ampliación de la autonomía conflictual por parte de los Estados miembros va camino de convertirse en un fenómeno mayoritario, por lo que tal vez sería posible llegar a un consenso sobre esta cuestión. Por el momento, esta solución supone la necesidad de averiguar el contenido del Derecho internacional privado de los distintos Estados, con lo que se complica la determinación del derecho aplicable, y comporta además la imposibilidad de lograr soluciones uniformes, que eviten un posible forum shopping. Además, la posible atribución de libertad ilimitada de elección del derecho supone negar cualquier tipo de protección al tomador en estos supuestos, lo que se podría corregir entendiendo que, ya que se ha renunciado a la aplicación de las posibilidades limitadas de elección del Derecho que prevé el art. 7.3º, es posible aplicar el art. 6.2º, si el tomador es un consumidor y el supuesto recae dentro del ámbito de aplicación de la norma. De todos modos, bastantes Estados miembros que han ampliado la libertad de elección del derecho para los seguros sobre riesgos en masa situados dentro de un Estado miembro han previsto soluciones parecidas a la prevista en el art. 6.2º.

11. Por otro lado, el art. 7.4º a) establece la necesidad de tomar en consideración las normas sobre seguro obligatorio del Estado miembro que impone la obligación de asegurar, normas que se aplicarán, en su caso, adicionalmente a las que constituyan el estatuto contractual. De todos modos, el art. 7.4º.b) permite a los Estados miembros que lo deseen establecer la aplicación obligatoria al contrato de seguro del Derecho del Estado miembro que impone la obligación de asegurar. Algunas normas dictadas primero en base a la Directiva 88/357/CEE y posteriormente en base al Reglamento solamente aplican la ley del Estado miembro que impone la obligación de asegurar si de la misma ley se desprende su voluntad de aplicarse al concreto supuesto transfronterizo. En caso de no existir esta voluntad, parece que se tendría que recurrir a la solución del art. 7.4º.a) aunque difícilmente podrá afirmarse la voluntad de aplicar las normas especiales relativas al seguro obligatorio si no existe la voluntad de aplicar el ordenamiento en su totalidad.

12. Por último, debe señalarse que la introducción de preceptos que dan margen de maniobra a los estados miembros lleva consigo el riesgo de transposiciones erróneas. Sin ir más lejos, en el pasado se habían puesto debidamente de relieve los errores o decisiones cuestionables que el legislador español había asumido al transponer las normas de Derecho internacional privado de las directivas sobre seguros en los arts. 107 a 109 LCS, empezando por la introducción de normas de conflicto unilaterales. Aunque varios errores de transposición han perdido relevancia al limitarse en el Reglamento Roma I los preceptos que po-

dían ser objeto de transposición, el traslado de las normas de las Directivas sobre seguros al Reglamento Roma I ha obligado, en primer lugar, a plantear si las normas nacionales concediendo mayor autonomía conflictual o sobre el seguro obligatorio seguían en vigor. En segundo lugar, debe destacarse que ahora también existe margen de actuación, en el seguro obligatorio, con respecto al seguro de vida¹⁶, lo que plantea la duda sobre si las normas nacionales previas a la entrada en vigor del Reglamento deben interpretarse de forma extensiva o si, por el contrario, debe entenderse que continúan limitando sus efectos a los seguros de no-vida.

C) Incoherencia en la protección de la parte débil

13. Pero el principal problema a que tendrá que hacer frente el legislador de la Unión Europea cuando revise el tratamiento de los seguros en el Reglamento Roma I será sin duda la actual incoherencia en la protección de la parte débil. Esta incoherencia se plasma tanto en la determinación de los sujetos necesitados de protección como en los medios utilizados para protegerles. Así con respecto a los contratos sobre riesgos en masa situados dentro de un Estado miembro, la herencia de las Directivas conduce a considerar dignos de protección a todos los tomadores que concluyan un contrato sobre un riesgo en masa. Esta conclusión solamente se contradice en relación con la posibilidad de elegir un Derecho que rija para una pluralidad de riesgos que prevé el art. 7.3º.e) para aquellos contratos sobre riesgos en masa concluidos por un tomador que no es consumidor. Como ya se ha dicho, este tomador podrá elegir, a parte del derecho del Estado de su residencia habitual, el Derecho de cualquiera de los Estados miembros donde esté situado el riesgo. En contraposición, un tomador-consumidor solamente podrá evitar un *dépeçage* objetivo como consecuencia del aseguramiento de riesgos situados en varios Estados miembros si elige para todos ellos el derecho de su Estado de residencia habitual.

14. La diferenciación entre riesgos en masa y grandes riesgos se encuentra ya en el Convenio de Bruselas de 1968. La lista de grandes riesgos allí contenida se complementó luego en las Directivas sobre seguros. Se consideran seguros de grandes riesgos los concluidos con determinados tomadores de gran relevancia económica o seguros sobre determinados riesgos que normalmente presuponen conocimientos especializados del tomador, acostumbrado al tráfico jurídico transfronterizo. Quien concluye un seguro sobre grandes riesgos cuenta con los suficientes conocimientos o con el suficiente peso económico para poder asumir

¹⁶ W.-H. Roth, en R. Beckmann y A. Matusche-Beckmann (eds.), *Versicherungsrechts-Handbuch*, München, C.H. Beck, 2015, § 4, Rn. 97.

el riesgo intrínseco de una elección del Derecho. Por el contrario, se parte de la base de quien contrata un seguro sobre riesgos en masa debe ser protegido, y ello con independencia de si se trata o no de un consumidor. Este criterio para la determinación de la parte débil en el contrato de seguro, que también se utiliza en el Derecho material de muchos ordenamientos de la Unión Europea, tiene sin embargo un algún fallo, ya que determinados riesgos se consideran grandes riesgos aunque el contrato sea concluido con un consumidor.

15. El régimen de determinación del Derecho aplicable a los contratos de seguro sobre riesgos en masa situados fuera de un Estado miembro, sin embargo, no tiene en cuenta esta distinción, sino que protege únicamente a aquellos tomadores que sean a su vez consumidores. Como consecuencia, dentro de este marco normativo los tomadores que no sean consumidores no reciben ningún tipo de protección en el plano conflictual, y tampoco aquellos consumidores que por propia iniciativa reclamen cobertura aseguradora ante un asegurador que no ejerce ni dirige sus actividades en el Estado de residencia habitual de dicho consumidor. Todo parece indicar que esta diferencia no se puede justificar por razones prácticas, sino que ha venido dada por la inercia en adoptar la solución prevista en el Convenio de Roma. En ese contexto, parece ser que cuando se elaboró el Convenio de Roma algunas delegaciones no consideraron necesaria la mención a categorías específicas del contrato de seguro porque creían que se podía brindar protección específica al tomador de seguros a través de las normas de policía¹⁷.

16. En lo referente al método utilizado para proporcionar protección en el plano conflictual, en el art. 7.3º se recurre a una limitación de la autonomía conflictual mediante una lista de ordenamientos elegibles. Se trata en todos los casos de ordenamientos cuya elección le va a interesar especialmente al tomador al estar relacionados con el contrato. Se concede pues autonomía conflictual al tomador pero se le protege de la elección de ordenamientos que sirvan exclusivamente a los intereses del asegurador. Si el tomador es un consumidor, se le intenta proteger de forma más intensa en el supuesto de un seguro de varios riesgos, limitando la posibilidad de una elección del derecho para evitar un *dépeçage* al Derecho del Estado de la residencia habitual. Se trata de una medida innecesaria, ya que la elección del Derecho de uno de los Estados de situación del riesgo no puede considerarse “peligrosa” para el consumidor, que pudiera haberla efectuado si solamente hubiese asegurado un único riesgo. En ausencia de elección del Derecho, se aplica el derecho del Estado miembro de situación del

¹⁷ W.-H. Roth, “Internationales Versicherungsvertragsrecht in der Europäischen Union – Ein Vorschlag zu seiner Neuordnung”, *loc. cit.*, p. 647.

riesgo, que normalmente coincidirá con el derecho de la residencia habitual del tomador. Sin embargo, este no tiene por qué ser el caso en el seguro de vehículos, en el de bienes inmuebles o el seguro de viajes de corta duración¹⁸. La razón de que el Derecho aplicable en defecto de elección no sea el de la residencia habitual de la parte débil se explica porque en estos casos es muy probable que un asegurador del Estado de residencia habitual del tomador no esté dispuesto a asegurar un riesgo situado en otro Estado miembro y que el asegurador con sede en el Estado miembro de situación del riesgo tampoco esté dispuesto a prestar cobertura bajo la aplicación de un derecho extranjero, que no es el que acostumbra a utilizar en sus contratos. Como en estos casos el asegurador extranjero probablemente conseguiría forzar la elección de su propio Derecho, no tiene sentido ordenar como regla general la aplicación del Derecho de la residencia habitual del tomador.

17. Si el riesgo está situado fuera de un Estado miembro, solamente se protege al tomador que sea consumidor, de acuerdo con el art. 6. De recaer dentro del ámbito de aplicación de este artículo, el tomador del seguro puede elegir cualquier ley para gobernar su contrato, pero la elección no puede tener como consecuencia la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas del Derecho de su Estado de residencia habitual. Esta solución se puede considerar poco apropiada para los contratos de seguro, que al ser productos jurídicos están configurados en gran medida por la legislación del Estado en que se desarrollan. En este contexto, lo más probable es que para evitar un *law mix* se aplique el Derecho del Estado de residencia habitual del tomador, eso suponiendo que el asegurador con sede en otro Estado esté dispuesto a prestarle cobertura. Sin embargo, a diferencia del art. 7.3º, el art. 6 permite la elección de cualquier ordenamiento si el asegurador no ejerce o dirige sus actividades el Estado de residencia habitual del consumidor

III. Los contratos de seguro en el Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al Derecho internacional privado

1. Contexto y objetivos específicos del Proyecto de Ley Modelo OHADAC

18. Una situación muy distinta es la que se han encontrado los redactores del Proyecto de Ley Modelo (PLM), ya que en la zona OHADAC no existe un grado de integración jurídica comparable al de la UE. A pesar de la existencia de numerosos tratados y organizaciones internacionales en la zona, no se han armonizado ni el Derecho contractual, ni el derecho de la supervisión ni, por supuesto,

¹⁸ Cf. art. 13 nº13 de la Directiva Solvencia II.

el Derecho internacional privado. Por otro lado, los 29 Estados que pertenecen a esta zona tienen tradiciones jurídicas variadas: muchos de ellos se sitúan en la órbita del Derecho continental, ya sea de tradición francesa, española o neerlandesa, mientras que otros se encuentran bajo el influjo, más o menos intenso, del *common law*. Esto se plasma también en las normas de Derecho internacional privado: mientras que algunos Estados continúan recogiendo todas o la mayoría de sus normas de conflicto en sus códigos civiles, siguiendo un modelo de corte estatutario¹⁹, otros Estados han dictado recientemente leyes de Derecho internacional privado que recogen tendencias más modernas o cuentan con proyectos de carácter académico que podrían ser asumidos por el legislador nacional en un futuro²⁰.

19. La armonización del Derecho internacional privado en esta zona serviría sin duda para agilizar y potenciar el tráfico jurídico transfronterizo, generando un clima de confianza para la contratación con extranjeros²¹. Se trataría de una medida especialmente útil teniendo en cuenta la presente diversidad de derechos materiales en los territorios OHADAC y el papel que el turismo juega en su territorio. Sin embargo, para conseguir estos objetivos hacen falta normas que no se queden en el limbo de lo académico por su elevada abstracción ni pongan en riesgo la seguridad jurídica por su elevada simplicidad. Precisamente en la zona OHADAC, la experiencia demuestra que un texto legislativo no tendrá éxito si no acaba de satisfacer a los intereses de los Estados o de las partes interesadas. Prueba de ello son la Convención de México de 1994, solamente ratificada por México y Venezuela, o el Código Bustamante, ratificado en muchos casos con importantes reservas y con escasa relevancia en la práctica. Además, la unificación realizada mediante tratados resulta en soluciones demasiado rígidas y pone al operador jurídico ante la tarea de averiguar, en cada caso, cuáles son los Estados parte y, en su caso, cuáles han sido las reservas manifestadas.

20. Teniendo esto en cuenta, debe considerarse un acierto que el texto elaborado por la OHADAC haya adoptado la forma de Ley Modelo. No se trata de “imponer desde arriba”, sino que se realiza una “oferta” a los legisladores estatales, que son libres para adoptarla de inmediato o paulatinamente, en todo o en parte, de forma unitaria o en distintos actos legislativos. Aún así, remarcamos los

¹⁹ Cf. J.C. Fernández Rozas (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe, Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado de 2014*, Madrid, Iprolex, p. 320.

²⁰ Este es el caso de México, Puerto Rico o Colombia.

²¹ J.C. Fernández Rozas (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 289.

autores que una recepción parcial significaría solo un avance a medias y una adopción fragmentada podría dar lugar a interpretaciones divergentes si se acabase colocando las normas de DIPr bajo el marco del Derecho material interno²². El PLM tiene como objetivos la transparencia, la modernidad y la apertura internacional²³. Para lograrlas se adoptan “normas de conflicto multilaterales funcionalizadas”, que persiguen la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el supuesto o la materialmente más adecuada o la ley que las partes consideren que mejor refleja y puede tutelar sus intereses²⁴.

2. Los contratos transfronterizos de seguro en el entorno latinoamericano

A) Obstáculos del Derecho de la supervisión a la contratación internacional

21. Pese al elevado grado de integración jurídica alcanzado en el seno de la Unión Europea, una armonización general de las normas sobre el contrato de seguro no ha sido posible hasta ahora. Así pues, al igual que ocurre en la zona OHADAC, los intervinientes en el tráfico jurídico transfronterizo deben contar con que la intensidad de la protección de la parte débil varía en cada Estado. Sin embargo, el punto de partida es totalmente distinto por lo que respecta al derecho de la supervisión. En la Unión Europea, la libre prestación de servicios establecida en el derecho originario ha requerido del derecho de los Estados miembros la supresión del requisito de la sucursal para el ejercicio de la actividad aseguradora en otro Estado miembro²⁵. Ello permite a los aseguradores que cuentan con autorización para el ejercicio de la actividad aseguradora en un Estado miembro ofrecer sus pólizas y por tanto concluir contratos transfronterizos con tomadores residentes en cualquier otro Estado miembro. Dado que el Derecho de la supervisión ha sido objeto de armonización, el tomador puede con que el grado de solvencia de los aseguradores de los distintos Estados miembros va a ser similar. Cuestión distinta es si el asegurador estará dispuesto a contratar con un tomador residente en otro Estado miembro, lo que dependerá, al menos en parte, del Derecho aplicable al contrato.

22. En el territorio OHADAC, por el contrario, el marco regulatorio recuerda aún al existente en Europa antes de la progresiva implantación del mercado interior de seguros. La mayoría de Estados requiere que los aseguradores extranjeros constituyan una sucursal si quieren ejercer la actividad aseguradora dentro del

²² *Ibid.*, pp. 285 ss.

²³ *Ibid.*, p. 375.

²⁴ *Ibid.*, p. 377.

²⁵ STJUE as. C-205/84: *Comisión / Alemania*, Rec. 1986, p. 3755, n. 52.

territorio nacional²⁶, requisito que viene acompañado en ocasiones de una prohibición de contratar con empresas aseguradoras extranjeras, que puede ser total²⁷ o puede limitarse a supuestos en los que el riesgo, el tomador o el asegurado están vinculados con el Estado en cuestión. Por ejemplo, el art. 21 de la Ley mexicana de instituciones de seguros y de fianzas²⁸ no permite entre otras, la contratación en seguros de personas, cuando el contratante del seguro sea una persona física, si éste se encuentra en territorio nacional al celebrarse el contrato. En seguros de cascos, de naves o aeronaves y de cualquier clase de vehículos, contra riesgos propios del ramo marítimo y transportes, la prohibición rige cuando dichas naves, aeronaves o vehículos sean de matrícula mexicana o propiedad de personas domiciliadas en la República. También rige esta prohibición con respecto a los seguros de crédito, seguros de caución, seguros de crédito a la vivienda y seguros de garantía financiera, cuando el asegurado esté sujeto a la legislación mexicana. Sin embargo, existe una excepción para los seguros de garantía financiera cuando los valores, títulos de crédito o documentos emitidos que sean materia del seguro, sean objeto de oferta exclusivamente en mercados del exterior. De acuerdo con el Derecho mexicano, excepciones a la prohibición de contratar con aseguradoras extranjeras solamente son posibles si se celebran contratos de seguros en territorio nacional amparando riesgos que sólo puedan ocurrir en los países extranjeros en donde estas aseguradoras estén autorizadas para prestar servicios de seguros o si el tomador comprueba que ninguna aseguradora autorizada puede o estima conveniente realizar determinada operación de seguro propuesta²⁹. En algunos casos, la contratación con entidad aseguradora

²⁶ Cf. art. 7 b) Ley Reguladora del Mercado de Seguros de Costa Rica, incluye reforma integral a la Ley No. 12 de 30 octubre 1924, *Gaceta*, 7.8.2008; art. 20 Ley General de seguros, reaseguros y fianzas, Ley No. 733, aprobada el 15 julio 2010, publicada en las *Gacetas* Nos. 162, 163 y 164 de 25, 26 y 27 agosto 2010; arts. 21 y 22 del Decreto hondureño 22-2001; art. 6 Decreto No. 25-2010, Ley de la actividad aseguradora de Guatemala; art. 40.3º Ley panameña 12 de 3 abril 2012 que regula la actividad de seguros y dicta otras disposiciones; art. 13 Ley no. 146-02, sobre seguros y fianzas de la República Dominicana. Cf. también art. 111 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (LAA) de Venezuela, de fecha 30 diciembre 2015. Una excepción al requisito de la sucursal se encuentra sin embargo en el derecho de Puerto Rico, según el cual se podrá denegar, suspender o revocar la autoridad para hacer negocios de seguros en Puerto Rico a todo asegurador extranjero organizado en cualquier país o jurisdicción, cuyas leyes o administración de las mismas se juzguen inadecuadas con respecto a los requisitos de capital, intervención o fiscalización pública aplicables a sus aseguradores domésticos para protección de los tenedores de pólizas y acreedores de tales aseguradores, cf. art. 3.032 Ley No. 77 de 19 junio 1957, Código de Seguros de Puerto Rico.

²⁷ Cf. art. 39 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia.

²⁸ Diario Oficial de la Federación el 4 abril 2013, última reforma publicada DOF 10-01-2014.

²⁹ Parecido contenido tienen la prohibición existente en el Derecho colombiano (cf. art. 188 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y la prohibición existente en el Derecho cubano (cf. art. 36 Decreto-Ley No. 177 sobre el ordenamiento del seguro y sus entidades. Cf. también art. 39 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (LAA) de Venezuela, de fecha 30 diciembre 2015.

extranjera no autorizada es sancionada con la nulidad. Así lo prevén el art. 24 de la Ley mexicana y el art. 175 de la Ley nicaragüense, de tenor casi idéntico, según las cuales el tomador o asegurado podrán pedir el reintegro de las primas pagadas, e independientemente de las responsabilidades en que incurra la persona o entidad de que se trate, frente al contratante, asegurado o beneficiario o sus causahabientes, de buena fe y de las sanciones penales o administrativas a que se haga acreedora dicha persona o entidad en los términos de esta Ley. Estas prohibiciones deben considerarse como normas de policía.

23. Del marco normativo que se acaba de exponer resulta que, con independencia del carácter más o menos liberal que se dé a las normas destinadas a la determinación del derecho aplicable al contrato de seguro, el volumen de contratación transfronterizo en la zona OHADAC ha de ser necesariamente limitado, ya que abarcará solamente supuestos que no presenten una vinculación estrecha con la *lex fori* y a veces su legalidad dependerá de una autorización especial. Además, cabe esperar que la mayoría de seguros transfronterizos concluidos lo sean con tomadores que no están necesitados de protección. En este contexto, la oferta de cobertura aseguradora procedente del extranjero se articula, en la práctica, por otras vías: las compañías aseguradoras y reaseguradoras especializadas en el aseguramiento de riesgos situados en varios Estados actúan en los llamados “*non-admitted countries*” sirviéndose del *fronting* o también de la controvertida financiación del interés económico³⁰, que en lugar de asegurar, por ejemplo, los daños sufridos o causados por la sucursal de una sociedad en el Estado en el que se producen, asegura el interés económico de la sociedad matriz que se ve afectado por los mismos.

B) Determinación del Derecho aplicable a los contratos de seguro en algunos Estados latinoamericanos

24. Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, no sorprende que en los países de la zona OHADAC el Derecho internacional privado del contrato de seguro no haya tenido un desarrollo comparable al del Derecho de la Unión Europea. No contienen referencia expresa a los seguros el Código civil cubano (art. 17), el Código de comercio colombiano (art. 869), la Convención de México de 1994 (arts. 7 ss), la Ley de DIPr de Venezuela (arts. 29 a 31) y, ya fuera del espacio OHADAC, el Código civil argentino (arts. 2651–2655).

25. Sin embargo, ya el Código Bustamante establecía que el contrato de seguro contra incendios se rige por la ley del lugar donde radique, al efectuarlo, la

³⁰ Cf. al respecto R. Koch, “Kollisions- und versicherungsvertragsrechtliche Probleme bei internationalen D&O-Haftungsfällen”, *VersR*, 2009, pp. 141–149.

cosa asegurada (art. 261) y en los demás casos se ordenaba la aplicación de la ley personal común o la de la *lex loci contractus*. Se trata de una solución inadecuada al no conceder espacio alguno a la autonomía conflictual ni tener en cuenta la eventual necesidad de proteger en el plano conflictual a la parte débil del contrato. Desde luego, esto último no debe causar extrañeza, ya estas consideraciones no son propias de las normas de conflicto de la época³¹. También la Ley de Derecho internacional privado de Panamá contiene en su art. 85 una norma bastante llamativa (por lo reiterativa) sobre los contratos de seguro, ya que empieza estableciendo que la ley de la sede social de la compañía de seguro se aplica salvo pacto en contrario y luego repite que los seguros adquiridos en el extranjero se rigen por la ley de la sede social, pero que los nacionales y domiciliados podrán incoar su reclamación ante los tribunales de su domicilio o ante los tribunales de la sede de la compañía de seguro a opción del demandante. Por último, la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana³², que apareció poco antes que el PLM y que comparte gran parte de su contenido, establece en su art. 64 que serán aplicables a los contratos de seguros las reglas contenidas en los arts. 62 (contratos de trabajo) y 63 (contratos de consumo). Ante la incertidumbre sobre cuál ha sido el motivo de la remisión a los contratos de trabajo, cabe plantearse la hipótesis de que el legislador dominicano haya incurrido en un error al adaptar el contenido del art. 48 PLM, que simplemente habla de los “anteriores apartados”.

26. Mayor desarrollo normativo se aprecia en algunos proyectos legislativos, como el art. 37 del Borrador del Libro de Derecho internacional privado de Puerto Rico. Se trata de una norma introducida obedeciendo al interés del Estado en proteger al asegurado, reconocido por el Tribunal Supremo de aquel país. De acuerdo con este artículo, a menos que el asegurado solicite la aplicación de otra ley, el juez aplicará la ley de Puerto Rico en dos supuestos distintos: a) contratos de seguro de vida, de salud o de incapacidad si la póliza o su renovación se entregó o se emitió para entregarse en Puerto Rico o si el asegurado estaba domiciliado allí en el momento de la emisión o de la renovación; b) todos los demás contratos de seguro, salvo los de seguro marítimo oceánico y de comercio extranjero, si el asegurador, en el momento en que se emitió la póliza o se renovó, sabía o debía saber que el riesgo asegurado estaría principalmente en Puerto Rico. Resulta interesante que esta norma permita al asegurado que así lo solicite al juez evitar la aplicación del art. 37 y permitir la aplicación del régimen gene-

³¹ Cf. sobre esta cuestión en Alemania J. Kropholler, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *RabelsZ*, 42, 1978, pp. 634–661.

³² Ley 544–14 de 15 octubre 2014.

ral³³. Por último, en el art. 50 del Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho internacional privado de 2008 se suprime la autonomía conflictual para los contratos de seguro y se afirma que los contratos de seguros terrestres se rigen por la ley del Estado en donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración, mientras que los contratos de seguros sobre vida y los contratos de seguros marítimos y aéreos se rigen por la ley del Estado en el cual está domiciliada la compañía aseguradora o sus sucursales o agencias que hayan celebrado el contrato.

3. Los contratos de seguro en el Proyecto de Ley Modelo

27. A pesar de las restricciones que el derecho de la supervisión impone y que suponen un freno importante a la conclusión de contratos de seguro transfronterizos, los Estados del territorio OHADAC harían bien en armonizar su Derecho internacional privado también por lo que respecta a los contratos de seguro, lo que en cualquier caso repercutiría en un aumento de la seguridad jurídica y dejaría sentadas las bases para el tratamiento de un mayor número de contratos transfronterizos si en un futuro hipotético se eliminase el requisito de la sucursal. Por ahora, debería considerarse especialmente el tratamiento de la llamada “*Korrespondenzversicherung*” o “*home foreign insurance*”, que es la que se concluye con un asegurador extranjero que no ejerce (ni dirige) la actividad aseguradora en el Estado de situación del riesgo. El PLM OHADAC brinda una solución basada en la Convención de México y en el Reglamento Roma I, cuyo contenido procede ahora analizar.

28. En el PLM OHADAC, el contrato de seguro no cuenta con una regulación específica. Solamente se refiere a los seguros el art. 48.4º, según el cual “las reglas contenidas en los apartados anteriores serán aplicables a los contratos de seguros”. Esta breve referencia permite dos posibles interpretaciones.

La primera interpretación consistiría en entender que todos los contratos de seguro se regirán por el art. 48. Habrían considerado entonces los redactores del PLM que todo tomador de seguro debe considerarse siempre parte débil con independencia del tipo de riesgo cubierto por el seguro o de si el tomador es o no consumidor, de manera que solamente quedaría sometido al régimen general si contratase con un asegurador que no dirija por ningún medio su actividad a su país de residencia. A primera vista, este resultado parece estar en la línea del alcanzado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en la sentencia *Maryland*

³³ Estado libre asociado de Puerto Rico, Asamblea legislativa, Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico. Borrador para discusión. Memorial explicativo del Libro Séptimo. Derecho internacional privado, 2002, p. 139.

*Casualty Co v. San Juan Racing Association Inc*³⁴, que afirmó la aplicación del Derecho puertorriqueño a un contrato de seguro celebrado entre un asegurador estadounidense y una compañía puertorriqueña³⁵. De esta sentencia se destaca que para justificar su decisión el Tribunal descarta expresamente la aplicación de “teorías conceptualistas del lugar de contratación” y en su lugar, después de hacerse eco de la doctrina española sobre la determinación del derecho aplicable en contratos de adhesión, aplica el Derecho del Estado “que tiene más contacto, relación más estrecha con el contrato” lo que se justifica “por el enorme interés que tiene este en proteger los intereses de sus ciudadanos”³⁶. El Tribunal apreció que este interés estatal era particularmente relevante en el contrato de seguro, en el cual el asegurado generalmente tiene que aceptar lo que propone la compañía aseguradora³⁷. Debería entenderse entonces que este interés estatal no existe cuando el contrato de seguro no es un contrato de adhesión. Tampoco parece que el legislador puertorriqueño sea partidario de proteger de modo uniforme a todos los tomadores, ya que, como se ha visto, el art. 37 del Borrador del Libro de Derecho internacional privado excluye de su ámbito de aplicación al seguro marítimo oceánico y al de comercio extranjero, seguramente al considerar que el tomador requiere especial protección en estos supuestos. Con respecto a los tipos de seguro cubiertos por el art. 37, la aplicación del derecho puertorriqueño se limita a supuestos que presentan vínculo con Puerto Rico (ya sea por estar allí situado el riesgo o por tener allí la residencia habitual el asegurado) y además el asegurado (que no el tomador) puede pedir que se le aplique el régimen conflictual general.

29. Más plausible que la primera interpretación, que limitaría sin necesidad la autonomía conflictual de los tomadores en contratos sobre grandes riesgos cuando contraten con aseguradores que dirigen sus actividades a su Estado de residencia habitual, sería la que entiende que el art. 48 solamente se aplica a tomadores que sean al mismo tiempo consumidores. Con ello el régimen conflictual del contrato de seguro se acercaría al previsto en el Reglamento Roma I para los

³⁴ 8 D.P.R. 559 (1961).

³⁵ Se trata de una compañía actualmente disuelta que había sido propietaria de el único hipódromo de Puerto Rico y cuyos activos ascendían en 1961 a 5.325.257,53 \$ (<https://prcorpiling.f1hst.com/CorrespondenceHandler.ashx?WGUID=1482d636-b3b1-4262-ae37-0e03168df0ed&SEQ=4316120&IE=0>, accedido el 8-4-2016).

³⁶ Según S. Symeonides, esta fue la tercera sentencia en el ámbito norteamericano en la que se abandonó la *lex loci contractus* por influencia de la revolución conflictual americana capitaneada por Currie, cf. S. Symeonides, “The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning”, *University of Illinois L. Rev.* 5, 2015, p. 1876.

³⁷ Estado libre asociado de Puerto Rico, Asamblea legislativa, Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico. Borrador para discusión. Memorial explicativo del Libro Séptimo. Derecho internacional privado, 2002, p. 12.

contratos sobre riesgos en masa no situados dentro de una Estado miembro. De aplicarse a los contratos de seguro, sería posible trasladar al art. 46 PLM la interpretación que la doctrina ha venido realizando del art. 4 RRI, que al fin y al cabo ha venido a sustituir a la Convención de México de 1994 como fuente de inspiración del art. 46 PLM. En el contexto europeo, la opinión mayoritaria se muestra partidaria de subsumir al contrato de seguro en el concepto de “contrato de prestación de servicios” y de aplicar por tanto el derecho del Estado de residencia habitual del asegurador en defecto de elección del Derecho³⁸. Otros autores consideran que el contrato de seguro no puede considerarse “contrato de prestación de servicios” y abogan por la aplicación del derecho del Estado de la residencia habitual de quien realice la prestación característica. De considerar que el asegurador es quien lleva a cabo la prestación no dineraria y por tanto característica³⁹, la aplicación del art. 46.2º PLM o del art. 4.2º RR I conducirían también a la aplicación del Derecho de la residencia habitual del asegurador. Ahora bien, si la primera interpretación posible del art. 48 protegía sin necesidad al tomador en contratos de grandes riesgos, la limitación del ámbito de aplicación de dicho artículo a los seguros de consumidores tiene como consecuencia la desprotección de aquellos tomadores que han contratado un riesgo en masa sin ser consumidores.

30. En conclusión, y desde un prisma europeo, la solución propuesta en el art. 48 PLM parece poco satisfactoria: si se considera que el art. 48 abarca todos los contratos de seguro, se está protegiendo sin necesidad a los tomadores que cuentan con suficientes medios o conocimientos especializados como para asumir las consecuencias de una elección del Derecho. Si sin embargo se adopta la segunda interpretación propuesta, los pequeños empresarios que están a la merced del asegurador no cuentan con ningún instrumento de protección en el plano conflictual. Aunque como se ha indicado debería revisarse en algunos puntos, la distinción entre riesgos en masa y grandes riesgos arroja resultados más precisos a la hora de determinar qué tomadores pueden considerarse parte débil. No obstante, no parece que un texto normativo concebido como *soft law* sea el mejor sitio para introducir esta distinción puesto que, en primer lugar, no estaría garantizado que se introdujese de forma uniforme, y, en segundo lugar, tal vez sería necesi-

³⁸ Cf., entre otros, S. Leible y M. Lehmann, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schulverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom I’)”, *RIW*, 2008, p. 359.

³⁹ Esto se discutió en Alemania antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I. Los partidarios de la llamada “*Geldleistungstheorie*” consideraban que en el contrato de seguro ambas partes realizaban una prestación dineraria y que por tanto no se podía determinar la prestación característica. Frente a ello se afirmó con razón que la existencia de dos prestaciones dinerarias no tenía por qué traducirse en la imposibilidad de determinar la prestación característica (cf. W.-H. Roth, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1985, p. 318). También se afirmó en el Libro Verde que precedió al Reglamento Roma I que el contrato de seguro presenta sus vínculos más estrechos con el Derecho del asegurador al realizar esta la prestación característica, cf. COM (2002), 654 final, p. 25.

rio un debate multilateral para determinar si pueden adoptarse los mismos criterios que rigen en el Derecho de la UE⁴⁰. De todos modos, se ha planteado también dentro de la Unión Europea la posibilidad de abandonar este criterio y proteger solamente a aquellos tomadores que actúen como consumidores. De este modo perdería también relevancia la determinación del lugar de situación del riesgo, cuya hipotética introducción en el ámbito caribeño con normas de *soft law* tampoco resultaría adecuada.

IV. El Proyecto de Ley Modelo OHADAC relativa al Derecho internacional privado como modelo para el legislador de la UE

1. El respeto a las libertades fundamentales como factor condicionante para la adopción de la solución contenida en el Proyecto

31. A la vista de lo expuesto, se acerca el momento de responder a la cuestión planteada al inicio de la contribución. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que un posible “trasplante” requerirá previamente un control de la compatibilidad de la solución propuesta con el derecho originario. Conviene recordar aquí que difícilmente se podrá afirmar que una norma de conflicto aisladamente supone la limitación de una libertad fundamental, puesto que una limitación se produce siempre en el caso concreto, como consecuencia de la aplicación de la norma de conflicto y del Derecho material por ella llamado⁴¹. Además, los Estados no se pusieron de acuerdo sobre dónde debía protegerse al tomador con normas imperativas. Ello no exime al legislador europeo de un control abstracto de la conformidad de las normas de conflicto con el derecho originario. Empezando por el art. 48, parece que su asunción por el legislador comunitario no presentaría problemas. La norma reproduce en lo esencial el art. 6 RR I, cuya conformidad con la libre prestación de servicios ya ha sido confirmada en otras ocasiones. Ningún problema supone la aplicación del derecho de la residencia habitual del consumidor, puesto que tiene lugar solo en defecto de elección del Derecho. Sin embargo, la aplicación de la comparación de leyes prevista en el art. 48.2º a imagen del art. 6.2º RR I a los contratos de seguro comporta, la mayoría de las veces, la imposibilidad de someter el contrato de seguro completamente al Derecho del Estado de la residencia habitual del asegurador y con ello del Estado de origen. Esto impide que se puedan crear comunidades de riesgo cuando los tomadores tienen su residencia habitual en distintos Estados. Este resultado se puede justificar con el objetivo de la protección del consumidor, expresamente reconocido en

⁴⁰ En el art. 1:103 PEICL sí se diferencia entre riesgos en masa y grandes riesgos, pero se trata de un texto normativo generado dentro de la UE y no introduce categoría nuevas.

⁴¹ S. Leible, *Wege zu einem Europäischen Vertragsrecht*, Bayreuth, 2001, p. 173.

el art. 169 TFUE. Se trata de una medida adecuada para lograr este objetivo, ya que evita la aplicación de preceptos del Derecho elegido que no sean favorables al consumidor y por tanto le protege también en el plano material. Ello supone, sin embargo, que el asegurador no dirija sus actividades al Estado de residencia habitual del tomador y que el contrato no se halle comprendido en el marco de tal actividad. El TJUE se ha manifestado repetidamente sobre el significado de este requisito en el art. 6.2º RR I y en el art. 17.1º c) RB I. Resulta interesante, en este contexto, llamar la atención sobre la sentencia *Emrek*, en la cual se consideró que el antiguo art. 15.1º.c) RBI podía aplicarse aún cuando no mediase relación de causalidad entre la conclusión del contrato con el consumidor y la dirección de actividades a su Estado de residencia habitual⁴². Por un lado, debe ponerse de relieve que a pesar de la necesidad de garantizar una interpretación uniforme de los Reglamentos comunitarios dictados en base al art. 81 TFUE, los diferentes intereses perseguidos por el art. 6.2º RR I y el art. 17.1º.c) RB I podrían conducir a interpretaciones legítimamente divergentes⁴³. Por otro lado –y esto es lo que interesa aquí– debe dudarse de la posibilidad de justificar una limitación de la autonomía conflictual en este supuesto en base a que el consumidor esté necesitado de protección. De este modo, debería llegarse a la conclusión de que una interpretación del art. 6.2º RRI / art. 48.2º PLM requiere el mantenimiento del requisito de la causalidad. Por lo que respecta al art. 46 PLM no existirían dudas respecto de su conformidad con el Derecho originario, puesto que dicha norma opera solamente en defecto de elección del Derecho.

2. ¿Es verdaderamente necesario el art. 7 del Reglamento Roma I?

A) Superación de la incoherencia en relación con los seguros sobre riesgos en masa

32. Ya al principio de esta contribución se han apuntado los motivos por los cuales debería eliminarse la pluralidad de regímenes para determinar el Derecho aplicable a los contratos de seguro sobre riesgos en masa que actualmente conviven en el Reglamento Roma I. Su existencia no solamente es innecesaria desde el punto de vista del ámbito de aplicación de la libertad de prestación de servicios, sino que la incoherencia resultante resulta, por sí misma, incompatible con el Derecho originario⁴⁴. Así pues, la revisión pendiente del Reglamento Roma I

⁴² STJUE, as. C-218/12: *Lokman Emrek y Vlado Sabranovic*, ap. 32.

⁴³ M. Klöpfer y C. Wendelstein, “Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtssache C-218/12 – L. Emrek y V. Sabramovic”, *JZ*, 6 2014, p. 300; F. Wilke, “Verbraucherschutz im internationalen Zuständigkeitsrecht der EU – Status quo und Zukunftsprobleme”, *EuZW*, 2015, p. 19.

⁴⁴ W.-H. Roth, “Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht”, *VersR*, 1993, p. 137.

debe plantearse como meta principal el tratamiento unitario de todos los contratos de seguro sobre riesgos en masa con independencia del lugar de situación del riesgo. Sin embargo, la primera cuestión que deberá plantearse el legislador de la UE es si realmente es necesario mantener un tratamiento específico para los contratos de seguro. El contenido del PLM hablaría en contra de ello, aunque de todos modos ya se ha visto que el actual contexto regulatorio del mercado de seguros caribeño permite esperar un número menor de contratos transfronterizos en este ámbito geográfico y que el PLM resulta poco adecuado para introducir la diferenciación entre grandes riesgos y riesgos en masa. En el ámbito de la Unión Europea, no obstante, el mantenimiento de una regulación específica para los contratos de seguro se apoya en varias razones.

B) Contratos de seguro con parte débil

a) Determinación de los tomadores necesitados de protección

33. En primer lugar, la distinción entre riesgos en masa y grandes riesgos permite determinar con mayor precisión cuándo es necesario proteger al tomador del seguro, ya sea por parte del Derecho material o por parte del derecho conflictual. Esta distinción lleva ya bastantes años formando parte de los ordenamientos de los Estados miembros y conduce a resultados previsibles, ya que el tipo de riesgo se determina en el momento de la conclusión del contrato⁴⁵. De *lege ferenda*, sin embargo, se tendría que reformar el art. 13, n° 13 de la Directiva Solvencia II para evitar que el seguro de las embarcaciones de recreo realizado por un consumidor pueda considerarse seguro de grandes riesgos. Al mismo tiempo, también se podría introducir como seguro de grandes riesgos la llamada póliza flotante siempre y cuando no se contrate por un consumidor⁴⁶. La distinción entre riesgos en masa y grandes riesgos se introdujo al considerar la complejidad inherente al contrato de seguro, que normalmente es de adhesión y cuyo contenido el tomador normalmente no llega a comprender completamente en el momento de la conclusión del contrato. Desde luego existen otros tipos de contratos sobre productos financieros que pueden ser tan o más complicados que un contrato de seguro y no por eso se protegen a pequeños empresarios⁴⁷, pero tendría poco sentido renunciar a una distinción que funciona porque sea específica a un tipo de contratos. Además, debe recordarse que no todos los productos financieros se han sometido

⁴⁵ C. Armbrüster, Art. 7 Rom I-VO en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 2011, Rn. 6.

⁴⁶ Cf. § 210 VVG.

⁴⁷ A. Staudinger, Stellungnahmen zum “Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung” (KOM [2002] 654 endg.) hervorgegangen aus der Expertentagung “Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht” am 27./28. Juni 2003, p. 31.

al art. 6 RR I. Lo que desde luego se echa en falta en la regulación actual es un tratamiento especial del tomador activo, es decir, el que se desplaza a la sede de un asegurador que no ejerce ni dirige sus actividades al Estado de la residencia habitual. De hecho, este punto también es problemático desde el punto de vista de la libre prestación de servicios al no estar el tomador activo necesitado de protección. Una eventual limitación de la misma podría prevenirse en el plano conflictual, permitiendo la libre elección del Derecho en este supuesto.

b) Modo en el que deben protegerse

34. Una vez delimitados los sujetos dignos de protección, debe determinarse si el modo más adecuado para protegerlos en el plano conflictual es la comparación de ordenamientos (art. 6.2º RR I, art. 48.2º PLM) o la limitación de los ordenamientos elegibles (art. 7.3º RR I)⁴⁸. En general, la solución prevista en el art. 6.2º RR I no solamente ha cosechado opiniones favorables. De hecho, en el pasado se le ha reprochado que, más que proteger al consumidor, lo acaba privilegiando⁴⁹ y que conduce a resultados poco previsibles⁵⁰. En contra del recurso a la comparación de ordenamientos en el ámbito de los contratos de seguro habla además, como ya se ha adelantado, el carácter de producto jurídico del contrato de seguro. Al definirse la prestación a realizar por el asegurador en gran medida a través del Derecho aplicable al contrato, la posible aplicación puntual de normas imperativas del Estado de residencia del consumidor tiene como consecuencia la “adulteración” del producto ofrecido por el asegurador. Como el Derecho aplicable influye en la probabilidad del nacimiento de la obligación de indemnizar, la creación de grupos de riesgo presupone que el marco legal de los contratos que los conforma sea uniforme. Como consecuencia, de aplicarse una solución como la contenida en el art. 6.2º RR I / art. 48.2º PLM el asegurador solamente estará dispuesto a elegir la ley del Estado de residencia habitual del consumidor, y ello solamente si está ofreciendo ya regularmente pólizas de seguro en el Estado de residencia habitual del tomador de acuerdo con el Derecho de este último⁵¹. Como resultado, en la

⁴⁸ La total eliminación de la autonomía conflictual a favor del derecho del Estado de residencia habitual del tomador o del lugar de situación del riesgo debe descartarse. Si el riesgo no estuviera situado en el Estado de la residencia habitual, el tomador podría quedarse sin cobertura de aplicarse el Derecho de su Estado de residencia habitual. Pero si se aplicase el derecho del Estado de situación del riesgo que tendría como consecuencia que el asegurador de otro Estado miembro (v.gr., el del Estado de la residencia habitual del tomador) no podría ofrecer en ese Estado productos desarrollados conforme a su Derecho.

⁴⁹ S. Leible, “Rechtswahlfreiheit und kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz”, *JbJZRWiss*, 1995, p. 258; E. Navarro Contreras, *El nuevo régimen de los contratos de seguro en el comercio internacional*, Granada, Comares, 2000, p. 301.

⁵⁰ P. Gruber, *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1999, p. 285.

⁵¹ Parecido D. Looschelders, “Der Schutz von Verbrauchern und Versicherungsnehmern im internationalen Privatrecht”, en M. Wandt, P. Reiff, D. Looschelders y W. Bayer (eds.), *Kontinuität und Wan-*

práctica no habría elecciones de derecho, puesto que de asumir el modelo del art. 6 RR I el Derecho de la residencia habitual del tomador sería el que se aplicaría en defecto de elección⁵². De todos modos, suponiendo que se introdujese esta solución en una futura revisión del Reglamento Roma I, debería determinarse si el derecho que se utiliza para realizar la comparación es el derecho de la residencia habitual del tomador o el Derecho del Estado de situación del riesgo, que es el que actualmente se aplica en defecto de elección. De optarse por esto último, nada obstaría a la aplicación de disposiciones más favorables del Estado de la residencia habitual del tomador.

35. A la vista de los argumentos expuestos, parece que en un futuro el legislador haría bien manteniendo con matices la solución prevista actualmente en el art. 7.3º RR I. Con este artículo se persigue proteger al tomador de un seguro en masa a través de la introducción de posibilidades de elección que obedecen a intereses conflictuales de ambas partes, evitando que el asegurador fuerce la elección de un derecho que exclusivamente le beneficia a él. Por ejemplo, la posibilidad de elegir el Derecho del lugar de situación del riesgo en defecto del derecho del Estado de residencia habitual del tomador se explica porque de otro modo el tomador se podría encontrar sin un asegurador dispuesto a asegurar el riesgo. La elección del lugar en el que exclusivamente tenga lugar el siniestro, por su parte, se justifica por el interés de las partes en que se aplique al contrato de seguro el mismo Derecho que se aplica al litigio sobre la responsabilidad civil. Por lo que respecta al seguro de vida y al seguro que cubre riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se sitúa el riesgo, no parece que deba protegerse al tomador de la elección del Derecho de la nacionalidad o del Derecho del Estado en el que se produce el siniestro. Este método de protección del tomador respeta la unidad del contrato de seguro como producto jurídico y es en la práctica más efectiva puesto que permite, por ejemplo, que un asegurador del Estado situación del inmueble esté dispuesto a contratar con un tomador que reside en un Estado distinto, al poder aplicar el ordenamiento elegido en su integridad. Por estas razones, debe continuar abogándose por el mantenimiento de la lista de posibles elecciones de Derecho en el futuro art. 7 RR I. La existencia de determinadas posibilidades de elección del Derecho unida a la introducción de una norma que concediese autonomía conflictual plena al asegurador activo tendría como consecuencia que estos derechos también se podrían elegir en su integridad aunque el asegurador (*v.gr.*, procedente de un Estado que cuenta con una importante comunidad de nacionales residiendo en un Estado determinado)

del des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 2004, p. 459.

⁵² Cf. sin embargo a favor de la introducción de la comparación de ordenamientos S. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford University Press, 2014, pp. 167 ss.

dirigiese sus actividades al Estado de la residencia habitual o del lugar de situación del riesgo. Sin embargo, de *lege ferenda* debería revisarse si tiene sentido la limitación de la elección del Derecho de cualquiera de los Estados en que se sitúen riesgos a los contratos celebrados por no consumidores.

c) Derecho aplicable en defecto de elección

36. En defecto de elección del Derecho, parece que la solución que mejor se correspondería con el objetivo de proteger al tomador del seguro sería la aplicación del Derecho del Estado de su residencia habitual. Sin embargo, como ya se ha apuntado, en la práctica esta solución conduciría a muchas elecciones del Derecho del Estado de situación del riesgo, que sería también el del asegurador dispuesto a prestar cobertura. Por esta razón parece razonable mantener la aplicación del Derecho del Estado de situación del riesgo en ausencia de elección⁵³.

3. Adopción de normas especiales para la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones de asegurar

37. La actual regulación del seguro obligatorio contenida en el art. 7.4º RR I presenta, como se ha visto, bastantes inconvenientes, empezando por el carácter dispositivo del art. 7.4º.a) para los Estados miembros. La revisión del RR I ha de servir para introducir una norma que rijan con independencia del lugar de situación del riesgo y del Estado del que emane la obligación de asegurar. Actualmente no puede prescindirse de una norma sobre esta cuestión debido a la redacción restrictiva que se ha dado al art. 9.3º RR I. Ya se ha visto que actualmente hay bastantes Estados miembros que han decidido ordenar la aplicación obligatoria al contrato de seguro del ordenamiento del Estado miembro que establece la obligación de asegurar. Aunque esta solución parece a priori la más fácil de aplicar y la que más seguridad jurídica comporta al evitar una *law mix*⁵⁴, debería favorecerse una solución como la propuesta por el art. 7.4º.a) porque es la única solución que deja margen a la autonomía de la voluntad.

⁵³ Sin embargo a favor de la eliminación toda referencia al Estado de situación del riesgo G. Palao Moreno, “Los contratos de seguro internacionales en el nuevo Reglamento Roma I”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, Universidad Valencia, 2010, p. 433.

⁵⁴ F. Seatzu, *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 209; H. Heiss, “Reform des internationalen Versicherungsvertragsrechts”, *ZVerWiss*, 4 2007, p. 519; C. Heinze, “Insurance Contracts under the Rome I Regulation”, *NiPR*, 2009, p. 451; C. Caamiña Domínguez, “Los contratos de seguro en el art. 7 del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009 vol. 1 n° 2 2009, p. 48; C. Armbrüster, “Art. 7 Rom I-VO”, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 2011, Rn. 27.

V. Resumen y conclusiones

38. La actual regulación de los contratos de seguro en el Reglamento Roma I presenta deficiencias importantes que deben abordarse en una futura revisión. El Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado, como instrumento moderno y desarrollado por académicos, podría parecer *a priori* un modelo posible a seguir en esta tarea. Sin embargo, Reglamento Roma I y Proyecto de Ley Modelo parten de un muy distinto grado de integración jurídica en los territorios llamados a aplicarlos y persiguen también objetivos distintos. La mera referencia a los contratos de seguro en el art. 48.4º PLM puede tal vez resultar suficiente en el contexto caribeño, pero en el contexto de la Unión Europea es posible trazar un sistema más preciso para proteger al tomador necesitado de protección en base a categorías y conceptos que ya están consolidados y a los que no hace falta renunciar. Debe concluirse que hay aún espacio para el art. 7 en el Reglamento Roma I, que la norma sobre contratos de seguro ha de poder aplicarse con independencia del Estado en que se sitúe el riesgo y que debe introducirse total libertad de elección del derecho para el consumidor activo.

Bibliografía

- Armbrüster, C. y Dallwig, F.: “Die Rechtsfolgen übermäßiger Deckungsbegrenzungen in der Pflichtversicherung”, *VersR*, 2009, pp. 150 ss.
- Armbrüster, C.: Art. 7 Rom I-VO en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 2011, Rn.6 y Rn. 27.
- Caamiña Domínguez, C.: “Los contratos de seguro en el art. 7 del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 48 ss.
- Dörner, H.: “Art 7 Rom I-VO”, en Bruck/Möller, *Großkommentar zum VVG, Band 11 §§ 209–216; Mitversicherung; Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Berlín, de Gruyter, 2013.
- Dörner, H.: 46c EGBGB, en Bruck/Möller, *Großkommentar zum VVG, Band 11 §§ 209–216; Mitversicherung; Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Berlín, de Gruyter, 2013.
- Fernández Rozas, J.C. (coord.): *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe, Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015.
- Gruber, P.: *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1999.
- Heinze, C.: “Insurance Contracts under the Rome I Regulation”, *NiPR*, 2009, pp. 451 ss.
- Heiss, H.: “Reform des internationalen Versicherungsvertragsrechts”, *ZVerWiss* 4, 2007, pp. 519 ss.
- Klöpper, M. y Wendelstein, C.: “Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtssache C-218/12 – L. Emrek y V. Sabramovic”, *JZ*, 6, 2014, pp. 300 ss.

- Koch, R.: "Kollisions- und versicherungsvertragsrechtliche Probleme bei internationalen D&O-Haftungsfällen", *VersR*, 2009, pp. 141–149.
- Kropholler, J.: "Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei", *RabelsZ*, 42, 1978, pp. 634–661.
- Leible, S. y Lehmann, M.: "Die Verordnung über das auf vertragliche Schulverhältnisse anzuwendende Recht ('Rom I')", *RIW*, 2008, pp. 359 ss.
- Leible, S.: "Rechtswahlfreiheit und kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz", *JbJZRWiss*, 1995, pp. 258 ss.
- Leible, S.: *Wege zu einem Europäischen Vertragsrecht*, Bayreuth, 2001.
- Looschelders, D. y Smarowos, I.: "Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Inkrafttreten der Rom-I-Verordnung", *VersR*, 2010, pp. 2 ss.
- Looschelders, D.: "Der Schutz von Verbrauchern und Versicherungsnehmern im internationalen Privatrecht", en M. Wandt, P. Reiff, D. Losschelders y W. Bayer (eds.), *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 2004, pp. 459 ss.
- Navarro Contreras, E.: *El nuevo régimen de los contratos de seguro en el comercio internacional*, Granada, Comares, 2000.
- Palao Moreno, G.: "Los contratos de seguro internacionales en el nuevo Reglamento Roma I", en *Estudios de derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, Universidad Valencia, 2010, pp. 433 ss.
- Randelzhofer, A. y Forsthoff, U.: "Art. 57 AEUV", en E. Grabitz, M. Hilf y M. Nettesheim (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 56. EL, München, C.H. Beck, 2015.
- Roth, W.-H.: en R. Beckmann y A. Matusche-Beckmann (eds.), *Versicherungsrechts-Handbuch*, München, C.H. Beck, 2015, § 4, Rn. 97.
- : "Internationales Versicherungsvertragsrecht in der Europäischen Union – Ein Vorschlag zu seiner Neuordnung", en M. Wandt / P. Reiff / D. Losschelders / W. Bayer (eds.), *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts, Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 2004, pp. 634 ss.
- : "Das Allgemeininteresse im europäischen Internationalen Versicherungsvertragsrecht", *VersR*, 1993, pp. 137 ss.
- : *Internationales Versicherungsvertragsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1985.
- Seatzu, F.: *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- Symeonides, S.: *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford University Press, 2014.
- Symeonides, S.: "The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning", *University of Illinois L. Rev*, 5, 2015, pp. 1876 ss.
- Wilke, F.: "Verbraucherschutz im internationalen Zuständigkeitsrecht der EU – Status quo und Zukunftsprobleme", *EuZW*, 2015, pp. 19 ss.

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

LA LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MÉXICO, COINCIDENCIAS, DESENCUENTROS Y CONCLUSIONES

Juan Carlos GUERRERO VALLE *

SUMARIO: I. Identificación del problema que origina las diferencias entre los proyectos de ley. 1. Origen de la Ley modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC. 2. Origen del Proyecto de Ley de Derecho internacional privado en México. II. Diferencias estructurales entre ambos Proyectos de leyes. III. Algunos comentarios sobre el contenido del Proyecto de Ley de Derecho internacional privado mexicano. IV. Problemáticas concretas del Proyecto de Ley mexicana ante un sistema federal. V. El proyecto de ley mexicana y los derechos humanos. VI. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo, tiene como finalidad mostrar el distinto origen entre la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC y el Proyecto de Ley de Derecho internacional privado en México, exponiendo además, las fuentes de ambas leyes, las diferencias estructurales en cuanto a su redacción, y acentuando algunas observaciones en cuanto al contenido del proyecto mexicano, para terminar presentando los problemas a los que se afrontará el proyecto de ley mexicana, ante un sistema federal como el de México, en donde además, la inclusión de los derechos humanos a rango Constitucional, está ocasionando interpretaciones errantes dentro del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: LEY MODELO – OHADAC – LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – MÉXICO.

ABSTRACT: *The OHADAC Model Act of Private International Law and the Draft of Act of Private International Law of Mexico, Coincidences, Disagreements and Conclusions*

This work aims to show the different origins between the OHADAC Model Law on Private International Law and the Draft of the International Private Law that would be issued in Mexico. This summary also details which are the sources of both, the Law and the Draft, the structural differences that could be

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado, A.C.

found in their wording emphasizing some observations to the content of the Mexican Draft. Finally, this text provides a brief description the problems the aforementioned Draft will be facing in the Mexican federal system, where misleading interpretations of Human Rights can be found as well.

KEY WORDS: MODEL LAW OHADAC – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – MEXICO.

I. Identificación del problema que origina las diferencias entre los proyectos de ley

Como lo indica, en principio la presentación del proyecto de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC¹ es indudable que la unificación jurídica es un instrumento de integración económica, siendo que, la mayoría de las veces, la intención de esta última figura y atendiendo a intereses comunes, conlleva a la unificación jurídica de los Estados Parte, y, en la medida en que ésta se concreta, debido a la seguridad que esto genera propicia estabilidad y crecimiento a la integración y expansión económica pretendida. Negar la injerencia de los factores económicos para la evolución del Derecho, es algo que en muy pocas materias y en muy pocos escenarios hemos podido apreciar.

El punto de inicio para la idea en la redacción de estas líneas fue alguna conversación con el Dr. Fernández Rozas, en la cual, mientras transitábamos por veredas situadas en el fin del mundo, me explicaba con claridad el contenido del libro que más tarde me haría el favor de regalar y que lleva por nombre “Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe”²; Junto a esta explicación mencionaba algunos puntos que, desde su óptica, podían llamar la atención de cómo, en el escenario mexicano, habíamos creado una Ley de Derecho internacional privado que considero muy lógicos, y los problemas que desde una primera perspectiva, el proyecto mexicano podía tener, ya que me había tocado vivir el nacimiento del proyecto de ley mexicana y las observaciones del Dr. Fernández Rozas sonaban válidas.

Ante el escenario anterior, me di a la tarea, meses después, de revisar ambos proyectos, conocer el origen de los mismos y su evolución, y posteriormente, revisar si en verdad podíamos afirmar que, debido a la forma accidentada en como el proyecto de ley mexicana, había nacido, este carecía de unidad, coherencia, o de técnica legislativa, ya fuera, en su redacción o en su propuesta.

¹ *Organisation pour l’Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe* (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe).

² J.C. Fernández Rozas (coord.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe, Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015.

No puedo sino expresar mi sorpresa tanto en (i) la revisión del libro sobre “Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe”, que contiene un capítulo sobre la presentación del Proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC³ que resulta interesante, completo y hasta apasionante, y, por otro lado, (ii) el observar, los capítulos iniciales que formaron parte del primer proyecto de Ley de Derecho internacional privado en México, emanado del Vigésimo Noveno Seminario de Derecho internacional privado y Comparado realizado en diciembre de 2005, en la Ciudad de Puebla, Puebla, México, y cómo, a partir de ese seminario, se fue dando forma al proyecto, incorporando un hilo conductor que le diese coherencia a los capítulos creados de forma aislada e impregnándole una vida homóloga al proyecto final de ley.

1. Origen de la Ley modelo de Derecho internacional privado de la Ohadac

Al inicio del libro “Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe”⁴ el Dr. Fernández Rozas, en escasas seis páginas, nos presenta el origen de esta ley detallando cómo inicialmente un nutrido equipo de especialistas en Derecho internacional privado tuvieron que informarse de la situación legal, convencional, política, social y económica de los 43 territorios y 29 países que conforman la OHADAC. Posteriormente, señala que tuvieron que allegarse de documentación de cada uno de los integrantes, relativa al modelo normativo de cada uno de ellos y su relación con determinada familia jurídica (*civil law* y *common law*), analizar quiénes contaban previamente con una legislación propia en materia de Derecho internacional privado determinar si las posibles soluciones a los problemas de Derecho internacional se encontraba en un mismo cuerpo jurídico o bien se encontraba en diversas leyes de su sistema jurídico, así como cuales integrantes eran parte de tratados internacionales relacionados con temas de Derecho internacional privado y, finalmente, la forma en la que cada territorio resolvía los problemas de Derecho internacional privado.

Como bien lo expresa el Dr. Fernández Rozas las respuestas tan variadas que arrojó el estudio planteado fueron la base para la correcta construcción de una ley modelo que permitiera ser un ejemplo de coexistencia y complementariedad entre Derecho uniforme y Derecho internacional privado⁵.

³ *Ibíd.*, p. 277–375.

⁴ *Ibíd.*, p. 19–25.

⁵ Para profundizar el tema nos remitimos el texto J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209–5237.

A partir de este escenario el primer anteproyecto estuvo a cargo del profesor Fernández Rozas quien tomó en consideración cuatro puntos principales: (i) la información obtenida en la investigación inicial de la situación de los países involucrados; (ii) los resultados de los procesos de codificación internacional en América Latina (CIDIP)⁶; (iii) los logros de codificación por parte de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y de la Unión Europea y su impacto en América Latina; (iv) y los aportes de la codificación interna que se produjeron en Europa y América Latina⁷.

El resultado de este esfuerzo de codificación fue presentado al equipo encargado del proyecto, que realizó diversas observaciones que fueron remitidas al redactor del anteproyecto quien preparó un nuevo texto para ser sometido en una sesión de trabajo realizada en Madrid en diciembre de 2013 y que dio como resultado el texto definitivo que posteriormente, fue objeto de comentarios en su articulado para justificar la opción elegida en cada uno de los preceptos y terminó integrando toda esa información bajo el título citado⁸. El Proyecto sería aprobado en la Conferencia de Guadeloupe los días 21 y 22 septiembre 2015.

2. Origen del proyecto de ley de Derecho internacional privado en México

El origen de la gestación de la Ley de Derecho internacional privado en México se dio durante el inicio de 2005, mientras se preparaba el Vigésimo Noveno Seminario de Derecho Internacional Privado de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Revisando mis notas sobre la celebración de aquel Seminario advierto con gran interés, los diversos grupos de trabajo que en su momento fueron conformados, enunciando, con riesgo de olvidar alguno, los siguientes equipos: (i) Disposiciones Generales (ii) Derechos Reales, (iii) Obligaciones (iv) Familia y Sucesiones (v) Personas (vi) Cooperación Procesal Internacional (vii) Títulos de Crédito (viii) Contratos Laborales e (ix) Insolvencia. Al finalizar el Vigésimo Noveno Seminario de Derecho internacional privado y examinar el trabajo que cada grupo había presentado, se encomendó al Dr. Leonel Pereznieta Castro y al Dr. Jorge Alberto Silva Silva, la unificación de los trabajos producidos a fin de obtener un solo texto que, a la postre, pudiese ser sometido a observaciones por parte de los miembros y amigos de la Academia de la misma materia⁹.

⁶ Conferencias Especializadas sobre Derecho internacional privado celebradas en el marco de la Organización de los Estados Americanos.

⁷ Venezuela, Puerto Rico, Uruguay, Panamá, México, República Dominicana, Austria, Turquía, Suiza, Bélgica, Italia y Polonia.

⁸ J.C. Fernández Rozas, *et al*; *op cit.*; nota 2.

⁹ Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado, A.C.

Lo que sucedió después a este seminario y lo que se fue produciendo durante los siguientes años por parte del grupo de trabajo, al que se incorporó la Profesora María Virginia Aguilar, fue un texto que, para su conformación, unificación y coherencia, tomó en consideración los siguientes puntos mínimos en cada articulado: (i) El Proyecto del artículo propuesto, el cual debía considerar, a) Las normas imperativas, materiales y demás necesarias que impidieron la aplicación de normas de conflicto, así como; b) Una revisión de la ley interna, para saber si la misma contradecía o no lo establecido en el derecho convencional internacional o la Constitución; c) Tomar en cuenta los datos que habían de acogerse y receptarse del derecho convencional internacional o incluso reglamentarse; d) Reglamentar los supuestos no establecidos en el Derecho convencional internacional. (ii) Revisar y acoger las disposiciones establecidas en otros países, a fin de determinar la conveniencia de sus fórmulas para ser tomadas en cuenta en el proyecto de ley. (iii) Identificar las disposiciones mexicanas vigentes (códigos, leyes o tratados) con la finalidad de armonizar el proyecto de ley y la demás legislación, en la medida de lo posible, respetando la jerarquía de cada ordenamiento. (iv) Realizar comentarios de cada grupo de trabajo, a fin de resaltar la bondad del proyecto, los cambios o modificaciones propuestos o la recepción de tratados¹⁰.

Una vez obtenido el texto armonizado éste fue presentado en diversos foros internacionales a fin de recibir comentarios que fueron incorporados concluyendo en octubre de 2015 y, con motivo del Trigésimo Octavo Seminario Nacional de Derecho internacional privado, se presentó una versión final que recibió nuevos comentarios que fueron adicionados por el Dr. Silva Silva, que dio lugar a una versión final que fue publicada en la *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado*, n° 34¹¹.

Es importante destacar que, a diferencia del proyecto de ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC, el proyecto de Ley Mexicana, debía de ser creado, bajo tres líneas que cercaban su desarrollo; la primera se traduciría en los artículos que sobre la materia se encontraban incorporados en el sistema jurídico mexicano, a nivel código o ley, ya que su existencia y aplicación habían generado una aproximación a la materia por parte de los tribunales y la población en general, y un cambio radical al respecto se traduciría en la pérdida del avance en el conocimiento alcanzado, por lo que debía de cuidarse que estos cambios fueran, en lo posible, los mínimos; la segunda línea consistirá, en la

¹⁰ Las anteriores notas fueron tomadas de un texto de trabajo atribuible al Dr. Jorge Alberto Silva Silva, fechado electrónicamente en 2006.

¹¹ L. Pereznieta Castro, *et al*; "Proyecto de Ley de Derecho internacional privado", *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado*, México, Academia Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado, n° 34, noviembre 2015, pp. 63 ss.

suscripción por parte de México de diversos tratados internacionales, que, conforme con la Constitución Mexicana, gozaban de una jerarquía superior al de las Leyes Federales¹², lo que obligaba a que el proyecto tuviera que respetar, incluir y complementar los tratados de los que el Estado Mexicano ya fuera parte.

La tercera línea, consistirá en que el Estado Mexicano, conforme con su Constitución, era un Estado Federal,¹³ por lo que algunas materias se encuentran reservadas para su reglamentación a la Federación, y otras más se entienden reservadas a los estados; sobre este punto platicaremos más adelante.

II. Diferencias estructurales entre ambos proyectos de leyes

En el caso de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHA-DAC, en palabras escritas por el redactor del Anteproyecto, se consideró como una estructura tripartita, en la que primero se abordaba la competencia judicial internacional, en segundo término la solución de los problemas de Derecho aplicable y concluyera con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones, como la forma correcta de proceder en el diseño estructural de la ley, por lo que así fue trazada.

El proyecto de Ley de Derecho internacional privado mexicano, está dividido en tres grandes temas, a decir del Dr. Leonel Pereznieto Castro, estos son: el Derecho de familia, el Derecho mercantil y la ayuda internacional para el proceso, incluyendo el tema de la jurisdicción internacional de los tribunales mexicanos¹⁴. Difiero con esta división, que a mi parecer no es tan clara en el proyecto de ley, toda vez que aprecio una división en cuatro partes, siendo (i) la primera la relacionada con las cuestiones generales sobre la solución de los problemas de Derecho aplicable, (ii) un segundo bloque dedicado a la solución concreta del Derecho aplicable, en materia de familia, bienes, sucesiones y obligaciones, (iii) un tercer bloque dedicado a títulos de crédito y derecho laboral, y un (iv) cuarto bloque dedicado a la cooperación procesal internacional incluyendo la parte de competencia judicial como requisito en la ejecución de resoluciones dictadas en el extranjero.

No obstante la estructura distinta de ambos proyectos el contenido es muy similar, con algunas excepciones entre las que se pueden destacar que, en el pro-

¹² “Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”. México, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: P. LXXVII/99, p. 46.

¹³ Arts. 40 y 124, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 30 noviembre 2012, 5 febrero 1917.

¹⁴ L. Pereznieto Castro *et al*; *op cit.*; nota 11, p. 64.

yecto mexicano, existe un mayor número de temas regulados que en el proyecto de la OHADAC; por enunciar los más significativos tenemos: i) la cooperación procesal internacional, distinta del reconocimiento y ejecución de resoluciones; ii) los títulos de crédito, lo anterior sin pasar por alto que, en otros tópicos, la casuística y amplitud con la que son tratados por el proyecto mexicano denotan una diferencia más entre ambos proyectos, posiblemente debido a que estos temas tan regulados son homogéneos en cuanto a sus resoluciones prácticas dentro del territorio mexicano, de ahí que su reglamentación pudiese ser tan amplia, sin el riesgo de excluir por incompatible a alguno de los destinatarios de la ley; iii) los tipos de testamentos; iv) la reglamentación de relaciones laborales; y v) el régimen de protección a los menores son algunos ejemplos de este último escenario descrito.

Por su parte el proyecto de Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC aborda temas con una mayor profundidad que la reglamentación mexicana, tales como: i) Derechos de los consumidores; ii) *forum non conveniens*; iii) derecho de las sociedades; iv) competencia desleal; v) responsabilidad por productos defectuosos; y vi) propiedad intelectual.

Como puede apreciarse la estructura, aunque diversa, abarca las mismas materias, ambas respetan los esfuerzos regionales de unificación de criterios a través de las figuras emanadas de las convenciones interamericanas; sin embargo, en el caso de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC consideramos que la incorporación de las experiencias de la Unión Europea en la creación como bloque de normas de Derecho internacional privado, junto con la adopción individual de estas normas por parte de los países integrantes de la unión en aquellos tópicos que no están unificados dentro de Europa, son dos fuentes muy inspiradoras y de un gran contenido producto de problemas prácticos¹⁵.

Es innegable que la unidad económica de la región europea, en conjunto con un sistema jurídico parcialmente unificado, trae como consecuencia que en aquellas materias en donde el sistema no es único la forma de adopción de normas de Derecho internacional privado estén inspiradas en la solución de problemas prácticos ya existentes, aunado al trasiego transfronterizo en la zona y a la necesidad de mantener la integridad económica de los Estados Parte, reconociendo que, la forma en la que son resueltos los tópicos de derecho internacional privado en cada país repercuten en mayor o menor medida en el avance y/o mantenimiento de la integridad económica de la zona¹⁶.

¹⁵ Ideas obtenidas del texto de presentación de la Ley de Derecho internacional privado de la OHADAC, escritas dentro del libro J.C. Fernández Rozas, *et al*; *op cit.*, nota 2.

¹⁶ *Ídem*.

Por último me gustaría citar las palabras del Dr. Pereznieto Castro sobre el origen, en gran parte, del proyecto mexicano, ya que al dar lectura al proyecto de ley es posible advertir la materialización de sus palabras:

“La base del proyecto se ha construido a partir de la normatividad internacional de los tratados ratificados por México que vía art. 133 constitucional, se ha incorporado al sistema jurídico nacional y es normatividad de la más alta jerarquía y debe cumplirse pero que sin embargo, dada su dispersión no existe un documento como éste que se comenta, en el que toda esa normatividad se compile y se complemente para su cabal aplicación (...)”¹⁷.

III. Algunos comentarios sobre el contenido del proyecto de Ley de Derecho internacional privado mexicana

Mientras escribía este trabajo no pude pasar por alto, algunos temas tratados dentro del proyecto de la Ley Modelo de Derecho internacional privado mexicana que me gustaría dejar asentados, por considerar este autor, en su situación inexperta, que pudieran mejorarse o reenfocarse en un sentido distinto.

Para efectos de exposición haré referencia a cada una de las observaciones conforme se fueron presentando en la lectura secuencial del proyecto de ley.

Al inicio del proyecto de ley considero importante la inclusión de un artículo que haga referencia a las materias que quedarían excluidas de la reglamentación pretendida, esta observación deviene, en primer término, de la revisión del proyecto de ley de la OHADAC y responde al carácter práctico de delimitar, al inicio de una obra, las materias que serán interpretadas bajo la óptica de la ley a estudio. Continuando con la revisión, aparecen en el art. 5º del proyecto de ley las normas de aplicación general que, no son extrañas para cualquier lector asiduo del Derecho internacional privado; sin embargo, lo extraño es el permitir, dentro de estas normas de aplicación general, la figura del reenvío sin limitación a casos excepcionales. Como puede apreciarse del actual texto del Código Civil Federal mexicano la figura del reenvío incorporada en la reforma de 1998 se encuentra limitada a casos excepcionales, en el caso del proyecto de ley modelo de la OHADAC, dicha figura es suprimida, y en el caso del proyecto mexicano el reenvío es incorporado sin restricción alguna. En este momento no me atrevo a expresar cuál de las tres soluciones es la mejor, ya que se trata de subirse al péndulo en el que por un lado, se llega a la seguridad jurídica y, por el otro, a la solución que pareciera más justa.

Un punto que considero es tratado de forma insuficiente en el proyecto de ley modelo mexicana y, que amerita una reescritura, es que referente al domicilio y residencia habitual; en el sistema jurídico interno mexicano ambos conceptos no

¹⁷ L. Pereznieto Castro *et al*, *op cit*.; nota 11, p. 64.

son homogéneos, y en el caso del domicilio, es un concepto que es regulado por un sin número de leyes federales y estatales dentro del territorio mexicano.

Como sucede en ambos proyectos de ley, la proyección de la residencia habitual/ domicilio, como factor determinante para definir el derecho sustantivo aplicable y la competencia judicial son premisas clave que considero son acordes con la tendencia mundial en la materia, por lo que la claridad en el concepto es de suma importancia.

Por lo anterior, considero que la solución que sobre el tema da la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado¹⁸ es la que, en forma idéntica debería ser incorporada en la ley Modelo Mexicana, en aras de lograr la claridad que se pretende respetando, además, el compromiso internacional firmado y ratificado por México que implica la existencia de una norma jerárquica superior a la que la ley modelo podría aspirar.

En materia de Derecho aplicable a los contratos, aun cuando, a decir de los grupos de trabajo, ambos proyectos incorporan los principios derivados de la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales¹⁹, en el caso de la Ley Modelo de la OHADAC existen artículos previos que dan soluciones concretas al derecho aplicable a determinado tipo de contratos lo que no sucede en el proyecto mexicano y que pudiera ser de utilidad debido a la complejidad que al día de hoy presentan los contratos internacionales, en tanto un solo contrato puede tener una naturaleza múltiple que actualice más de un supuesto concreto contemplado en la ley modelo de la OHADAC; sin embargo, la seguridad que implica conocer el derecho aplicable a una relación contractual, por actualizarse un supuesto concreto de una ley modelo es algo que todo jurista en la resolución de un caso concreto desea tener.

En materia de relaciones laborales es de resaltar el capítulo creado dentro del proyecto mexicano que si bien es amplio y casuístico sigue manteniendo la tradición proteccionista mexicana, emanada de su propia constitución, lo que lo convierte en un capítulo que puede sobrevivir a una reglamentación federal autónoma.

En cuanto al tratamiento de los títulos de crédito, que también es una materia de ámbito federal, el proyecto de Ley de Derecho internacional privado mexi-

¹⁸ Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado, ratificada por México el 12 junio 1987, promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 19 agosto 1987. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2012/CDTratados/pdf/M374.html>.

¹⁹ Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por México el 15 noviembre 1996, promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 1 junio 1998. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2012/CDTratados/pdf/M525.html>

cano incorpora los lineamientos que sobre estos temas devienen de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, Pagares y Facturas²⁰, así como los derivados de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques²¹ aunque hay que reconocer que este apartado, dentro del proyecto de ley, contiene varios matices propios de la evolución de la materia en los últimos años.

Por último, de la revisión del capítulo de cooperación procesal internacional, concreté seis observaciones:

Primera.— Es necesario incorporar el reconocimiento de los acuerdos de elección de foro como un punto de partida de la competencia debido a la reciente entrada en vigor del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, propuesto por la Conferencia de la Haya²². Considero que prohibiciones como la contenida en el art. 148 de la ley modelo mexicana pueda ir en contra del citado convenio vigente para México.

Segunda.— Algunos principios de competencia que México ha adoptado en el plano internacional no se ven reflejados, desde mi punto de vista, en forma correcta en el texto del proyecto de ley mexicana. México tiene mucho más criterios adoptados en Convenciones Internacionales, principalmente relacionadas con alimentos o con competencia judicial para la ejecución de sentencias extranjeras, que considero deben ser incluidas dentro del proyecto de Ley.

Tercera.— El tratamiento de los arrendamientos y los bienes inmuebles es un tercer punto a considerar. La Ley Modelo Caribeña le da el tratamiento a los arrendamientos, como si fueran un derecho real más y, sobre el tema, en México, tenemos trabajos serios que llegan a equiparar al arrendamiento a un derecho real directamente vinculado a un inmueble objeto del contrato.²³ Lejos de la discusión teórica que el tema en sí mismo despierta, las repercusiones prácticas de proceder, como lo hace la Ley modelo caribeña, pueden ser consideradas en el proyecto mexicano.

²⁰ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, ratificada por México el 27 marzo 1978, promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 25 abril 1978. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2012/CDTratados/pdf/M331.html>.

²¹ Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques, de fecha 5 agosto 1979. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-39.html>,

²² Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, adoptado en La Haya, el treinta junio dos mil cinco, promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 1 octubre 2015. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5410074&fecha=01/10/2015.

²³ Para profundizar en el tema *vid.* M. Alessio Robles Landa, *Temas de derechos reales*, 4ª ed., México, Porrúa, 2015.

Cuarta.– Considero que el tratamiento de la litispendencia y conexidad internacional es un aspecto que parece mejor resuelto por la Ley Modelo Caribeña, por lo que valdría la pena reflexionar sobre el tema en el proyecto mexicano.

Quinta.– La consideración de los Principios ASADIP²⁴ sobre Acceso Transnacional a la Justicia. Como algunos saben dicho documento²⁵ aún se encuentra en una fase de discusión; sin embargo no deja de ser el espíritu americano en materia de acceso a la justicia, como parte de la cooperación procesal en América, por lo que su revisión parece ser obligatoria para cualquier proyecto de legislación de Derecho internacional privado en el continente.

IV. Problemáticas concretas del Proyecto de ley mexicana ante un sistema federal

Como se apuntaba en líneas anteriores, el Estado Mexicano, conforme con su Constitución, es un Estado Federal²⁶.

Conforme al pacto federal que reglamenta el funcionamiento del Poder legislativo del Estado existen materias que corresponde legislar a la Federación y otras se entienden reservadas a los Estados. No obstante lo anterior y conforme con el mismo acuerdo federal, la celebración de tratados internacionales, corresponde al Ejecutivo Federal y su ratificación a la Cámara de Senadores que es parte del Legislativo Federal²⁷.

Ante este escenario de reparto de facultades, en principio se identifica un problema que hasta el día de hoy no se ha abordado en México con la debida profundidad y que muy posiblemente el proyecto de Ley mexicana debiera abordar consistente en hacer una escisión de la ley para determinar que parte de la misma es posible adoptarla a un nivel federal y cuál debe ser considerada como una ley modelo para las entidades y los poderes legislativos que integran la Federación. Por desgracia el anterior ejercicio es más complejo de lo que aparenta, ya que, bajo mi óptica, más de un capítulo de la ley puede ser dividido, por corresponder en parte su reglamentación al ámbito federal y parte al ámbito estatal.

El anterior escenario se puede complicar aún más, ya que aquellas materias abordadas en tratados internacionales en los que México es parte supondrían que son materias que, al constar en un tratado internacional y ser el mismo parte

²⁴ Asociación Americana de Derecho internacional privado.

²⁵ D. Fernández Arroyo, *et al*; Documento de Trabajo Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la Justicia, *Asociación Americana de Derecho internacional privado*.

²⁶ Arts. 40 y 124 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 30 noviembre 2012, 5 febrero 1917.

²⁷ El sistema legislativo federal mexicano es Bi-Cameral.

integrante del sistema jurídico mexicano en el que los tratados internacionales tienen una jerarquía normativa superior al de las leyes federales y locales, implicarían que corresponde a la Federación la reglamentación de estos tratados, pues dejaron de ser materia reservada a los Estados, y pasaron a ser materia federal en el momento en que se celebró un tratado sobre la materia concreta. Esta última visión supondría que la mayoría de los artículos contenidos en la ley modelo mexicana, debiesen ser implementados solo por el legislativo federal; sin embargo, esa forma de proceder, implica aceptar que es posible federalizar temas mediante la celebración de tratados, lo cual, sería contrario del pacto federal contenido en la misma Constitución. Lograr una interpretación armónica de la ley fundamental que rige el actuar del Estado Mexicano es algo complejo y, al día de hoy, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Unión no se ha pronunciado al respecto.

Otra visión del tema consiste en suponer que el proyecto de Ley de Derecho internacional privado Mexicana, en el momento en que reglamenta situaciones con tendencia internacional, escapa del ámbito que corresponde exclusivamente a los Estados pertenecientes a la Federación Mexicana, es decir, si el objeto primordial del proyecto de ley es reglamentar situaciones con esta tendencia, corresponderá al Legislativo Federal su reglamentación mientras que, si la situación a estudio no tiene vocación internacional, corresponderá al orden jurídico de cada estado su regulación. Esta forma de proceder, ha sido observada en otros países a propósito del arbitraje en los que reglamentan de una forma los arbitrajes nacionales y de otra los internacionales, existiendo cuerpos normativos para cada uno de los escenarios.

Por último y, por inconsistente que parezca, si el proyecto de ley, estuviera contenido en un tratado internacional, que México firmara y ratificará, el problema, como he explicado, dejaría de existir, pues el contenido del proyecto de ley tendría la naturaleza de un tratado con un nivel jerárquico superior al de las Leyes Federales y Estatales.

V. El proyecto de ley mexicana y los derechos humanos

Un problema más, que no quise dejar de apuntar, es la relación de la ley propuesta y el nuevo escenario de los derechos humanos. Cuando se inició la redacción del Proyecto de Ley, la situación constitucional en México llevaba muchos años definida; sin embargo, en 2011, se dieron dos reformas a la Constitución que cambiaron la forma en la que el Derecho en México es visualizado.

Hace algún tiempo en México se determinó que los tratados internacionales tenían una jerarquía superior que las leyes federales y estatales conforme con

una interpretación del art. 133 constitucional. En el momento en que esto sucedió resultaba increíble la ignorancia que sobre tratados internacionales suscritos por México podía existir, al grado en que se podía preguntar a los propios jueces ordinarios el nombre de más de dos tratados internacionales y no eran capaces de dar ningún nombre.

Ahora, con la reforma en México sobre los derechos humanos en el 2011, pasó y sigue pasando un caso similar, ya que, todo puede englobarse en el ámbito de los derechos humanos y toda la legislación parece ser cuestionada sobre la posibilidad de que en su redacción estén violando algún derecho humano. Aún nos falta mucho camino que recorrer para poder tener una visión clara sobre los límites y alcances de los derechos humanos; sin embargo, es algo que sólo el tiempo y los criterios judiciales serán capaces de ir delimitando.

Todo este comentario viene a colación ya que, una legislación como la propuesta en México, en materia de Derecho internacional privado y, en concreto, visualizando la forma en la que este proyecto, como el proyecto de ley modelo caribeña, contemplan normas de conflicto multilateral funcionalizada que persiguen aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, o la ley materialmente más apropiada al mismo, o la ley de una o varias de las partes implicadas que consideren la que mejor refleja y puede tutelar sus intereses siempre de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcional²⁸ es algo que pareciera estar en un nivel en el que la autoridad o el juez es quien justifica la mejor solución, siendo que este nivel de discrecionalidad del juzgador puede ser cuestionado por la incertidumbre y falta de seguridad jurídica que puede traer hacia las partes y hacia los terceros con la consecuencia de que una postura así puede ser calificada como violatoria de un derecho humano.

VI. Conclusiones

A manera de enunciar algunas de las conclusiones a las que arribé en este trabajo, es posible señalar:

Los orígenes de la Ley Modelo de Derecho internacional privado de la OHADAC y del Proyecto de Ley mexicana son distintos; sin embargo, considero que muchas de sus fuentes son similares al punto que la similitud entre ambos proyectos es identificable y las diferencias responden más a necesidades concretas que fueron expuestas en el origen de cada ley, siendo que entre un proyecto y otro existen materias reguladas, y en el caso de la Ley mexicana existían compromisos internacionales previamente adoptados que debían ser respetados.

²⁸ J.C. Fernández Rozas, *et al*; *op cit.*; nota 2, p. 367.

Señalé las diferencias estructurales en los proyectos de ley tanto caribeña como mexicana, identificando sus similitudes y sus desigualdades, así como las materias que, por tradición o por antecedentes previos, fueron reguladas en una y otra ley.

Apunté algunas observaciones relacionadas con el contenido del proyecto de Ley de Derecho internacional privado en México que considero deben ser atendidas en aras de un documento más enriquecido.

Expuse los problemas que considero enfrentará la Ley de Derecho internacional privado en México ante el sistema federal bajo el que se encuentra organizado jurídicamente, ya que pareciera ser que parte de los temas del proyecto de ley corresponde a la federación reglamentarlos y parte son materia de los Estados integrantes del país.

Realicé algunas precisiones sobre la incorporación en México de los Derechos Humanos a nivel constitucional y la forma en la que este nuevo escenario jurídico ha ocasionado un panorama aún no claro en muchos aspectos prácticos en el sistema jurídico mexicano, que pudiera impactar en la recepción del proyecto de Ley de Derecho internacional privado.

Bibliografía

Alessio Robles Landa, M.: *Temas de derechos reales*, 4ª ed., México, Porrúa, 2015.

Fernández Rozas, J.C. (coord.): *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe, Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015.

Fernández Rozas, J.C.: “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209–5237.

Pereznieto Castro, *et al*: “Proyecto de Ley de Derecho internacional privado”, *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y Comparado*, n° 34, noviembre 2015, pp. 63 ss.

Recepción: 23.02.2016
Aceptación: 21.05.2016

LA CONVENIENCIA DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA CENTROAMERICA

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA *

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado. III. Conveniencia de una Ley Modelo. IV. Conclusiones finales.

RESUMEN: La comunicación se centraría en la importancia de que los países de la región centroamericana cuenten con una Ley Modelo de Derecho internacional privado, la cual se hace necesaria para poder armonizar las normas sobre esta materia en la región debido a la globalización, a la intensificación y modernización de los medios de comunicación, al desarrollo del proceso de integración, debido a la suscripción de numerosos Tratados de Libre Comercio que han propiciado la utilización del arbitraje internacional como medio de solución pacífica de las controversias, por la diversidad de medios de transporte que hacen que fácilmente los ciudadanos se trasladen de un país a otro provocando relaciones entre particulares de diversos Estados que es necesario regular por medio del derecho internacional privado.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CODIFICACIÓN – CENTROAMÉRICA – LEY MODELO – DISPERSIÓN – UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN.

ABSTRACT: *The Convenience of a Model Act of Private International Law for Central America*

The center of this communication will be the importance of the Central American Countries that form part of the region that which use the Model of the Private International Law; which is necessary in order to harmonize the norms of this due to the globalization with the intensification and modernization of the red of communication, in the development of the integration process, with the subscription of the commercial free trade agreement in which they home used the system o international arbitration as mean to solve in a pacific way some controversies; the diversification of some way of transportation that helps some citizen of different countries to travel from one country to another and their facility establish

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Licenciada en Ciencias Jurídicas. Abogada y Notario de la República de El Salvador. Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Embajadora de Carrera de la República de El Salvador. Master en Comercio Internacional.

relations between different countries all the above it is necessary to be regulated by private international law.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – CODIFICACIÓN – CENTRAL AMERICA – MODEL LAW – DISPERSION – UNIFICATION – HARMONIZATION.

I. Antecedentes

La elaboración del Derecho internacional privado en América en sus inicios fue una labor doctrinaria, posteriormente las reglas para la solución de los conflictos de leyes se introdujeron en los títulos preliminares de los Códigos Civiles.

El primer intento de Codificación en América lo constituye el Congreso de Panamá convocado por Simón Bolívar en 1824, en el cual se presentó una moción para la pronta iniciación de los trabajos de Codificación del Derecho internacional privado; luego se dieron en 1847, 1861 y 1867, las Conferencias de Lima con el objeto de lograr una codificación del Derecho internacional privado, pero no se llegó a ningún resultado práctico, no obstante, que se realizó una buena labor técnica e investigación.

En 1877 se instaló en Lima, Perú un Congreso de Jurisconsultos con la finalidad de establecer reglas uniformes de Derecho internacional privado, culminando esta reunión en el “Congreso de Lima” (1877–1878) que recibió el nombre del “Congreso de Jurisconsultos Americanos”, al que asistieron Delegados Expertos de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador y Perú, y en el cual se elaboró un Tratado de Derecho internacional privado que comprendía materias relativas al estado y capacidad de las personas, matrimonio, régimen sucesorio, jurisdicción en materia penal, actos jurídicos, ejecución de sentencias extranjeras y legalización. En este congreso no hubo participación de los Estados Centroamericanos. Este Tratado tuvo el mérito de ser el primero en el mundo sobre la materia y el que se inspiró en el “Principio de la Nacionalidad”.

En 1889 en Montevideo, Uruguay se realiza un nuevo Congreso con el objeto de suscribir un Tratado que regulara las normas de Derecho internacional privado en las Américas, al que asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, culminando este Congreso Jurídico Internacional con los “Tratados de Montevideo de 1889–1890”, ya que en el mismo se suscribieron varios Tratados relativos a: a) Tratado de Derecho Civil Internacional; b) Tratado de Derecho Comercial Internacional; c) Tratado de Derecho Penal Internacional; d) Tratado de Derecho Procesal Internacional; e) Tratado de Propiedad Literaria y Artística; f) Tratado de Marcas de Comercio y Fábrica; g) Tratado sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales y h) Un Protocolo Adicional

referente a la Aplicación de Leyes Extranjeras. Estos Tratados tuvieron como fundamento el “Principio del Domicilio” y tienen el mérito de haber sido ratificados por varios Estados.

Los Tratados de Montevideo de 1889 tuvieron también incidencia en Centro América, provocando reuniones del Congreso Jurídico Centroamericano en 1897 y 1901, en los cuales se suscribieron Convenios sobre Derecho Civil, Mercantil, Penal, Procesal, Extradición y Propiedad Literaria y Artística. Estos Tratados también tuvieron una decisiva influencia en el derecho continental, ya que en ellos se regula en forma contractual la institución del Asilo en Embajadas o Legaciones y en buques de guerra y se adopta el “Sistema del Domicilio” para la solución de los conflictos de leyes. De igual manera su influencia es básica en las Conferencias Internacionales Americanas.

En 1912, se funda principalmente por Brown Scott y Alejandro Álvarez el “Instituto Americano de Derecho Internacional” que ha contribuido significativamente al desarrollo progresivo y a la codificación del Derecho Internacional y bajo el cual el jurista cubano Don Antonio Sánchez de Bustamante, elabora el Proyecto de Código de Derecho internacional privado.

La Quinta Conferencia Internacional Americana que impulsó fuertemente la Codificación se celebró en Santiago de Chile en 1923, adopta una Convención para la Protección de Marcas de Fábrica, Comercio, Agricultura y Nombres Comerciales, y recomendó para el Derecho internacional privado la adopción de un Código, convocando para tal efecto a una reunión en 1925 de la Comisión Internacional de Jurisconsultos, para que preparara dicho Código tendiente a resolver los conflictos de legislaciones.

En esta Conferencia también se definió lo que debía de entenderse por Derecho internacional americano en el cual contribuyó sustancialmente el jurista chileno Don Alejandro Álvarez. En ella se organiza la Junta o Comisión de Jurisconsultos de Río, y se acordó que el sistema que se emplearía para la codificación del Derecho Internacional, tanto Público como Privado, sería gradual y progresivo. Esta reunión tuvo lugar en Río de Janeiro en 1927 y en materia de Derecho internacional privado, la “Comisión Internacional de Jurisconsultos” aprobó el proyecto de Código elaborado por el Profesor Antonio Sánchez de Bustamante, quien tomó como referencia los Tratados de Montevideo, los proyectos preparados por la Quinta y Sexta Comisión y el proyecto de Código del jurista brasileño Lafayette Rodrigues Pereira.

La Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana, Cuba en 1928 aprueba el Proyecto de Código de Derecho internacional privado, elaborado por Antonio Sánchez de Bustamante, razón por la cual oficialmente se le denominó “Código Bustamante”, el que consta de 437 artículos y que contiene

materias relativas a: reglas generales, Derecho civil internacional, Derecho mercantil internacional, Derecho penal internacional y Derecho procesal internacional. Este Código fue suscrito por veinte Estados: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El Código Bustamante representa un esfuerzo integrador de codificar el Derecho internacional privado entre los criterios establecidos en el Tratado de Lima de 1878 y los consagrados en los Tratados de Montevideo de 1889–1890.

También dicha Conferencia adoptó acuerdos sobre la protección de las marcas de fábrica, una ley uniforme sobre letras de cambio, la reafirmación del arbitraje comercial obligatorio y la uniformidad de la legislación en materia de sociedades anónimas y agregó nuevos métodos de Codificación, para lo cual estableció tres Comisiones Permanentes, una en Río de Janeiro para los trabajos de Derecho Internacional Público; otra en Montevideo para los de Derecho internacional privado y otra en La Habana, para la legislación comparada y unificación de legislaciones. Esta Conferencia fue sumamente fecunda y dio grandes aportes al Sistema Americano y al Derecho Internacional en general.

En 1950 se le encargó al “Comité Jurídico Interamericano”, estudiar y analizar la posibilidad de revisar en lo que fuere conveniente el “Código de Bustamante” producto de la VI Conferencia Internacional Americana de 1928, a la luz de los “Tratados de Montevideo” de 1889–1890 y 1939–1940 y del *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, elaborado por el *American Law Institute*, de los Estados Unidos de América, con la finalidad de unificar estas tres codificaciones y analizar las diferencias sistemáticas y técnicas existentes entre ellos y analizar además las Reservas hechas por los Estados al Código de Bustamante

En 1951, el Comité Jurídico Interamericano elaboró un primer informe relativo al método para realizar la codificación. En un segundo informe el Comité Jurídico Interamericano estimó que el “Código puede ser revisado para ser mejorado en diversos puntos, con el objeto de aproximarse a la uniformidad de las reglas del Derecho internacional privado de los distintos países americanos, especialmente en la Ley Aplicable al Estado Civil y Capacidad de las Personas”. El Comité elaboró también un estudio comparativo sobre las disposiciones del Código de Bustamante, los Tratados de Montevideo y las normas contenidas en el *Restatement of the Law of Conflict of Laws* y lo presentó a consideración de los gobiernos para sus observaciones, obteniéndose únicamente observaciones de Estados Unidos y Ecuador.

Ante esto, el Comité Jurídico Interamericano recomendó: “a) limitar la obra de unificación al Código Bustamante y a los Tratados de Montevideo”; b) seña-

lar un método eficiente para fijar claramente en cuanto a las diferentes relaciones jurídicas, la posición de los países no ratificantes o ratificantes con Reservas, y c) recomendar a los Gobiernos que examinen el Estudio Comparativo varias veces citado y todas o algunas de las cuestiones allí contenidas”.¹

En 1959, se aprobó por el Consejo de Jurisconsultos una nueva Resolución en la que se exhortaba al Comité Jurídico Interamericano a que continuara su labor de revisión para obtener la unificación de las reglas de Derecho internacional privado de los Estados Americanos, atenuando además las reservas hechas al Código.

En 1965 en la V Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, realizada en San Salvador, El Salvador, se recomendó que en 1967 se convocara una “Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado” que revisara ciertas partes del Código de Bustamante, entre ellas, las Reglas Generales, el Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional. En ese sentido, el delegado colombiano Doctor José Joaquín Caicedo Castilla, elaboró un nuevo proyecto de Código de Derecho internacional privado que sustituyera al Código de Bustamante, que contenía además los comentarios sobre las reformas señaladas al mismo Código. Al respecto el Comité Jurídico Interamericano recomendó la utilidad de que este Proyecto sea conocido por los gobiernos y por la Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado.

II. Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado (CIDIPs)

En base a lo anterior, por Resolución AG/Res.48 (1-0/71) aprobada el 23 abril 1971, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado” y encargó al Consejo Permanente la preparación de los proyectos de temario y el Reglamento de la Conferencia y encomendó al Comité Jurídico Interamericano que “prepare los estudios, informes y proyectos de Convenciones necesarios para uso de la mencionada Conferencia Especializada”.

En ese sentido, el Consejo Permanente de la Organización por Resolución CP/Res.109 (120/74) de 20 marzo 1974, designó a la ciudad de Panamá, como sede de la Primera Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado y anteriormente, por Resolución CP/Res.83 (89/72) de 20 diciembre 1972, adoptó el siguiente Proyecto de temario: 1) Sociedades mercantiles multinacionales, 2) Sociedades mercantiles; 3) Compraventa Internacional de mercaderías;

¹ Documentos del Comité Jurídico Interamericano.

4) Letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional; 5) Arbitraje Comercial Internacional; 6) Transporte Marítimo Internacional con especial referencia a los conocimientos de embarque; 7) Tramitación de exhortos y comisiones rogatorias; 8) Reconocimiento y ejecución de Sentencias Judiciales Extranjeras; 9) Obtención de pruebas en el extranjero en asuntos civiles y comerciales; 10) Régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero, y 11) Acción que debe tomarse para el desarrollo de los otros temas del Derecho internacional privado.

El Comité Jurídico Interamericano por su parte y en sus sesiones de 26 de julio al 27 agosto 1973, elaboró los Proyectos de Convenciones y otros documentos sobre los once puntos del proyecto de temario aprobado por el Consejo Permanente.

La importancia de esta Conferencia Especializada de Panamá es que se inició el proceso de armonización de las normas sobre conflictos de leyes en América, con la aprobación de seis Convenciones Interamericanas, siendo estas: a) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; d) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; e) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; y f) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Los países centroamericanos en este organismo codificador, particularmente en esta primera Conferencia Especializada Interamericana que se celebró en Panamá, tuvieron la siguiente participación: La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, siendo ratificada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá, solamente Nicaragua no la ha ratificado, como tradicionales Estados de Centro América, pero al constituirse el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) también forman parte de éste Belice y República Dominicana.

El Salvador hizo Reserva de aplicación del art. 7 al ratificar la Convención, suministró información conforme a los arts. 4 y 18, designando a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias. Haciendo además la siguiente declaración con respecto al art. 10, párrafo 2, parte final : “Los requisitos que se exigen en cuanto a la legalización y traducción de Exhortos o Cartas Rogatorias, son los que prescriben el art. 261 del Código de Procedimientos Civiles y los arts. 388, 389, 391 y 392 del Código Bustamante”. Guatemala por su parte, suministró información

conforme al art. 4 de esta Convención, designando a la Corte Suprema de Justicia como autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, a los efectos provistos en la Convención.

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, es ratificada por todos menos por Nicaragua. Haciendo El Salvador una Declaración al momento de Ratificar la Convención en relación al art. 10 de la misma, en el sentido, de que “en El Salvador las Facturas no constituyen Documentos Negociables”.

En relación a la Convención Interamericana sobre Conflictos en Materia de Cheques, es suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, es ratificada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá, no haciéndolo Nicaragua y República Dominicana y ninguno de estos Estados, hacen uso de reservas, declaraciones o de suministro de información.

La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, ha sido suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, fue ratificada por todos los Estados menos por Nicaragua. Habiendo El Salvador suministrado información conforme al art. 10 de la Convención designando a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir Exhortos o Cartas Rogatorias, según los efectos previstos en la Convención, haciendo además la siguiente declaración con respaldo al art. 10, párrafo 2, parte final en el siguiente sentido: “Los requisitos que se exigen en cuanto a la legalización y traducción de Exhortos o Cartas rogatorias, son los que prescriben el art. 261 del Código de Procedimientos Civiles y los arts. 388, 389, 391 y 392 del Código Bustamante”.

De igual manera Guatemala suministro información conforme al art. 11 de la Convención, designando a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir Exhortos o Cartas Rogatorias, según los efectos previstos en la Convención. Por su parte, Panamá designó como Autoridad Central al Ministerio de Relaciones Exteriores.

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser utilizados en el Extranjero, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana siendo ratificadas por todos menos por Nicaragua y en esta ocasión ningún Estado de la región centroamericana hizo Reservas, Declaraciones o suministrar información.

En relación a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, esta fue suscrita y ratificada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, no haciendo ningún Estado centroamericano uso de las Reservas, Declaraciones o suministro de información. Esta Conferencia solicitó a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a que en su Quinto Período Ordinario de Sesiones, a celebrarse en abril de 1975, convocara a la Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado, para que continúe con el estudio y la consideración de los temas que a juicio de los Estados Miembros de la OEA se consideren de mayor importancia y atención.

La Conferencia también aprobó una Resolución solicitando al Consejo Permanente de la Organización que encomendara al Comité Jurídico Interamericano el estudio y elaboración de proyectos sobre conflictos de leyes en materia de cheques de circulación internacional y una ley uniforme sobre la misma materia. Por Resolución AG/Res. (V-0/75), aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, de 19 mayo 1975, se convocó la “Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP II), a celebrarse en Montevideo, Uruguay del 23 de abril al 8 mayo 1979.

La Asamblea General de la Organización encomendó al Consejo Permanente y al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de proyectos de temario, el Reglamento de la Conferencia y los estudios e informes sobre las materias a tratar.

Esta Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado (CIDIP II) aprobó las siguientes Convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; 2) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles; 3) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; 4) Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; 5) Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero; 6) Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado; 7) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado y 8) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Estas Convenciones tuvieron como base los Proyectos de Convención elaborados por el Comité Jurídico Interamericano.

En esta Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP II), los Estados centroamericanos han tenido el siguiente comportamiento: La Convención Interamericana sobre Conflictos de

Leyes en materia de Cheques, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, únicamente fue ratificada por Guatemala y ningún Estado de la región centroamericana hizo uso de las Reservas, Declaraciones y suministro de información.

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, únicamente fue ratificada por Guatemala, haciendo uso de dos Reservas al momento de ratificar la Convención respecto a los arts. 4 y 5 de la misma.

En relación a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana. No habiendo sido ratificada por ningún Estado de la región centroamericana.

En referencia a la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana. Solamente ha sido ratificada por Guatemala no haciendo uso de Reservas, Declaraciones o suministro de información.

En torno a la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, esta ha sido suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, únicamente ha sido ratificada por Guatemala, suministrando información conforme al art. 9 de la Convención, en el sentido de designar a la Corte Suprema de Justicia como la Autoridad Central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, a los efectos previstos en la Convención.

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado, esta fue suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, siendo ratificada únicamente por Guatemala, haciendo Reserva al art. 2 de la referida Convención al momento de su ratificación, en el “sentido de que no podrá invocarse como domicilio legal frente al Estado de Guatemala, la simple estadía en este país, sin el cumplimiento de las normas internas establecidas para que un extranjero pueda adquirir domicilio en Guatemala”.

En relación a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, esta ha sido suscrita por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, únicamente fue ratificada por Guatemala, no haciendo uso de Reservas, Declaraciones o Suministro de información.

En cuanto al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, esta ha sido suscrita por Costa Rica, El Salvador,

Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, habiendo sido ratificada por El Salvador, Guatemala y Panamá. El Salvador designó a la Corte Suprema de Justicia como Autoridad Central y al momento de la ratificación hizo la siguiente Declaración: “Según la ley interna en lo dispuesto en el art. 181 de la Constitución de la República, no podrá cobrarse por la cumplimentación de exhortos o suplicatorios en este país”.

La Segunda Conferencia Especializada solicitó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado (CIDIP III) y que considere la conveniencia de institucionalizar la “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP)”; así como recomendar a la Secretaría General de la OEA que continúe con la elaboración de documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario con el fin de facilitar las labores de la Tercera Conferencia y que además proporcione los servicios de Secretaría.

Por Resolución AG/Res. 505 (X-0/80), aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 27 noviembre 1980, fue convocada la “Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP III)”. En esta Resolución, la Asamblea General encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los informes, los proyectos de convenciones y las exposiciones de motivos que fueren necesarios para la Conferencia y recomendó al Consejo Permanente de la Organización que preparara los proyectos de temario y de reglamento para la CIDIP III y solicitó a la Secretaría General que preparara los documentos técnicos e informativos sobre los puntos del temario y que proporcionara los servicios de Secretaría. En ese sentido, el Consejo Permanente por Resolución CP/Res. 376 (510/82) de 10 noviembre 1982, adoptó el proyecto de temario para la Conferencia, siendo este el siguiente: 1) Transporte Marítimo Internacional; 2) Transporte Terrestre Internacional de Mercaderías y Personas; 3) Personalidad y Capacidad de las Personas Físicas y Jurídicas; 4) Adopción de Menores; 5) Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; 6) Proyecto de Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano elaboró los proyectos de Convenciones sobre el temario, así como los otros documentos sobre el mismo. El Consejo Permanente de la Organización, fijó la ciudad de La Paz, Bolivia como sede de la CIDIP III, a celebrarse en 1984.

La Tercera Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado, se inició el 15 mayo 1984, con la participación de Delegados de 18 Estados Miembros de la Organización. En esta Conferencia se aprobaron las siguientes Convenciones: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de adopción de Menores; 2) Convención Interamericana sobre Perso-

nalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho internacional privado; 3) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras; 4) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

La participación de los Estados de la región centroamericana fue la siguiente: En relación a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, esta fue suscrita por Belice, Honduras, Panamá y República Dominicana, siendo ratificada por Belice, Honduras y Panamá. Haciendo Honduras al momento de la ratificación la siguiente Reserva: “El Gobierno de la República de Honduras declara que solo reconoce la adopción plena como la institución jurídica que establece vínculos de parentesco iguales, permanentes, y plenos entre el adoptante y el adoptado, congruente con el principio de interés superior del niño y a la dispuesto en el art. 2 de la Convención, el que considera inaplicable a su respecto.”

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho internacional privado, esta fue suscrita y ratificada por Guatemala y Nicaragua, y ninguno de los dos Estados hizo uso de las Reservas, Declaraciones y Suministro de información, conforme a la Convención.

En relación a la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, esta fue suscrita por Nicaragua y República Dominicana, pero no fue ratificada por ninguno de los dos Estados.

El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, este fue suscrito por Nicaragua y República Dominicana pero no fue ratificado por ninguno de los dos Estados.

Esta Conferencia aprobó además varias Resoluciones, entre ellas, la solicitud a la Asamblea General de la Organización para que convoque a la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP IV).

Por Resolución AG/Res. 771 (XV-0/85) de 9 diciembre 1985, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó que se convocara a la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado. En dicha Resolución, la Asamblea General de la Organización encomendó al Comité Jurídico Interamericano que elaborara los Proyectos de Convención y las Exposiciones de Motivos respectivas que fueren necesarias para la Conferencia; al Consejo Permanente de la Organización que prepara el proyecto de temario y el Reglamento de la CIDIP IV y a la Secretaría General de

la OEA, la preparación de los documentos técnicos e informativos sobre el temario y dar los servicios de Secretaría.

Por Resolución CP/Res. 496 (731/88), el Consejo Permanente fijó la ciudad de Montevideo, Uruguay como sede de la CIDIP IV, a celebrarse del 9 al 15 julio 1989. El Consejo Permanente, el 23 octubre 1987 por Resolución CP/RES. 486 (717/87) aprobó el siguiente proyecto de temario: 1) Secuestro y Restitución de menores; 2) Transporte Terrestre; 3) Contratación Internacional y 4) Obligación de Alimentos. La Cuarta Conferencia Especializada sobre Derecho internacional privado se celebró del 9 al 15 julio 1989, en Montevideo, Uruguay, con la presencia de Delegados de 17 Miembros de la Organización. La Cuarta Conferencia aprobó tres Convenciones, siendo estas: 1) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; 2) La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y 3) La Convención Interamericana sobre el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. Además la Conferencia aprobó las bases para el estudio del tema relativo a la ley aplicable en materia de contratación internacional. En relación a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, esta fue suscrita por Belice, Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, siendo ratificada por Belice, Costa Rica y Nicaragua. Este último Estado designó al Consejo Nacional de Atención y Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia (CONAPINA) como la autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores en el art. 7. En cuanto a la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, esta fue suscrita por Belice, Costa Rica, Guatemala y Panamá siendo ratificada por todos estos Estados. Haciendo Panamá una serie de Declaraciones con arreglo a los arts. 3 y 18 de esta Convención. En relación a la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, esta únicamente ha sido suscrita por Guatemala.

Por Resolución AG/Res. 1024 (XIX. 0/89) la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, convocó a la “Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho internacional privado (CIDIP V)”, encargando al Consejo Permanente de la Organización que prepara el Proyecto de temario y al Comité Jurídico Interamericano que elabora un Proyecto de Convención Interamericana sobre “Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional”, un estudio sobre “Elaboración de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales que lo requieran y Contratos Internacionales” y “Lineamientos Generales relacionados con un Proyecto de Convención Interamericana para la Represión del Tráfico Internacional de Menores”; a la Secretaría General que preparara los documentos respectivos y convocó además a una Reunión de Expertos en materia de Contratación Internacional.

El Consejo Permanente de la Organización por Resolución CP/Res 588 (911/92) aprobó para la CIDIP V, el siguiente temario: 1) Ley Aplicable a la Contratación Internacional; 2) Aspectos Civiles y Penales del Tráfico de Menores y 3) Aspectos Jurídicos de Derecho internacional privado concernientes a los Contratos de Transferencia de Tecnología y 4) Otros Asuntos.

En esta Quinta Conferencia Especializada Interamericana se celebraron dos Reuniones de Expertos, una en Oaxetepec, Morelos, México del 13 al 26 octubre 1993, sobre tráfico de niños, la que elaboró un Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y la otra Reunión de Expertos se celebró en Tucson, Arizona del 11 al 14 noviembre 1993, sobre Contratación Internacional.

El 20 mayo 1993, el Consejo Permanente en Sesión Extraordinaria fijó la ciudad de México como sede de la CIDIP V, a celebrarse el 14 marzo 1994. Las Convenciones que se aprobaron durante la Quinta Conferencia Especializada fueron las siguientes: 1) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 2) La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

En relación a la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, esta Convención no ha sido suscrita ni ratificada por ningún Estado de la región centroamericana.

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, esta fue suscrita por Belice, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá, siendo ratificada además por todos estos Estados. Haciendo la República de El Salvador reserva a la aplicación de los arts. 23 y 26 de la Convención de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y designando al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) como autoridad central según el art. 5 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y Panamá de conformidad con lo establecido en el art. 23 de la mencionada Convención, declara que “el Estado panameño reconocerá y ejecutará las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte relativas a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores, de acuerdo a los parámetros señalados en la presente Convención y según el Derecho Interno panameño” y la República de Panamá, de conformidad con lo establecido en el art. 26 de la Convención, declara que “el Estado panameño no admitirá oposición en juicio civil, ni excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado Parte.”

Esta Conferencia recomendó a la Asamblea General de la Organización que convocara a la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado y que dentro del temario de la misma recomendaba que se incluyeran los siguientes temas: 1) El mandato y la Representación Comercial; 2) Los Conflictos de Leyes en Materia de Responsabilidad Extracontractual; 3) Documentación Mercantil Uniforme para el Libre Comercio; 4) Quiebras Internacionales; 5) Problemas de Derecho internacional privado de los Contratos de Préstamos Internacionales de Naturaleza Privada; 6) Responsabilidad Civil por el Contrato de Transporte: Aspectos de Derecho internacional privado y 7) Protección Internacional del Menor en el Ámbito del Derecho internacional privado: Patria Protestad, Guarda y Visita.

Por Resolución AG/RES. 1339 (XXIX—0/96) de la Asamblea General de la OEA, fue convocada la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP—VI), que se celebró en la ciudad de Washington, D. C. del 4 al 8 febrero 2002, la que tuvo como documentos preparatorios la presentación y el informe del Comité Jurídico Interamericano titulado “CIDIP—VII y etapas sucesivas” (CJI/doc.74/01); el documento CIDIP—VI/doc.10/02; el informe preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, denominado “La historia del proceso de la CIDIPs” (CIDIP—VI/doc. 11/02); así como el producto de las reuniones de las delegaciones de Expertos a la CIDIP—VI.

Por Resolución CP/RES. 744 (1185/99) el Consejo Permanente aprobó el proyecto de temario, que posteriormente fue ratificado por la Asamblea General, siendo éste el siguiente: I. Documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la “Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera”, de 1989, y la posible incorporación de un Protocolo Adicional sobre Conocimiento de Embarque. II. Los contratos de préstamos internacionales de naturaleza privada y, en particular la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales. III. Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza.

La CIDIP—VI aprobó los siguientes Instrumentos Internacionales y por primera vez no se suscriben Convenciones: La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias; la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No—Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carreteras. Estos instrumentos de *soft-law* tendrían que ser adoptados por los Estados de la región centroamericana en sus ordena-

mientos jurídicos internos. Con relación al punto III del temario aprobado, la Conferencia no logró acuerdo sobre ningún instrumento, en su lugar, adoptó una resolución solicitando mayores estudios por parte del Comité Jurídico Interamericano, con relación al tema de la Responsabilidad Extracontractual en casos de Contaminación Transfronteriza, incluyendo el examen de documentos y precedentes, la elaboración de un informe y, si fuera aprobado, la preparación de un proyecto de Instrumento Internacional. El Comité Jurídico Interamericano presentó su informe final en el 63 Período Ordinario de Sesiones.²

La Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP–VII). La Asamblea General de la OEA por Resolución AG/RES. 1923 (XXXIII–0/03) denominada “Preparativos para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado” aprobada el 10 junio 2003, resolvió entre otras cosas: convocar la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP–VII) y encomendar al Consejo Permanente, con la asistencia de la Secretaría General, que haga consultas preliminares respecto de las fechas y posibles sedes para la CIDIP–VII y que cree mecanismos que faciliten las consultas de los Estados Miembros respecto de los proyectos de temario y reglamento para la misma; solicitan al Comité Jurídico Interamericano que continúe presentando sus comentarios y observaciones con relación a la agenda propuesta para la CIDIP–VII.

Al respecto, en el documento CJI/doc. 89/02 del Comité Jurídico Interamericano denominado “Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP–VI)” hace relación a tres tópicos que fueron mencionados en el informe del CJI, en lo que se refiere a los temas de la CIDIP–VII que son: Comercio electrónico, insolvencia transfronteriza y migración y libre flujo de personas.

Por Resolución AG/RES.2033 (XXXIV–0/04) denominada “Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado”, aprobada el 8 junio 2004, la Asamblea General de la OEA entre otras cuestiones, resolvió: instar a los Estados Miembros, que no lo hubieren hecho, a que presenten propuestas y observaciones con respecto al posible temario de la CIDIP–VII. Presentaron temas los siguientes Estados Miembros: Perú, El Salvador, Brasil, México, Canadá, Uruguay, Estados Unidos, Chile.

En el Trigésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado del 5 al 7 junio 2005, en Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos de América, sobre la “Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado”, entre otros, RESOLVIÓ: To-

² Documentos e Informes del CJI

mar nota del informe del Consejo Permanente relativo a la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado estableciendo la siguiente Agenda: 1. Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y leyes Modelo); 2. Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

En relación al tema de Protección al Consumidor, han habido propuestas de Brasil, Canadá y los Estados Unidos relativos a una Convención Interamericana sobre Ley Aplicable (Brasil); una Ley Modelo sobre Jurisdicción y Ley Aplicable (Canadá), y una Guía Legislativa sobre Restitución Monetaria (Estados Unidos).

En cuanto al tema de Garantías Mobiliarias, hay una propuesta conjunta de las Delegaciones de Canadá, Estados Unidos y México sobre el Proyecto de un Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

Por Resolución CP/RES.958 (1714/09) del Consejo Permanente de la Organización, aprobada en sesión celebrada el 16 septiembre 2009, se determinó que en materia de Garantías Mobiliarias, se aprobaba el Proyecto de Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, presentado por los Estados Miembros. En esta Resolución, el Consejo Permanente de la Organización resolvió: fijar los días del 7 al 9 octubre 2009, para la celebración de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP VII), en lo que se refiere al tema de Garantías Mobiliarias e invitar a los Estados Miembros de la Organización que estén interesados en participar en la Conferencia. Por Resolución del Consejo Permanente de la Organización CP/RES.959 (1714/09) de fecha 16 septiembre 2009, se aprobó el temario para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-VII), en el tema de Garantías Mobiliarias, siendo éste: “Garantías Mobiliarias: Registros electrónicos para la implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias; consideración del Reglamento Modelo para el registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”. En ese sentido, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), convocó a la celebración de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-VII) referente al tema de Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para la Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, del 7 al 9 octubre 2009, en la sede de la OEA en Washington, D.C.

El Documento de trabajo a considerar en la Conferencia fue la propuesta conjunta elaborada por las Delegaciones de Canadá, Estados Unidos y México, relativo a un “Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”.

De conformidad a las Resoluciones anteriormente citadas, la reunión se llevó a cabo del 7 al 9 octubre 2009 en la sede de la OEA, en el Salón Libertador, Simón Bolívar, en Washington, D.C. En dicha reunión se discutió por los Delegados el Proyecto de Reglamento Modelo, aprobándose el mismo el día 9 octubre 2009, procediendo después a la suscripción del Acta Final de la Conferencia, por los Jefes de Delegación de los Estados Miembros participantes en la Conferencia Diplomática adoptándose así: “El Reglamento Modelo de la OEA para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”.

A partir de 1975 el marco institucional interamericano del Derecho internacional privado han sido las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado, las cuales son convocadas por la Organización de los Estados Americanos OEA, cada cuatro o seis años y conocidas como CIDIPs, que hasta el momento han producido 27 Instrumentos Internacionales entre ellos: 21 Convenciones, 2 Protocolos Adicionales, 2 Instrumentos uniformes, una Ley Modelo y un Reglamento Modelo que han contribuido sustancialmente a la codificación y unificación de las reglas de Derecho internacional privado en América, así como a su modernización.

Es necesario que los Estados Miembros de la Organización tengan un mayor involucramiento en el proceso de las CIDIPs, particularmente en la Codificación y Desarrollo Progresivo de las normas de Derecho internacional privado, donde América ha tenido una labor pionera en muchas de sus instituciones, así como el haber producido un Código Único de Derecho internacional privado el “Código Bustamante” aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana de 1928, haciendo necesario preservar este acervo histórico del Derecho Internacional Americano. Es conveniente juntar esfuerzos para que la etapa codificadora de la CIDIP, se vuelva una tarea permanente con un futuro prometedor y lograr la modernización en los diferentes Estados de América de las normas de Derecho internacional privado.

En cuanto al enfoque de la adopción de Leyes Modelo, es necesario difundir los beneficios que éstas representan en la armonización de las normas de Derecho internacional privado en las Américas, así como la forma de adoptarlas e implementarlas en la legislación interna de los Estados, ya que no todos los Estados Miembros de la Organización tienen la cultura de Leyes Modelo.

En cuanto a la participación de los Estados Centroamericanos en el Foro de las CIDIPs, como organismo codificador del Derecho internacional privado en el

continente americano, ha sido sustantiva tal participación en sus inicios, así tenemos que la Primera Conferencia Especializada Interamericana se lleva a cabo en Panamá, un país de la región centroamericana.

En ese sentido, la mayor parte de los Estados Centroamericanos suscriben y ratifican las Convenciones producto de esta Primera Conferencia. En relación a las Convenciones producto de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, han sido suscritas por la mayoría de los Estados Centroamericanos pero solamente han sido ratificadas por Guatemala. Con respecto a las Convenciones emanadas de la Tercera Conferencia Especializada Interamericana, ha disminuido la suscripción por parte de los Estados de Centroamérica, en estas Conferencias se inicia la participación de Belice, que suscribe y ratifica juntamente con Honduras y Panamá la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores. Asimismo, suscriben y ratifican la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho internacional privado, Guatemala y Nicaragua.

En cuanto a las Convenciones que se adoptan en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana no son suscritas por todos los Estados Centroamericanos. Belice por su parte suscribe y ratifica las relativas al tema de menores, es decir, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la cual es también ratificada por Costa Rica y Nicaragua y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias que también es suscrita y ratificada por Costa Rica, Guatemala y Panamá. La Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera no fue ratificada por ningún Estado centroamericano. En referencia a las Convenciones adoptadas en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana, los Estados de Centro América únicamente suscriben y ratifican la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. En la Sexta Conferencia Especializada Interamericana, por primera vez no se adoptan Convenciones sino una Ley Modelo y dos Instrumentos Uniformes (*soft law*), los cuales tendrían que ser incorporados en los ordenamientos jurídicos internos de los países centroamericanos en el momento que lo consideren oportuno. De igual manera sucedería con el Reglamento Modelo sobre el tema de Garantías Mobiliarias que fue adoptado en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana.

Lo que hace necesario motivar la ratificación de los Estados Centroamericanos de las últimas Convenciones producto de las CIDIPs, así como promover la adopción de los instrumentos de *soft-law* (leyes modelos y otros instrumentos), para lograr la armonización y la unificación de las normas de derecho internacional privado en la región centroamericana.

III. Conveniencia de una Ley modelo

En el continente americano ha existido desde sus inicios una marcada tendencia hacia la codificación internacional del Derecho internacional privado, fundamentada especialmente en la solidaridad regional, en la necesidad de asegurar su independencia y desarrollo propio. El proceso de codificación del Derecho internacional privado en las Américas, en una primera etapa es eminentemente conflictual a través de la elaboración de normas meramente atributivas que determinaban la ley aplicable. Posteriormente la intensificación de las relaciones interamericanas, los cambios socioeconómicos hacen necesario actualizar el derecho conflictual en el continente americano así como la renovación del mismo Derecho internacional privado, a efecto de que esté en concordancia con las realidades y avances tanto regionales como universales, surgiendo precisamente en este marco las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho internacional privado (CIDIPs), constituyendo la nueva etapa de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional privado en el sistema interamericano, las que cuentan con más de cuarenta años de existencia.

Es precisamente en esta nueva etapa de codificación del Derecho internacional privado en el sistema interamericano, donde se hace tarea de todos los involucrados de juntar los mejores esfuerzos para que esta etapa codificadora se torne en una labor permanente y llevar de esta manera el proceso codificador a un futuro prometedor, sobre todo porque con la globalización y los procesos de integración, las soluciones a los problemas internacionales son ahora una necesidad, por lo que debemos contar con instrumentos internacionales que respondan a las exigencias actuales. Este proceso de integración en las diferentes subregiones de la organización ha provocado una comercialización en la Agenda de las últimas CIDIPs, debido a que el intercambio comercial reclama una mayor seguridad jurídica en sus transacciones.

En cuanto al desarrollo codificador del Derecho internacional privado en Centroamérica, es conveniente que esta región conozca y se acerque más al proceso codificador de las Conferencias Especializadas Interamericanas (CIDIPs) y el que llevan otros Foros sobre la materia como lo son las Conferencias de La Haya sobre Derecho internacional privado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), entre otros, para que se involucre cada vez más en esta materia del Derecho internacional privado y pueda beneficiarse de las ventajas y de los beneficios que los mismos representan.

Es necesario que Instituciones gubernamentales, académicas, profesionales, empresariales y de toda índole de la región centroamericana conozcan el desarrollo actual del Derecho internacional privado, principalmente ante el fenómeno de la globalización, con el que se viene enfrentando el mundo desde hace ya

varios años y que esta región pueda crecer más si tiene una participación más activa en el desarrollo y conocimiento de este Derecho, de tal manera que en el campo de los Tratados y Acuerdos de Libre Comercio, los inversionistas cuenten con mayor seguridad jurídica en el campo de la solución de controversias; se tenga un conocimiento más amplio y acorde a la realidad sobre la migración y los flujos migratorios; se pueda contribuir ágil y eficazmente ante los retos y desafíos que presente la cooperación judicial internacional y las extradiciones; que se dé un reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras; el conocimiento y el manejo de los arbitrajes comerciales internacionales y de la contratación internacional; que la región pueda aprovecharse de los beneficios que puedan aportar la adopción de Leyes Modelos (*soft law*).

Se hace también necesario conocer más del organismo codificador internacional, que es la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, en el cual la región centroamericana ha tenido una participación significativa en la Convenciones relativas al tema de menores, alimentos y cooperación judicial, en los siguientes Convenios: Convenio sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Convenio sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, convenio sobre la supresión de las exigencias de legalización de los documentos públicos extranjeros, entre otros.

Hay que tomar en cuenta que las economías de los países centroamericanos son cada vez más abiertas, globales, competitivas por lo que se hace necesario el establecimiento de normas organizadoras de las relaciones del tráfico privado internacional, las cuales proveerán de una mayor seguridad jurídica, fortaleciendo de esta manera el Estado de Derecho.

Es necesario que toda la normativa sobre esta materia ya sea a nivel convencional o reglamentaria, se armonice y uniformice a través de una labor codificadora lo que hace necesario que los Estados centroamericanos cuenten con una reglamentación propia para regular los problemas del tráfico jurídico externo, esto puede facilitarse si se cuenta con una Ley Modelo para la región centroamericana, la cual puede tomar como referentes además de los trabajos realizados en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado, las Conferencias Internacionales Americanas, de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y de las soluciones alcanzadas por la unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea, la Ley de Derecho Internacional de Privado de la República Dominicana de 2014 y el Código de Derecho internacional privado de Panamá de 2015.

Una Ley Modelo de Derecho internacional privado en la región es de gran importancia, para armonizar y unificar toda la normativa dispersa provocada por la globalización, la internacionalización del comercio, la intensificación y modernización de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información, el desarrollo del proceso de integración, la suscripción de Tratados de Libre Comercio que han propiciado la solución pacífica de controversias y el arbitraje internacional, la diversificación de los medios de transporte, el aumento vertiginoso de la cooperación judicial internacional que hace necesario que los operadores de justicia aplique normas claras para poder realizarla en una forma eficiente, expedita y eficaz las relaciones privadas internacionales.

Esta Ley Modelo tendrá como finalidad principal servir de legislación marco para que los países de la región puedan contar con su propia Ley de Derecho internacional privado tal como lo han hecho Panamá y República Dominicana para dar respuesta a todos estos cambios que están experimentando los países de la región centroamericana, tanto desde el punto de vista de su apertura económica como de su inserción al proceso de integración regional.

Con esta nueva legislación interna de Derecho internacional privado, adoptada por Panamá y República Dominicana, estos dos Estados del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), están preparados para afrontar todos estos retos y desafíos.

IV. Conclusiones finales

Es conveniente y necesario contar con una Ley Modelo que regule las realidades centroamericanas en toda esta temática del Derecho internacional privado y así poder brindar una seguridad jurídica, solamente de esta manera tendremos una codificación de las normas de derecho internacional privado en la región, la que debe tomar en cuenta todo el acervo jurídico de los instrumentos internacionales interamericanos en esta materia, desde su primera etapa codificadora de 1889 a 1954 en las denominadas conferencias internacionales americanas, luego el proceso codificador de las CIDIPs que inicia en 1975 en Panamá hasta la fecha, así como las leyes de derecho internacional privado dadas en el continente, la Ley Venezolana, la Ley Paraguaya, la Ley de República Dominicana, el Código de Derecho internacional privado de Panamá, el Código Civil y Mercantil de Argentina.

Como se mencionó anteriormente, como una contribución sustantiva deben tomarse en cuenta los instrumentos producidos en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, de la CNUDMI/UNCITRAL y de la Unión Europea.

Con una Ley Modelo de este nivel Centroamérica estaría preparada para afrontar la globalización, el mundo de la Sociedad del Conocimiento y de las tecnologías de la información, los proceso de integración regional, el comercio transfronterizo, la diversificación de los medios de transporte internacional, los Tratados de Libre Comercio, la promoción turística y la defensa del consumidor, la cooperación judicial internacional, el comercio y la contratación internacional, entre otros.

Una Ley Modelo de Derecho internacional privado para Centroamérica fortalecería la seguridad jurídica y fomentaría la inversión extranjera en la región, haciendo a un lado la dispersión normativa. Además al contar con una Ley Modelo como marco, los Estados Centroamericanos estarían preparados para elaborar su propia legislación interna sobre Derecho internacional privado, tal como lo han hecho la República Dominicana y Panamá, cuyos textos serían un fundamento esencial para estas leyes, por pertenecer a las mismas realidades centroamericanas.

Recepción: 4.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

LAS DEFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO: PRINCIPIOS INAPROPIADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EFICACIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Daniel Miguel ROJAS TAMAYO *

SUMARIO: I. Necesidad de una codificación del Derecho internacional privado en Colombia. II. Deficiencias del enfoque: 1. Los principios fundamentales: A) Principio de territorialidad de la ley; B) Principio de soberanía. 2. Análisis crítico del enfoque: A) Coexistencia inútil de los principios; B) Representación inexacta del Derecho internacional privado. III. Deficiencias de las soluciones concretas. 1. El *execuátur* como excepción: A) Falsa excepción; B) ¿Excepción obligatoria?. 2. La condición de reciprocidad: A) Dificultades de la apreciación; B) Incoherencias de la prueba.

RESUMEN: El Derecho internacional privado colombiano es comúnmente considerado como un sistema deseoso de defender la soberanía territorial. Lamentablemente, esta caracterización no es totalmente inexacta y constituye un obstáculo a cualquier iniciativa de codificación en la materia. Las cortes colombianas han fundado sus decisiones sobre dos principios fundamentales y han mostrado una actitud hostil respecto de las situaciones con elementos extranjeros. Sin embargo, desde la década de los setenta, Colombia ha ratificado algunos convenios y promulgado algunas leyes que debían haber impulsado una evolución de su Derecho internacional privado. Esta no se ha materializado aún y no podrá ser así a menos que las Cortes cambien de enfoque. La eficacia de decisiones extranjeras constituye un buen ejemplo de los problemas y de las malas interpretaciones creadas por el enfoque que defienden las cortes colombianas. Este artículo analizará algunas de las características fundamentales del Derecho internacional privado colombiano tal y como este es visto por los tribunales, y pretende demostrar que tanto las nociones como las soluciones que estos han desarrollado son inconsistentes con la tendencia legislativa, con los intereses que ellos deben proteger e incluso, paradójicamente, con su propio discurso.

PALABRAS CLAVE: COLOMBIA – SOBERANÍA – TERRITORIALIDAD – DECISIONES EXTRANJERAS – EXECUÁTUR – RECIPROCIDAD.

* Abogado colombiano, Candidato a doctor de la Universidad Panthéon–Assas (París II) y de la Universidad Externado de Colombia. El autor agradece a Alejandra Angulo y a Miguel Montiel por sus valiosos comentarios a la versión preliminar de este artículo.

ABSTRACT: *The Failings of Colombian Private International Law: Ill-chosen Principles and their consequences on the Enforcement of Foreign Judgments*

Colombian private international law (PIL) is commonly considered to be eager to defend territorial sovereignty. Sadly, this characterization is not entirely inaccurate and constitutes an obstacle to any initiative of codification. The Colombian Courts have based their decisions on two main principles and display a hostile attitude with regard to situations having contacts with other countries. Nevertheless, Colombia has, since the 1970's, ratified several conventions and enacted legislation which should have provided the impetus for an evolution of Colombian PIL. But this has not yet materialized and will not until the approach of the Courts changes. The enforcement of foreign judgments provides a good example of the problems and misrepresentations created by the Colombian approach to PIL. This article will discuss some of the fundamental characteristics of Colombian PIL as seen by the Courts and aims to demonstrate that the concepts and solutions they have developed are inconsistent with the legislative trend, with the interests the Courts should protect and even, paradoxically, with their own discourse.

KEY WORDS: COLOMBIA – SOVEREIGNTY – TERRITORIALITY – FOREIGN JUDGMENTS – RECIPROCITY.

I. Necesidad de una codificación de Derecho internacional privado en Colombia

En Colombia, la codificación del Derecho internacional privado parece ser una necesidad. El Derecho colombiano ganaría sin duda la claridad y la coherencia de las cuales carece en esta disciplina si el legislador hiciera un esfuerzo en ese sentido. Sin embargo, cualquier esfuerzo de codificación será ineficaz mientras las cortes colombianas sigan teniendo la actitud hostil que han mostrado desde la segunda mitad del siglo XX respecto de las situaciones internacionales. Poco importaría la magnitud o la modernidad de una codificación si quienes se encargan de su interpretación adoptan una posición que alejada de su espíritu.

Colombia no ha sido ajena a los esfuerzos internacionales de codificación y de unificación. El país es miembro de varias organizaciones internacionales que trabajan temas de derecho internacional privado, y especialmente de las iniciativas de integración en América Latina: la Comunidad Andina de Naciones, la Organización de Estados Americanos, el Instituto Internacional Unidroit. Además, en 2006, Colombia fue admitida para ser miembro de la Conferencia de La Haya, pero aún no ha ratificado el estatuto. Así, su sistema normativo en materia de derecho internacional privado no ha dejado de crecer y cuenta con una gran variedad de normas –internas¹, comunitarias² e internacionales³–.

¹ Algunos artículos de los códigos civil (de 1887), de comercio (1970) y general del proceso (2012) tratan cuestiones de Derecho internacional privado. Colombia no ha dudado en modificar su derecho interno con base en los modelos internacionales. Tal es el caso de las leyes 1116 del 27 diciembre 2006

La jurisprudencia en la materia proviene de dos cortes diferentes: la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional⁴. Las decisiones de la primera son la fuente principal y la gran mayoría de decisiones son dictadas con ocasión de procedimientos de ejecución de los cuales ella se encarga directamente. Puesto que las sentencias de casación son escasas, pocas son las enseñanzas que se pueden sacar de la jurisprudencia de esta corte en materia de conflicto de leyes y de competencia internacional. Por su lado, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en materia de Derecho internacional privado tanto en algunas sentencias de constitucionalidad de tratados internacionales como en algunas de tutela⁵.

Ahora bien, todo sistema de Derecho internacional privado se inspira de los valores, los principios, las reglas y los métodos del ordenamiento jurídico al que pertenece. En el caso colombiano, las cortes han deducido estos de unas cuantas normas. El enfoque de la materia que resulta de la jurisprudencia pone en evidencia un desfase entre esta y las normas jurídicas. Mientras que las normas dan cuenta de la pluralidad de métodos existentes en el Derecho internacional privado colombiano y dan testimonio de la apertura de Colombia a los intercambios internacionales, la jurisprudencia defiende una visión que incita a la indiferencia hacia las normas y las relaciones internacionales.

Este desfase no ha llamado la atención de los autores colombianos, y sus efectos, en ocasiones sorprendentes, pasan igualmente desapercibidos como si el trato dado por los tribunales colombianos a las situaciones que tienen elementos extranjeros fuera satisfactorio. Se pretende demostrar aquí, por lo tanto, que el derecho internacional privado colombiano es deficiente tanto en su enfoque (II) como en las soluciones concretas (III).

y 1563 del 12 julio 2012 las cuales se inspiraron de las leyes modelo, elaboradas por la CNUDMI, en materia de insolvencia internacional y de arbitraje internacional, respectivamente.

² Colombia es miembro de la Comunidad Andina de Naciones junto a Bolivia, Ecuador y Perú. Si bien las decisiones –semejantes a los reglamentos europeos– contienen esencialmente reglas materiales, en ocasiones contienen también reglas de conflicto.

³ Colombia ha ratificado algunos tratados internacionales. Por ejemplo, el Tratado bilateral con el Reino de España sobre ejecución de sentencias civiles de 1903, la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros firmada en Montevideo en 1979 y el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, firmados en la Ciudad del Cabo en 2001.

⁴ La Corte constitucional fue creada por la Constitución Política de 1991. Algunos de sus magistrados han sido antes magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esto explica en parte que la jurisprudencia constitucional se haya inspirado de la jurisprudencia civil.

⁵ Se trata de la versión colombiana del recurso de amparo del Derecho español, *vid.* N.I. Osuna Patiño, *Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

II. Deficiencias del enfoque

El estudio de la jurisprudencia, tanto civil como constitucional, muestra que el sistema de derecho internacional privado colombiano está construido a partir de unos principios fundamentales (1). Aunque la elección de dichos principios puede considerarse legítima⁶, ellos imponen un enfoque de la materia que no parece apropiado (2).

1. Los principios fundamentales

El enfoque actual es relativamente antiguo. Las decisiones que le dieron origen remontan a la primera mitad del siglo pasado. La jurisprudencia introdujo inicialmente un principio llamado de territorialidad de la ley (A). Tiempo después las cortes aplicaron otro principio llamado de soberanía del Estado (B).

A) Principio de territorialidad de la ley

La territorialidad fue utilizada por la Corte Suprema de Justicia por primera vez en una sentencia del 30 septiembre 1947, en la cual se decidió el litigio entre los fundadores de los almacenes Tía y uno de sus empleados. En esa ocasión se acusaba al Tribunal Superior de Bogotá de violar el inciso 2 del art. 20 del código civil por haber aplicado la ley colombiana en lugar de la ley checoslovaca designada por este artículo⁷. La Corte Suprema, al casar la sentencia del Tribunal, afirmó que el “rigor del sistema de territorialidad de la ley [...] se atempera por motivos de conveniencia [...] cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero”⁸. El sistema de territorialidad se deduce según la Corte del art. 18 del Código civil, el cual establece que la obligatoriedad de la ley tanto para los nacionales como para los extranjeros⁹. La territorialidad significa entonces la apli-

⁶ En efecto, el particularismo que impera hoy, legitima el enfoque utilizado por las cortes colombianas. Sobre la oposición entre universalismo y particularismo, *vid.* B. Audit y L. d’Avout, *Droit international privé*, 7ª ed., París, Economica, 2013, pp. 136–145; P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé*, 11ª ed., París, LDGJ/Lextenso, 2014, pp. 65–67.

⁷ “Art. 20. Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentran en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles”.

⁸ CSJ civ. 30 septiembre 1947, *Gaceta Judicial* (en adelante *GJ*), t. lxiii, n° 2053–2054, pp. 35–41.

⁹ El texto del art. 18 es el siguiente: “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”.

cación imperativa de la ley colombiana, salvo excepción. Así, el razonamiento de la Corte se desarrolla en términos de regla y excepción; la territorialidad es la primera y constituye el punto de partida del sistema de solución del conflicto de leyes. Esta regla evolucionó con el tiempo.

En una sentencia del 14 abril 1975, la Corte Suprema utilizó un enunciado que durante mucho tiempo serviría para abordar el tema de la eficacia de las sentencias extranjeras: “Consecuencia obvia y natural de la soberanía del estado, es el principio de Derecho de que ni las leyes extranjeras ni las decisiones de jueces extraños tienen valor dentro del territorio nacional”¹⁰. Para la Corte, la idea de la territorialidad engloba entonces una realidad más compleja, puesto que no se reduce solamente a la aplicación de la ley y está asociada a la soberanía. Además se trataría de un principio que puede adoptar, en caso de ser necesario, una forma negativa con el objetivo de negar efectos a las normas extranjeras (reglas o decisiones)¹¹, y en consecuencia aplicable tanto en el conflicto de leyes como en el conflicto de jurisdicción.

La territorialidad se convertiría en “principio” en una sentencia del 26 julio 1995¹². Para responder a una solicitud de execuátur, la Corte Suprema de Justicia afirmó a propósito del art. 18 mencionado, y que ahora calificaba de regla de conflicto, que este “consagra el principio de territorialidad absoluta de la ley, por cuya virtud se somete al imperio del Derecho nacional a todos los habitantes del país, sean estos nacionales o extranjeros”. La Corte no aporta muchos elementos al debate pues la precisión sobre la noción del principio se limita a reproducir el artículo y tampoco explica el uso del término “principio”¹³. Sin embargo, la afirmación sobre la naturaleza de la norma contenida en el art. 18 es preciosa. Según la Corte, se trata de una regla de colisión o de elección, por medio de la cual “el Derecho privado de cada Estado delimita en el espacio la validez de su propia normatividad, disponiendo cuándo debe aplicarse y cuándo no”¹⁴. La

¹⁰ CSJ civ. 14 abril 1975, *GJ*, t. cli, n° 2390, pp. 68–77.

¹¹ Sobre la distinción entre unas y otras en derecho internacional privado, *vid.* P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, París, Dalloz, 1973, pp. 36–54.

¹² CSJ civ. 26 julio 1995, exp. 4948, *GJ*, t. ccxxxvii, n° 2476, vol. I, pp. 205–213.

¹³ Este punto excede el objetivo de este artículo. En consecuencia, es suficiente decir que, teniendo en cuenta el uso que se le ha dado al principio de territorialidad, el término ha sido empleado en el sentido de regla general y no de principio, *vid.* G. Cornu, v. “Principe”, *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., París, Presses Universitaires de France/Quadrige, 2007, p. 720. Sobre la noción de principio, *vid.* P. Morvan, “Principes”, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), París, Quadrige/Lamy/Puf, 2003, pp. 1201–1204.

¹⁴ Poco después, en una sentencia del 3 agosto 1995 (exp. 4725, *GJ*, t. ccxxxvii, n° 2476, vol. I, pp. 299–310), la Corte Suprema de Justicia había, sin embargo, adoptado una posición más amplia al respecto de las reglas de conflicto: “las denominadas leyes de ‘colisión’ o, mejor conocidas como de ‘elección’ que pueden recortar [el alcance del principio de territorialidad] mediante normas de ‘remisión’, como cuando el ordenamiento remite la solución de un conflicto a la ley extranjera [...]; o mediante

Corte parece anunciar así otra característica de su posición en la materia: el método adoptado es unilateral. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la territorialidad expresa entonces al mismo tiempo la sumisión obligatoria a la ley colombiana de todo lo que ocurre o se sitúa sobre el territorio colombiano y el rechazo de toda norma jurídica extranjera, sin distinción alguna en cuanto a categorías de Derecho se refiere.

La Corte Constitucional ha adoptado un punto de partida similar, y en ocasiones idéntico, pero no retiene la misma noción de territorialidad que la Corte Suprema de Justicia. Evocada primero en sentencias en materia penal y fiscal, la territorialidad interviene luego en la solución de un conflicto de leyes de Derecho privado en una sentencia de tutela en el litigio entre un colombiano y un banco panameño. En esta ocasión la Corte afirmó que “[e]l principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio”¹⁵. Esta sentencia tiene el mérito de definir la territorialidad, que se deduce aun del art. 18 del Código civil¹⁶, por un lado, y resalta el vínculo entre las nociones de territorialidad y de soberanía, por el otro. Desde entonces constituye la sentencia de referencia sobre el principio de territorialidad en la jurisprudencia constitucional¹⁷.

En la sentencia C-395/02, en la cual se analiza una de las pocas disposiciones del código civil colombiano que tiene por objeto situaciones internacionales¹⁸, la Corte Constitucional precisó el contenido del principio de territorialidad de la ley. Según la Corte, el principio de aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: “i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas locali-

normas de colisión ‘bilaterales’ o ‘perfectas’ en virtud de las cuales el legislador señala un punto general de enlace que permite, según cada caso, la aplicación de la ley nacional o la extranjera”. Desafortunadamente, esta sentencia no ha sido retomada en ese punto desde entonces.

¹⁵ Const. T-1157/00. Más tarde, en la sentencia C-621/01, la Corte utilizó esta definición: “El principio de territorialidad se ha entendido tradicionalmente como la posibilidad de que un Estado aplique las normas de su ordenamiento dentro del territorio bajo su dominio, sin interferencia alguna de otros Estados”.

¹⁶ La Corte Constitucional recuerda también las excepciones de los arts. 19 a 22, y cita la sentencia del 30 septiembre 1947 de la Corte Suprema de Justicia, precitada, retomando el pasaje comentado.

¹⁷ Decisiones posteriores, tales como Const. T-1736/00 (en materia penal), T-283/01 y T-271/07 (en materia contractual), y C-527/03 (en materia fiscal), han reproducido los pasajes consagrados a la territorialidad. Es de resaltar que la Corte Constitucional utiliza el principio de territorialidad de la ley sin distinguir la naturaleza pública o privada de las materias que trata. Al respecto, *vid.* P. Mayer, “Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence”, *Rev. crit. dr. int. pr-*, 1979, pp. 1-33, 349-388 y 537-583.

¹⁸ Se trata del inciso 2 del art. 180 sobre el régimen matrimonial de la unión celebrada en el extranjero, la cual era acusada de violar la protección integral de la familia consagrada en el art. 42 de la Constitución, y de autorizar una discriminación entre los matrimonios en Colombia y en el exterior, en violación del art. 13, el cual consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.

zados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio”¹⁹. Esta sentencia, que hace del territorio un criterio de aplicación de la ley colombiana, muestra que el método adoptado por la Corte Constitucional es también unilateral. Además, el contenido positivo de la territorialidad coincide con la noción que retiene la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de algunas críticas hechas a la jurisprudencia, el sistema que los autores exponen es muy similar al adoptado por las altas cortes. La doctrina invoca la territorialidad de varias maneras²⁰. Aunque frecuentemente es calificada de teoría para la solución de los conflictos de leyes —en ciertas obras es llamada “teoría de la territorialidad absoluta de la ley”²¹—, en otras se utilizan las palabras principio o aun sistema²² para referirse a ella y en ocasiones las tres o dos de las tres²³. Aparte de la falta de rigor, se pueden identificar tres elementos comunes en la doctrina colombiana. Primero, la noción: la territorialidad consiste en someter todas las personas, todos los hechos o los actos a la ley del territorio donde se encuentran u ocurren²⁴. Segundo, lo que parece ser su fundamento: la soberanía de los Estados exige la aplicación de la ley del territorio bajo su imperio²⁵. Ter-

¹⁹ En materia penal (C-1189/00) y fiscal (C-527/03), existirían dos otros tipos de territorialidad. De una parte, “la territorialidad subjetiva”, según la cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio pero culminaron en el de otro Estado; y, de otra parte, la “territorialidad objetiva”, en virtud de la cual cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él. El interés de esta distinción no es claro y la utilización de los adjetivos objetiva y subjetiva no parece justificarse.

²⁰ Existen opiniones diferentes sobre el origen de la territorialidad. Una parte de la doctrina colombiana afirma que sus orígenes se encuentran en las ideas de la escuela holandesa del siglo XVI. Sin embargo, los arts. 14 y 18 de los códigos civiles chileno y colombiano, respectivamente, son muy cercanos al texto de una disposición del VII concilio del año 646 del rey visigodo Chindasvinto, codificado algunos años más tarde por el rey don Flavio Recisvinto en el Fuero Juzgo, *vid.* J. Samtleben, “El territorialismo de las leyes en América Latina”, *Primer Seminario Nacional de Derecho internacional privado*, Mexico, UNAM, 1979, pp. 171–209, 175. El profesor F. Navia Arroyo piensa que la fuente es el art. 3 *Code civil*, *vid.* “La teoría de los estatutos y el código civil”, *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 121–165, 141.

²¹ *Cf.* M. G. Monroy Cabra, *Tratado de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2006, p. 211.

²² Á. Herrán Medina, *Compendio de Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1959, p. 54; A. Cock Arango, *Tratado de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952, p. 96.

²³ J.J. Caicedo Castilla, *Derecho internacional privado*, t. I, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1967, p. 241.

²⁴ *Cf.* G. Monroy Cabra es más preciso, y afirma que “la territorialidad consiste en que se someten todos los elementos de una relación jurídica al imperio de la ley local”, *op. cit.*, p. 211.

²⁵ Según J.J. Caicedo Castilla (*op. cit.*, p. 241), la teoría de la territorialidad tendría por fundamento dos series de razones. Desde el punto de vista jurídico, la aplicación de leyes extranjeras aniquilaría la soberanía y la independencia del Estado, por un lado, y, por otro lado, el poder legislativo tiene solamen-

cero, la fuente legislativa: el art. 18 del Código civil, consagraría expresamente la territorialidad de la ley²⁶; regla que tendría también un carácter unilateral para la doctrina, ya que, según A. Herrán Medina, ella fija “la eficacia de la ley substancial de Derecho privado en el espacio”²⁷.

En suma, los discursos jurisprudencial y doctrinal siguen la misma línea; lo cual es extraordinario si se tiene en cuenta que los autores no hacen casi referencia a la jurisprudencia. Ellos se alinean no solamente sobre la existencia del principio de territorialidad de la ley, sino también sobre dos elementos esenciales. Primero, un elemento jurídico-metodológico, según el cual el principio es una regla de conflicto unilateral que, como expresión del poder exclusivo del Estado sobre el territorio, ordena la aplicación obligatoria de la ley colombiana en los casos en los que la situación está conectada a su territorio. Y segundo, un elemento político, según el cual la territorialidad de la ley está ligada ineluctablemente a la soberanía.

B) Principio de soberanía

La idea de la soberanía fue evocada por la Corte Suprema por primera vez en una sentencia del 6 junio 1945 en estos términos: “en Derecho público domina el principio de que la justicia, por razones de soberanía, es eminentemente territorial”²⁸. Sin embargo, la Corte nunca la ha definido y se ha remitido a la jurisprudencia constitucional²⁹.

Por su lado, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la soberanía en varias ocasiones y ha tomado posición sobre su definición, sus manifestaciones y sus elementos esenciales. A propósito de la definición, la Corte propone la siguiente: “‘soberanía’, en las relaciones internacionales, significa ‘independencia’, y que como tal, consiste en la facultad de

te un alcance nacional, en consecuencia, no es posible extender el imperio de la ley a los nacionales en el extranjero. Desde el punto de vista de la conveniencia práctica, los jueces aplicarían solamente las leyes locales, el conflicto de leyes sería entonces eliminado.

²⁶ J.J. Caicedo Castilla, *op. cit.*, p. 242. La gran mayoría de los autores comparte esta posición. Sin embargo, para el profesor Monroy Cabra, el código civil colombiano “no consagra la territorialidad absoluta, pues acepta la teoría de los estatutos”, *cf. op. cit.*, p. 211.

²⁷ *Cf.* Á. Herrán Medina, *op. cit.*, p. 58 y M.G. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ CSJ civ. 6 junio 1945, *GJ*, t. lix, n° 2021, pp. 129–131.

²⁹ En una sentencia del 5 julio 2007 exp. 1989–9134, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia retomó la definición de soberanía retenida por la Corte Constitucional en la sentencia C–191/98; esto se explica de pronto porque en esta última se analizaba la constitucionalidad de la ley 397 de 1997 que era aplicable al caso. No obstante, la noción utilizada en la actualidad es aquella de la sentencia C–1189/00. Además, la soberanía ha sido también invocada por la Corte Suprema en otros temas: apreciación de la prueba (29 septiembre 2000 exp. 5609), interpretación de los contratos (18 enero 2007 exp. 1999–173), derechos de los extranjeros (26 enero 2006 exp. 2005–128), oficio del juez (19 agosto 2009 exp. 2009–1075) y de los árbitros (7 mayo 2005 exp. 2009–380), entre otros.

ejercer, dentro de un determinado territorio y sobre sus habitantes, las ‘funciones de un Estado’³⁰.

La soberanía se manifiesta luego, según esta Corte, en Derecho internacional público, en dos niveles: uno internacional, en “la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y Organizaciones de Derecho internacional, etc.”, y otro interno, en “la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados”. La soberanía tendría, en fin, tres elementos esenciales: 1) la independencia, 2) el principio *pacta sunt servanda*, y 3) el principio de inmediatez³¹. En consecuencia, la noción de soberanía de la Corte Constitucional tiene vocación a intervenir principalmente en los temas en los que el derecho internacional público influye.

En materia de personas, el discurso se endurece y toma un tono político. En una sentencia de 7 marzo 1952, la Corte Suprema de Justicia resaltó, sin definir la soberanía, que la capacidad de las personas lleva “en sí palpitante, la noción de soberanía de cada Estado, en acción intransigente, indispensable para la defensa de sus instituciones tutelares. Se comprende así que para tales extremos [la Corte hace referencia a la prohibición de disponer del estado civil] surja la necesidad del estatuto personal, como único medio de poner al país a salvo de extrañas intromisiones y de los caprichos de la libre determinación del ciudadano”³². La Corte Constitucional ha afirmado también, en la sentencia C-395/02, que la aplicación de la ley colombiana a los nacionales es una expresión de la soberanía del Estado y se justifica porque “existe una relación estrecha entre la formación familiar y social recibida por las personas en una determinada comunidad y el contenido del sistema jurídico del Estado respectivo”³³. Estos pasajes muestran que la sumisión del estatuto personal a la ley nacional materializa una especie de lealtad política de los nacionales a la sociedad colombiana y a su sistema jurídi-

³⁰ Const. C-1189/00, cuya definición es próxima de aquella utilizada en la sentencia C-191/98. La Corte citó la sentencia de la Corte permanente de arbitraje del 4 abril 1928 en el asunto *Isla de Palmas* y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 9 abril 1949 en el asunto del *Estrecho de Corfú*. Esta última ha sido evocada como precedente no solamente de los derechos de los Estados derivados de la soberanía, sino también de las obligaciones respecto de otras naciones. La definición reportada ha sido retomada en las sentencias C-621/01 y C-527/03.

³¹ Const. C-621/01, el tercer elemento significa “el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al Derecho internacional”.

³² CSJ civ. 7 marzo 1952, *GJ*, t. lxxi, n° 2112, pp. 351-368. Recientemente, 29 julio 2011 exp. 2007-152.

³³ El discurso de tono político fue también retomado en la sentencia C-249/04. En dicha ocasión, la Corte hizo referencia por la primera vez a la doctrina colombiana de Derecho internacional privado, resaltando el carácter absoluto del principio de territorialidad deducido de los arts. 18 a 22 del Código civil.

co³⁴, y sugiere que la soberanía no impone una visión territorialista del conflicto de leyes.

Asimismo, la soberanía es comúnmente usada en materia de eficacia de sentencias extranjeras; pero la manera como la Corte Suprema de Justicia la formula varía de una sentencia a otra y a veces los términos son extraordinarios. Por ejemplo, en una sentencia de 7 octubre 2010³⁵, la Corte afirmó que por

“... razones de soberanía es ampliamente sabido el principio según el cual únicamente las sentencias de los jueces de la República tienen reconocida fuerza en el territorio patrio”. Recientemente, la Corte dijo que el “Estado–Nación fue una de las conquistas más emblemáticas de la revolución burguesa, en virtud de la cual se erigieron principios democráticos como los de soberanía nacional y autodeterminación de los pueblos, entre cuyos atributos se destaca la autonomía de cada país para ejercer jurisdicción, es decir, la potestad que se arroga de administrar justicia dentro de su territorio, sin la intromisión de autoridades extranjeras”³⁶.

Finalmente, la doctrina colombiana evoca también la idea de soberanía, pero no da ninguna definición. Esta idea se utiliza de manera frecuente, pero de diversas maneras. La doctrina ha dicho por ejemplo que se trata de un conflicto subyacente al conflicto de leyes³⁷, de un fundamento del ejercicio exclusivo del poder legislativo sobre el territorio de un Estado³⁸, o de un criterio de internacionalidad³⁹. Ciertos autores adoptan además un enfoque publicista que se materializa en la calificación de la materia⁴⁰ y de sus reglas⁴¹ como de Derecho público interno.

Al reunir la soberanía y la territorialidad en materia de derecho internacional privado, el discurso de las altas cortes toma un tono político, que refleja un enfoque publicista de la materia. Esta sería entonces un elemento de defensa del ordenamiento jurídico colombiano y de sus nacionales contra toda injerencia extranjera⁴². Parece en todo caso que su objeto son las relaciones del Estado

³⁴ Vid. B. Audit, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, pp. 9–487.

³⁵ CSJ civ. 7 octubre 2010 exp. 2008–364.

³⁶ CSJ civ. 16 abril 2012 exp. 2009–1108.

³⁷ J.J. Caicedo Castilla, *op. cit.*, p. 5.

³⁸ A. Cock Arango, *op. cit.*, p. 12; L.F. Álvarez Londoño y D.R. Galán Barrera, *Derecho internacional privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 41.

³⁹ M.G. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰ Cf. L.F. Álvarez Londoño y D. R. Galán Barrera, *op. cit.*, p. 48: “es considerado público por su objeto ya que el Derecho internacional privado reglamenta la vida privada, la vida social internacional y presenta manifestaciones de una solidaridad internacional irrefutable”.

⁴¹ Cf. Á. Herrán Medina, *op. cit.*, p. 66, para quien las reglas de Derecho internacional privado “tienen el carácter de Derecho público ya que marcan, al arbitrio del legislador, las reglas a que obedecen otras reglas que, a diferencia de aquellas, determinan derechos y obligaciones [...] su objeto inmediato son normas de Derecho y no relaciones o hechos”.

⁴² Esto influye sin duda en el régimen de la ley extranjera y conduciría a la imposibilidad de aplicar normas jurídicas extranjeras.

colombiano con sus pares y con sus ciudadanos, y no las relaciones que crean entre sí las personas de diferentes Estados.

2. *Análisis crítico del enfoque*

El enfoque publicista que la jurisprudencia colombiana da al Derecho internacional privado tiene varios defectos. Así, entre otros, la intervención de los dos principios no parece necesaria (A) y conduce a una representación inexacta de la materia (B).

A) Coexistencia inútil de los principios

Las sentencias comentadas muestran, de manera indirecta, las dificultades que surgen de la coexistencia de los principios de territorialidad y de soberanía. En efecto, su articulación es tan confusa que es posible dudar de la necesidad de distinguirlos.

Así, en la sentencia T-1157/00, al decir primero que la territorialidad era consustancial a la soberanía, la Corte Constitucional parecía sugerir un vínculo de identidad entre los dos principios.

Sin embargo, otras decisiones vinieron luego a establecer otros tipos de vínculos. En la sentencia C-621/01, la Corte afirmó que el principio de territorialidad es el “fundamento esencial de la soberanía”⁴³. La relación entre las dos nociones no es la misma pues la territorialidad es aquí el punto de partida lógico de la soberanía. El vínculo de identidad debería ser, en consecuencia, descartado.

Por último, a propósito del examen de constitucionalidad del inciso 2 del art. 180 del Código civil, la territorialidad es reducida a una simple “expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo”⁴⁴. Las nociones habrían así invertido sus roles.

Esta última es, para la Corte Suprema de Justicia, la manera como deben articularse los dos principios. Así, esta corte ha considerado que la territorialidad es una “consecuencia obvia y natural de la soberanía del Estado”⁴⁵, una imposición⁴⁶ o una implicación⁴⁷ de la soberanía; y también ha dicho que “las sentencias y otras providencias judiciales que tengan el carácter de tales, de ordinario

⁴³ Const. C-621/01, sentencia en la que se analiza la constitucionalidad del artículo que consagraba la territorialidad en el antiguo código penal. En el mismo sentido, recientemente, C-198/12.

⁴⁴ Const. C-395/02.

⁴⁵ CSJ civ. 14 abril 1975, *precitada*.

⁴⁶ CSJ civ. 29 febrero 1996 exp. 3626, *GJ*, t. ccxl, n° 2479, pp. 288-302.

⁴⁷ CSJ civ. 1° diciembre 1995 exp. 5302, *GJ*, t. ccxxxvii, n° 2476, vol. II, pp. 1463-1467, y 29 noviembre 2011 exp. 2007-939.

solo producen efectos en el país en el cual fueron proferidas, por cuanto la función jurisdiccional se ejerce en virtud de la soberanía del Estado”⁴⁸. La soberanía sería entonces el antecedente lógico de la territorialidad.

Esta triple posibilidad es ilógica, pues dos nociones no pueden tener simultáneamente una relación de igualdad y de consecuencia lógica, o en esta última, no pueden ser al mismo tiempo la premisa y la conclusión de la otra; lógicamente, solo uno de esos tipos de articulación puede conservarse. Ahora bien, en derecho internacional público, la soberanía es una noción irreductible porque ella constituye la “particularidad más importante”⁴⁹ del Estado, es aquella que la distingue de manera decisiva de los otros sujetos del Derecho internacional; ella es esencial a la noción de Estado. La soberanía solo podría constituir el fundamento de la territorialidad.

Además de las dificultades de articulación, existe un problema de superposición de sus nociones. Por un lado, su campo de aplicación es el mismo. Como se dijo anteriormente, las cortes utilizan las nociones independientemente de la materia en la que se pronuncian. Por otro lado, particularmente en el caso de la jurisprudencia constitucional, el contenido de la soberanía no es nada diferente del de la territorialidad. En efecto, hablar del ejercicio de las funciones del Estado, o de la creación y la aplicación de normas jurídicas sobre el territorio de un Estado⁵⁰, es decir lo mismo de diferente manera pues todas las funciones del Estado están implicadas en la creación o en la aplicación de las normas jurídicas. Además, algunas sentencias acercan aún más las nociones añadiendo, por ejemplo, al principio de territorialidad un elemento de no injerencia⁵¹ —también calificado de principio— que es frecuentemente relacionado a la soberanía de los Estados⁵².

En la jurisprudencia colombiana, la territorialidad no es entonces diferente de la soberanía, incluso si aquella es considerada como un simple corolario de esta, la sinonimia de las dos nociones hace tautológico el razonamiento. La existencia del principio de territorialidad es entonces superflua y convendría no referirse en adelante a él. La noción de soberanía es suficiente para dar cuenta de la exclusividad, de la autonomía y de la plenitud del ejercicio de las competencias estata-

⁴⁸ CSJ civ. 12 diciembre 1988, inédita.

⁴⁹ Cf. J. Combacau y S. Sur, *Droit international public*, 10ª ed., París, Montchrestien/Lextenso, 2012, p. 233, para quienes la soberanía del Estado expresa “el grado de libertad que le es reconocido en la determinación y en el ejercicio de sus derechos y de sus poderes; ese grado es el más alto que se pueda concebir en el marco del Derecho”.

⁵⁰ Const. C-1189/00.

⁵¹ Const. C-621/01.

⁵² J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 236 y 264; “non-ingérence” y “non-intervention”, J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas, Bruylant, 2001, p. 746.

les en el territorio⁵³. Sin embargo, la intervención de esta noción genera otros problemas.

B) Representación inexacta del Derecho internacional privado

El enfoque publicista, común a la jurisprudencia y a la doctrina colombianas y que es fuertemente influenciado por la noción de soberanía, da lugar a consideraciones teóricas que, a pesar de estar en armonía con el sistema, conducen el Derecho internacional privado a complicaciones lógicas.

Es usual que los autores colombianos dediquen algunas páginas a la naturaleza y al objeto de la materia y de sus reglas. Ellos presentan el conflicto de leyes como un conflicto de soberanía⁵⁴ y afirman que el objeto de sus reglas es la separación de los poderes⁵⁵. Los reproches que se pueden hacer a esta lectura son múltiples y bien conocidos.

La asimilación del conflicto de leyes a un conflicto de soberanía, en primer lugar, conlleva *in fine* una consecuencia indeseada: la soberanía, erigida en valor esencial, es desconocida. En efecto, la celosa protección de la soberanía, fundada en la creencia que la inaplicación de la ley de un Estado constituye un atentado a su soberanía (que sin duda motiva a las cortes y a los autores colombianos)⁵⁶, es inconciliable con la elección necesaria de una ley para la resolución del conflicto. Dado que el conflicto supone que la situación jurídica tenga vínculos con varios Estados, o si se quiere, con varias soberanías (*v.gr.*, porque los esposos tienen nacionalidades diferentes), la situación no pertenece a ningún Estado exclusivamente y, en consideración a la igualdad entre Estados soberanos⁵⁷, todos deben ser considerados como igualmente interesados en la resolución del conflicto. Ahora bien, para decidir el conflicto el juez debe elegir la ley de uno de los ordenamientos jurídicos involucrados. La soberanía del Estado cuya ley es

⁵³ C. Rousseau, *Droit international public*, París, Recueil Sirey, 1953, pp. 90–92.

⁵⁴ Cf. J.J. Caicedo Castilla, *op. cit.*, p. 5: “Los conflictos de leyes, en realidad, son conflictos de soberanía, puesto que se trata de saber bajo el dominio de cuál de las leyes en conflicto debe estar la relación jurídica que lo ha ocasionado”. La segunda parte de este pasaje habría podido llevar a otro tipo de razonamientos; desafortunadamente, la jurisprudencia y los autores posteriores adhirieron a la primera parte.

⁵⁵ Cf. M.G. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 27: “las reglas de solución de conflictos son siempre de Derecho público, pues se trata de separar los poderes respectivos en última instancia”.

⁵⁶ Según A. Bonnichon, esta creencia es el fruto de una confusión entre la soberanía y el interés del Estado en la aplicación de su ley (“La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, pp. 615–635 y 1950, pp. 11–32, esp. 19). También se puede decir con el profesor P. Mayer, que se trata de una personificación del ordenamiento jurídico (“Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des Cours*, t. 327, 2007, pp. 9–377, 109 y 361).

⁵⁷ J. Combacau y S. Sur, *op. cit.*, p. 237, para quienes la igualdad es una consecuencia inmediata de la soberanía. La Corte Constitucional colombiana evocó este elemento en la sentencia C–621/01.

descartada, es entonces inevitablemente violada⁵⁸. Y siendo que el juez solo podría elegir la ley del Estado que lo ha instituido y sobre quien reposa su autoridad⁵⁹, su jurisdicción, la violación de la soberanía extranjera resulta sistemática.

Además, si se considera la hipótesis en la cual la situación jurídica no tiene ningún vínculo con el Estado del foro (en este caso el razonamiento del juez no tendría en principio la preocupación de defender su propia soberanía), la asimilación del conflicto de leyes a un conflicto de soberanía, y la noción de soberanía en sí misma, son inaptas para inclinar la balanza en favor de una de las leyes en conflicto. En ese caso, la noción de soberanía serviría únicamente para que el juez que conoce del litigio constataste la igualdad de los Estados soberanos y en consecuencia la imposibilidad de escoger una de las leyes. Recurrir a otros criterios es indispensable para decidir el litigio.

En segundo lugar, la asimilación mencionada conduce a una falsa representación del fenómeno de las relaciones privadas internacionales. Por un lado, no se trata en estricto sentido de una confrontación entre soberanías, según la definición reportada aquí, o entre Estados⁶⁰. Primero, los litigios que oponen a los Estados, aquellos que enfrentan de verdad las soberanías, son muy diferentes de aquellos que preocupan al Derecho internacional privado. Efectivamente, las disputas entre Estados tienen por objeto los derechos sobre un territorio o la violación de un tratado, hipótesis que interesan tradicionalmente a otra rama del derecho: el derecho internacional público. Esos litigios están lejos de los problemas de familia o de obligaciones, de los que se ocupa el derecho internacional privado. Segundo, los Estados no tienen en principio ningún interés directo en la resolución del conflicto, en el cual, vale la pena decir, no participan y cuyo resultado no les concierne⁶¹. La asimilación podría hacer pensar legítimamente que los representantes de las soberanías involucradas intervendrían en su defensa, pero eso no ocurre, como lo resalta J. Aubry en su estudio consagrado a la territorialidad: “[los conflictos de leyes] jamás han perturbado las relaciones de política exterior ni provocado el más ligero fruncimiento de ceño de un diplomático”⁶². Por último, respecto de litigios internacionales sobre los que no tiene

⁵⁸ A. Bonnichon, *loc. cit.*, p. 28.

⁵⁹ P. Mayer, “Droit international privé et droit international public...”, *loc. cit.*, p. 375. Así parece sugerirlo la sentencia C-249/04 de la Corte Constitucional.

⁶⁰ Se trata una vez más de una asimilación del Estado y del ordenamiento jurídico, *vid.* nota 56. Para un análisis económico de este rol, *vid.* H. Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des Cours*, t. 307, 2004, pp. 25–383.

⁶¹ Algunos autores colombianos admiten esto voluntariamente, Á. Herrán Medina, *op. cit.*, p. 57; L. F. Álvarez Londoño, D. R. Galán Barrera, *op. cit.*, p. 36; e incluso M. G. Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 5.

⁶² Cf. J. Aubry, “De la notion de territorialité en droit international privé” (3ª parte), *Journ. dr. int.*, 1901, pp. 643–671, esp. p. 651.

interés, el Estado solo interviene como proveedor de Derecho⁶³. Así, su rol no es diferente del que tiene en un litigio de Derecho privado interno; la presencia de un elemento extranjero, o de varios, no requiere ninguna actividad del Estado que justifique la asimilación del conflicto de leyes a un conflicto de soberanía.

Por otro lado, la expresión “conflicto de leyes” encierra un evento menos pomposo⁶⁴. En efecto, las relaciones jurídicas que son objeto del derecho internacional privado presentan una particularidad: sus elementos están esparcidos en los territorios de varios Estados. La dispersión de los elementos hace surgir la duda legítima sobre la aplicación de sus leyes a la relación jurídica puesto que estas tienen una vocación concurrente a regirla⁶⁵. Pues bien, la elección de una de entre ellas resulta necesaria⁶⁶. Poco importa el enfoque metodológico que sirva de base a la elección⁶⁷, para superar el conflicto, es simplemente necesario elegir una ley. Una sola actitud debe sin embargo ser condenada: la situación no siendo enteramente interna respecto de un solo ordenamiento jurídico, la aplicación de una ley solo porque es la ley del juez del foro –la *lex fori*–, puede ocasionar consecuencias desastrosas. Así, lo advertía A. Bello: “nuestros más preciosos derechos desaparecerían, o solo tendrían una existencia precaria, luego que dejasen de hallarse bajo la tutela de las instituciones civiles a cuya sombra han sido creados”⁶⁸.

Si no se trata de un conflicto de soberanías, ¿el objeto de las reglas de derecho internacional privado es la repartición de los poderes? La respuesta es negativa. Esta disciplina no busca repartir los poderes en conflicto⁶⁹, o determinar el alcance de las competencias legislativas de los Estados⁷⁰, por dos razones. Primero, el pretendido objeto de repartición de las competencias legislativas sería poco

⁶³ J. Combacau y S. Sur, *op. cit.*, p. 238; P. Mayer y V. Heuzé, *op. cit.*, pp. 18–19.

⁶⁴ Para el profesor P. Mayer, “el conflicto de leyes no es una realidad que se constata, sino un problema que se plantea” (cf. “Le phénomène de la coordination...”, *loc. cit.*, p. 88). También se puede decir con el profesor D. Sindere que se trata de una dificultad lógica (*La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, París, LGDJ, 2008, p. 110).

⁶⁵ Sobre este punto, P. Gothot y P. Lagarde, “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire de Droit international*, t. I, París, Dalloz, 2006, n° 13, y P. Mayer, *La distinction...*, *op. cit.*, pp. 69–84; y recientemente, D. Sindere, *op. cit.*, pp. 90–98.

⁶⁶ P. Mayer, *La distinction...*, *op. cit.*, pp. 84–87; otros no sienten esa necesidad W. Wilhelm, “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 104, 1961, pp. 273–465, 316.

⁶⁷ D. Bureau y H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. I, 3ª ed., París, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 379–380.

⁶⁸ Cf. A. Bello, *Principios de derecho internacional*, París, Librería de Garnier Hnos., 1873, p. 69.

⁶⁹ Para un análisis completo del problema, *vid.* P. Mayer, “Droit international privé et droit international public...”, *loc. cit.*, y P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, París, LGDJ, 1997.

⁷⁰ J.J. Caicedo Castilla, *op. cit.*, p. 8, y Á. Herrán Medina, *op. cit.*, p. 237. Para este último, la verdadera solución al conflicto de leyes depende del Derecho internacional público, el cual delimitaría las competencias legislativas en materia de derecho internacional privado de cada Estado.

eficaz pues nada obliga a un Estado a respetar la repartición establecida por otro⁷¹.

La doctrina francesa dedujo acertadamente de la sentencia de la Corte permanente de justicia internacional en el asunto del *Lotus*⁷², que la regla de conflicto de derecho internacional privado no podía tener “por objeto atribuir competencia a un Estado para dictar una norma, como si la afirmación, o la negación, de la competencia de un juez o de una ley extranjera implicara un juicio sobre la regularidad o la validez de los procesos estatales de promulgación de normas de los Estados extranjeros”⁷³. Como la sentencia *Lotus* reconoce la competencia de todos los Estados para decidir sobre la aplicación de sus leyes y de la competencia de sus tribunales, atribuir a la regla de conflicto este objeto no tiene ningún fundamento en la jurisprudencia internacional.

Segundo, como consecuencia del argumento anterior, la repartición de poderes solo puede realizarse a nivel supranacional. Frente a Estados soberanos, para quienes la facultad de dictar normas es una competencia inherente, la única manera de proceder a una repartición de competencias es a través de las reglas supranacionales provenientes de la sociedad internacional que, en una concepción universalista, serían deducidas de un *ius comune* o del Derecho internacional, o dictadas por el Derecho internacional público⁷⁴. Así, por una parte, a principios del siglo XX se demostró que el Derecho internacional privado es en realidad principalmente de fuente nacional⁷⁵, y no puede entonces tener como objetivo la atribución de competencias a los Estados extranjeros so pena de violar su soberanía; a propósito la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha evocado expresamente las dificultades del ideal universalista y la reacción particularista de los Estados⁷⁶. Por otra parte, la única regla verdaderamente aceptada por el derecho internacional público es la competencia legislativa o normativa ilimitada de cada Estado para establecer soberanamente sus reglas de conflicto de leyes y de jurisdicción. De ello resulta que el objetivo del derecho internacional privado y, por consiguiente, el objetivo de sus reglas no pueden ser los que la doctrina colombiana les atribuye.

⁷¹ P. Mayer, “Le phénomène de la coordination...”, *loc. cit.*, p. 106.

⁷² Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 septiembre 1927, *Asunto del Lotus*, sentencia n° 9, *Recueil d'arrêts CPJI*, Serie A, n° 10.

⁷³ Cf. D. Bureau y H. Muir-Watt, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁴ B. Audit y L. d'Avout, *op. cit.*, pp. 136–137; D. Bureau y H. Muir-Watt, *op. cit.*, pp. 57–58.

⁷⁵ En el caso francés, P. Mayer y V. Heuzé, *op. cit.*, p. 65. En Colombia, la jurisprudencia y la doctrina han siempre deducido las reglas de conflicto de las leyes internas. Para un fundamento común, *vid.* Corte Permanente de Justicia Internacional, 12 julio 1929, *Asuntos de los empréstitos serbios y brasileños*, sentencias n° 14 y 15, *Recueil d'arrêts CPJI*, Serie A, n° 20/21.

⁷⁶ CSJ civ. 17 febrero 1988, *GJ t. cxcii*, n° 2431, pp. 32–36.

III. Deficiencias de las soluciones concretas

Los principios de territorialidad y de soberanía no solo generan dificultades teóricas. El tema de la eficacia de las sentencias extranjeras es el mejor ejemplo de los problemas concretos que crean los principios fundamentales del Derecho internacional privado colombiano⁷⁷. Su influencia se materializa en el análisis del *execuátur* como una excepción del sistema (1), y en la exigencia de reciprocidad (2).

1. El *execuátur* como excepción

En el sistema colombiano de regla y excepción, el *execuátur* es lo segundo. La regla, sin embargo, no parece haber sido claramente formulada⁷⁸. Se puede afirmar que ella es tributaria de dos ideas que son evocadas por la jurisprudencia y que la Corte Suprema de Justicia deduce de la soberanía. Según la primera, la recepción de las decisiones extranjeras constituye una excepción a la independencia de los Estados o específicamente, a la facultad del Estado de administrar justicia a través de sus órganos jurisdiccionales sobre su territorio⁷⁹. Según la segunda, se trata de una excepción a la exclusividad de que gozan las decisiones de los jueces colombianos para producir efectos sobre el territorio colombiano⁸⁰. Estas ideas son, en la gran mayoría de sentencias, inseparables pues la Corte parece deducir, con razón, la exclusividad de los efectos de la sentencia de la facultad de administrar justicia⁸¹.

⁷⁷ También existen problemas en materia de conflicto de leyes y de competencia internacional. Sin embargo, los ejemplos en jurisprudencia son escasos y la influencia de los principios y sus consecuencias para las personas son menos evidentes.

⁷⁸ La jurisprudencia colombiana no utiliza una fórmula única, más o menos uniforme, según la cual los problemas jurídicos similares serían resueltos. Las fórmulas varían de un magistrado ponente a otro, de una sentencia a otra, incluso cuando el magistrado ponente es el mismo. Además, ni las materias en las que son dictadas las sentencias, ni la decisión final (concede o niega el *execuátur*), están ligadas a esas variaciones.

⁷⁹ CSJ civ. 29 febrero 1996 exp. 3626, *GJ*, t. ccxl, n° 2479, *precitada*; 25 julio 2005 exp. 2000–201. La formulación no es uniforme: “solo los magistrados colombianos pueden administrar justicia en el territorio colombiano”, “el Estado colombiano no comparte la facultad de administrar justicia con ningún otro Estado”, *vid.* CSJ civ. 1° diciembre 1995 exp. 5302, *precitada*; 28 julio 1998 exp. 6583, *GJ*, t. cclv, n° 2494, pp. 243–251; 14 octubre 2011 exp. 1999–7858; 29 noviembre 2011 exp. 2007–939; y 29 noviembre 2011 exp. 2008–647.

⁸⁰ Las fórmulas son apenas similares: “tener valor”, “producir efectos”, “plena validez”, etc., *vid.* CSJ civ. 14 abril 1975, *precitada*; 17 febrero 1988, *GJ*, t. cxcii, n° 2431, pp. 32–36; 18 diciembre 2006 exp. 2005–1681; 25 febrero 2011 exp. 2006–1989; 23 noviembre 2011 exp. 2010–1111; 1° diciembre 2011 exp. 2002–025; 19 diciembre 2011 exp. 2011–892; entre otras.

⁸¹ La mayoría de las sentencias la Corte Suprema combina las dos ideas, *vid.* CSJ civ. 19 marzo 1992, *GJ*, t. ccxvi, n° 2455, pp. 220–222; 13 octubre 1999 exp. 7298; 16 julio 2001 exp. 7528; 30 enero

Sin embargo, no se trata de ideas equivalentes, pues no sería exacto considerar que una excepción a la exclusividad implica una excepción a la facultad, ya que como excepción, el *execuátur* comportaría consecuencias diferentes en cada una de las hipótesis. Así, la primera idea supondría que en ciertos casos no son los órganos jurisdiccionales colombianos quienes ejercen la facultad de administrar justicia en el territorio, o que el Estado colombiano no es independiente del Estado extranjero de origen de la decisión –la afirmación concierne ya sea el poder judicial ya sea el conjunto del Estado–. Eso es muy diferente a decir que, como lo sugiere la segunda, en ciertos casos una decisión extranjera puede tener efectos en Colombia –solo los efectos de las decisiones son aquí considerados–. Siendo dos cosas diferentes, no corren con la misma suerte y presentan cada una sus propias dificultades. Así, mientras el examen de la primera idea lleva a concluir su falsedad (A); el de la segunda genera dudas sobre la obligatoriedad del *execuátur* (B).

A) Falsa excepción

Decir que acordar eficacia a las sentencias extranjeras en Colombia es una excepción a la facultad de las autoridades judiciales nacionales de administrar justicia sobre su propio territorio, idea frecuentemente invocada en los últimos años, no es exacto.

En primer lugar, si dicha facultad es ejercida por tribunales extranjeros, substituyéndose a los colombianos, ¿sus decisiones no se impondrían directamente (y legítimamente) en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿El *execuátur* no sería entonces superfluo? El problema jurídico que resulta de la solicitud de *execuátur* no podría entonces formularse en esos términos. Una sentencia reciente de la Corte Suprema muestra que una verdadera excepción a dicha facultad es, por ejemplo, el arbitraje⁸².

En segundo lugar, la Corte cae en un doble error. Por un lado, viendo una especie de intromisión, ella sobreestima la actividad del juez extranjero. Las autoridades judiciales extranjeras, en sus decisiones, no están decidiendo en un Estado extranjero ni en el lugar de una autoridad extranjera ni mucho menos pretenden (suponiendo que estén interesadas en la suerte de sus decisiones en el extranjero) ver su sentencia ejecutada, con o sin control, en el Estado de recepción⁸³. Su objetivo no es otro que decidir un litigio que ha sido puesto en su co-

2004 exp. 2002–008; 19 diciembre 2008 exp. 2006–1031; 4 agosto 2010 exp. 2004–1311; 27 julio 2011 exp. 2007–1956; 14 octubre 2011 exp. 2011–287; 16 abril 2012 exp. 2009–1108; 15 febrero 2016 exp. 2012–514, entre otras.

⁸² CSJ civ. 4 mayo 2012 exp. 2008–2100, en este caso se solicitaba el *execuátur* de una sentencia extranjera de adopción.

⁸³ B. Audit y L. d’Avout, *op. cit.*, p. 351.

nocimiento en su condición de órganos judiciales de un Estado soberano, en nombre de este y sobre su propio territorio. La intromisión que sirve de justificación al discurso es además irreal porque una sentencia en materia de derecho privado parece un medio ineficaz para privar a un Estado de su independencia y porque un control de regularidad existe en el Derecho colombiano.

Por otro lado, la Corte se equivoca precisamente sobre la esencia del control. En materia de eficacia de sentencias extranjeras, el *execuátur* lejos de ser una excepción a la facultad de administrar justicia, a la independencia o a la soberanía, constituye su manifestación. El procedimiento de *execuátur* solo tiene razón de ser cuando las partes buscan que la decisión extranjera produzca efectos en el ordenamiento jurídico colombiano y su objetivo no es otro que el de declarar si ello puede ser así o no. Esta alternativa constituye no solamente la reacción lógica, sino la única reacción posible⁸⁴. La eficacia de la decisión extranjera en Colombia, como en muchos otros países, depende enteramente de sus órganos judiciales, y esto precisamente porque la República de Colombia es un Estado soberano e independiente.

En tercer lugar, lo que parece ahora evidente, la existencia de sentencias extranjeras no afecta en nada la facultad de administrar justicia de los tribunales colombianos. Afirmar lo contrario, además de ser a simple vista ilusorio, equivaldría a poner en tela de juicio todas las jurisdicciones del planeta. Es posible que las cortes colombianas⁸⁵, preocupadas por la soberanía nacional, hayan creído necesario afirmar esta idea por temor a que ciertos litigios que deberían ser sometidos a su conocimiento, fueran decididos por tribunales extranjeros. Sin embargo, este temor no parece justificar su discurso ya que, por un lado, la ley colombiana prevé como motivos para negar el *execuátur* el desconocimiento de una competencia exclusiva o de la competencia de los tribunales colombianos en materia de derechos reales constituidos sobre bienes situados en Colombia al momento de iniciarse el proceso en el extranjero, y la contrariedad al orden público⁸⁶ –lo cual protege al ordenamiento jurídico colombiano y los intereses de los cuales es garante– y, por otro lado, el procedimiento de *execuátur* puede iniciarse incluso en ausencia de conexión del litigio de fondo con Colombia, tal como lo ilustra la sentencia del 6 junio 1945⁸⁷; para este procedimiento lo esencial es que la decisión sea extranjera.

En suma, la idea ligada a la administración de la justicia, ejemplo claro del enfoque publicista, no aprehende correctamente el fenómeno de la eficacia de las

⁸⁴ P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, pp. 265–266.

⁸⁵ La Corte Constitucional sigue en este punto a la Corte Suprema, *vid.* Const. T–716/96 y T–557/05.

⁸⁶ Respectivamente, los números 4, 1 y 2 del art. 606 del código general del proceso.

⁸⁷ CSJ civ. 6 jun 1945, *precitada*, en este caso se trataba del *execuátur* de una sentencia panameña que oponía un acreedor panameño a su deudor egipcio entonces domiciliado en Cali.

decisiones extranjeras. Ello explica que esté siempre acompañada, y sea además difícilmente separable, de la idea relativa a los efectos de las decisiones.

B) ¿Excepción obligatoria?

La idea que analiza el *execuátur* como una excepción a la exclusividad de que gozan las sentencias de los jueces en el foro, es más cercana del verdadero problema jurídico que surge de la invocación de una sentencia extranjera, esto es, la aceptación o el rechazo de la eficacia de esta última⁸⁸. Aunque esta idea tiene además el mérito de ser fiel a la ley⁸⁹, su principal consecuencia es hacer el *execuátur* obligatorio para todos los actos judiciales extranjeros⁹⁰.

Ahora bien, para una parte de la doctrina, ciertos efectos de las decisiones extranjeras no deberían necesitar el *execuátur*⁹¹ e incluso, en una época, esta idea no estuvo lejos de ser acogida. En efecto, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 noviembre 1948, se distinguió entre sentencias de condena, de un lado, y “puramente declarativas” y constitutivas⁹², del otro, según que las decisiones impliquen una ejecución forzada o no. Según la Corte, las últimas sentencias son suficientes para garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico y sería posible eximir las del *execuátur*. Desafortunadamente, los hechos del caso y la ambigüedad de las consideraciones de la Corte obligan a considerar esta sentencia como un antecedente aislado. Además, unos años después, en una sentencia del 7 junio 1952⁹³, la Corte retomó dicha distinción para afirmar, en nombre

⁸⁸ P. Mayer y V. Heuzé, *op. cit.*, pp. 265–266.

⁸⁹ El art. 606 del Código general del proceso tiene por título “*Efectos de las sentencias extranjeras*”.

⁹⁰ El art. 94 de la Ley 1116/2006 consagra una excepción en materia de insolvencia transfronteriza, *vid.* D. Sotomonte Mujica, *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 132.

⁹¹ Los efectos considerados eran la autoridad de cosa juzgada, el valor probatorio y la fuerza ejecutoria; solamente para este último el *execuátur* sería indispensable, *vid.* A. Cock Arango, *op. cit.*, p. 342; R. Mantilla Rey, *Apuntes de Derecho internacional privado. Parte general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982, p. 169; Á. Herrán Medina, *op. cit.*, p. 260. Para estos autores, la solución se justifica pues la fuerza ejecutoria comporta la intervención de la fuerza pública.

⁹² *GJ*, t. lxxv, n° 2066–2067, pp. 68–69. Esta clasificación depende del “objeto de la garantía jurisdiccional”: “esta puede tener por objeto la restauración jurídica ante quebrantos anteriores de la norma [de condena], o la declaración de un estado incierto enfrente de un precepto no transgredido [declarativas], o el cambio de una situación jurídica ante hechos capaces de engendrarla [constitutivas]”. La distinción carece de rigor pues confunde lamentablemente dos elementos bien diferentes: el objeto de la parte dispositiva de una sentencia y la violación o no de las normas que sirven de fundamento a la decisión. Además, el segundo elemento no está presente en la definición de las sentencias constitutivas. Efectivamente, una sentencia de condena no parece independiente del carácter declarativo o constitutivo de las decisiones. Sin embargo, el criterio de la ejecución forzada es un buen punto de equilibrio entre el respeto de los intereses de los particulares (derechos adquiridos) y el aislamiento institucional que resulta de la soberanía de los Estados.

⁹³ CSJ civ. 7 junio 1952, *GJ*, t. lxxii, n° 2116–2117, pp. 371–381.

de la soberanía nacional y del ejercicio exclusivo de la jurisdicción sobre el territorio —argumento que no cesará de aparecer en adelante—, el carácter obligatorio del executur para todo tipo de decisión extranjera.

En adelante para la Corte, si la ejecución forzada puede no ser necesaria en ciertos casos, ello no significa que las “sentencias constitutivas o declarativas no necesiten ser reconocidas por ninguna autoridad para que sus efectos se produzcan”. Aunque someter todos los efectos de las sentencias extranjeras al executur parece extremo —pues no es necesario—, el control previo de la regularidad al que están sometidas no es en sí criticable.

La idea de la exclusividad de los efectos tiene entonces el mérito de eliminar la ambigüedad del punto de partida, sin que ello implique ignorar totalmente la idea relativa a la administración de la justicia pues esta constituye su fundamento. Sin embargo, esto no elimina los problemas que surgen de algunas de las condiciones del control.

2. La condición de reciprocidad

La Corte Suprema de Justicia considera que la ley exige que las sentencias extranjeras cumplan con una condición de reciprocidad: estas podrán producir efectos en Colombia si en su país de origen se reconoce efectos a las sentencias colombianas⁹⁴. Esta condición es para la Corte un corolario de la soberanía⁹⁵.

La condición fue expresamente formulada en la sentencia del 3 diciembre 1941⁹⁶. Más tarde, en las sentencias del 6 junio 1945⁹⁷ y del 23 mayo 1960⁹⁸, la jurisprudencia enunció las formas que puede revestir la reciprocidad: legislativa y diplomática⁹⁹, según resulte de la ley del país de origen de la decisión o de una convención internacional entre este país y Colombia. En la sentencia de 1945, la Corte afirmó además el carácter subsidiario de la reciprocidad legislativa.

⁹⁴ Art. 605 del código general del proceso: “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”. Una disposición idéntica existía en los códigos que lo han precedido: judicial (555) y de procedimiento civil (693). Las sentencias extranjeras deben cumplir además con las exigencias del art. 606 del mismo código.

⁹⁵ CSJ civ. 18 diciembre 2015 exp. 2015–670.

⁹⁶ CSJ civ. 3 diciembre 1941, *GJ*, t. lli, n° 1981, pp. 811–814.

⁹⁷ CSJ civ. 6 junio 1945, *precitada*.

⁹⁸ CSJ civ. 23 mayo 1960, *GJ*, t. xcii, n° 2227, pp. 875–878.

⁹⁹ La terminología de la clasificación no es satisfactoria. Si el criterio de distinción es la fuente de la reciprocidad, convendría llamar la segunda “convencional” en vez de “diplomática”, pues este término hace referencia a la manera en la que el acuerdo es obtenido.

La condición de reciprocidad es bien conocida en Derecho internacional privado comparado y su origen publicista no es discutido¹⁰⁰. En su estudio sobre la reciprocidad¹⁰¹, el profesor Paul Lagarde demostró que los juristas holandeses de finales del siglo XVII la dedujeron de su doctrina de la *comitas gentium*. Puesto que en su enfoque el conflicto de leyes era un conflicto de soberanías, la reciprocidad justificaba la aplicación de las leyes extranjeras en ausencia de toda regla en ese sentido. Para el profesor Lagarde “en esta doctrina, la reciprocidad juega un rol positivo. Ella consiste, para cada nación, en adecuar su comportamiento no sobre el comportamiento efectivo de las otras naciones, sino sobre el comportamiento *esperado* de estas”¹⁰². Esta forma inicial de reciprocidad se transformó en el siglo XIX en un instrumento de retorsión que los Estados utilizan contra quienes no tengan, efectiva o potencialmente, la misma actitud hacia ellos. Hoy, la reciprocidad se puede encontrar en varios temas: derecho de los extranjeros, interpretación y aplicación de los tratados y, por supuesto, eficacia de sentencias extranjeras.

En Derecho internacional privado colombiano, la apreciación (A) y la prueba (B) de la condición de reciprocidad son fuentes de graves incoherencias que deberían llevar a la jurisprudencia a meditar su posición.

A) Dificultades de la apreciación

La condición de reciprocidad en Derecho colombiano corresponde tristemente a la versión retorsión y es preocupante constatar que su apreciación no es rigurosa —a pesar de ser delicada¹⁰³—, y produce resultados aleatorios que socavan la seguridad jurídica.

i) En primer lugar, la condición de reciprocidad puede llevar a resultados paradójicos. Puede ocurrir que la Corte afirme y niegue la existencia de reciprocidad respecto de un mismo país¹⁰⁴. Tal es el caso de Panamá, país que reconoce

¹⁰⁰ Vid. J.-P. Niboyet, “La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 52, 1935, pp. 258–362, y M. Virally, “Le principe de réciprocité en droit international contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 122, 1967, pp. 1–106.

¹⁰¹ P. Lagarde, “La notion de réciprocité en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 154, 1977, pp. 103–214, esp. 114.

¹⁰² Cf. P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 116.

¹⁰³ B. Audit, L. d’Avout, *op. cit.*, p. 457.

¹⁰⁴ Asimismo, podría existir con un mismo país uno y otro tipo de reciprocidad cuando se han ratificado convenciones internacionales en materias especiales. Era el caso de Francia antes de que entrara en vigor la Ley 1563 del 12 julio 2012 por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje. En efecto, la Corte habría tenido que afirmar en materia de arbitraje, la existencia de reciprocidad diplomática en virtud de la convención de Nueva York de 1958, y, en las otras materias, *a priori* la reciprocidad legislativa.

en principio las sentencias extranjeras, como lo demuestra una sentencia del 19 octubre 2009 de la Corte Suprema colombiana¹⁰⁵. No obstante, la Corte ha negado el *execuátur* por falta de reciprocidad a las sentencias panameñas dictadas en rebeldía¹⁰⁶, porque la ley panameña no reconocería las sentencias dictadas en esas circunstancias¹⁰⁷.

ii) En segundo lugar, el examen de la reciprocidad es en ocasiones superficial. Así, las sentencias holandesas no han sido reconocidas en Colombia pues la Corte ha considerado que “no existe dentro de la legislación holandesa una ley que regule la reciprocidad en materia de *execuátur* para sentencias de jueces extranjeros”¹⁰⁸. Efectivamente, el código de procedimiento civil de los Países Bajos solo permite reconocer las sentencias extranjeras en virtud de instrumentos internacionales y, en ausencia de estos, ordena que el litigio sea reabierto ante sus jueces. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado, desde 1924, que el nuevo proceso tiene como único objetivo controlar la regularidad de las sentencias extranjeras¹⁰⁹. En consecuencia, una sentencia colombiana sí puede ser reconocida en ese país.

Una sentencia del 29 febrero 1996 ofrece otro ejemplo¹¹⁰. En este caso, el demandado se oponía al *execuátur* afirmando que el juez inglés había desconocido la cláusula compromisoria y lo había considerado equivocadamente sometido a su jurisdicción. La Corte concedió el *execuátur*, considerando que “la falta de jurisdicción es aspecto (*sic*) de la controversia que frente a la legislación colombiana sobre reconocimiento de sentencias extranjeras pierde toda relevancia en esta oportunidad, pues la realidad es que el Tribunal inglés se pronunció sobre el fondo de la pretensión y si así ocurrió fue porque estimó que tenía jurisdicción para hacerlo, lo cual basta, en frente de la consagrada reciprocidad legislativa en el derecho inglés, para que pueda demandarse el *execuátur*”. Empero, algunos de los testimonios mencionados por la Corte en la sentencia, indicaban que una sentencia colombiana dictada en las mismas circunstancias no sería reconocida

¹⁰⁵ Exp. 2008–407. En otras sentencias de rechazo se había constatado la existencia de reciprocidad con Panamá, pero otras condiciones habían impedido su reconocimiento, v. CSJ civ. 12 diciembre 1995 exp. 5098, *GJ*, t. ccxxxvii, n° 2476, vol. II, pp. 1579–1583, y 30 julio 1997 exp. 6329, *GJ*, t. ccxlix, n° 2488, vol. I, pp. 209–214.

¹⁰⁶ Esto acontece cuando el demandado no ha sido notificado personalmente de la demanda. Esta condición no existe en Derecho colombiano.

¹⁰⁷ CSJ civ. 10 octubre 1991 exp. se–222, *GJ*, t. ccxii, n° 2451, pp. 208–211, y 4 agosto 2010 exp. 2004–1311.

¹⁰⁸ CSJ civ. 19 diciembre 2012 exp. 2006–1448. En el mismo sentido, CSJ civ. 19 octubre 2009 exp. 2003–065 y 9 noviembre 2011 exp. 2010–211.

¹⁰⁹ A.I.M. van Mierlo y B.R.D. Hoebeke, “The Netherlands”, *Enforcement of Money Judgments*, L. W. Newman (ed.), Nueva York, Juris, 2010, p. NET–6.

¹¹⁰ Exp. 3626, *GJ*, t. ccxi, n° 2479, pp. 208–302.

ni ejecutada en Inglaterra; argumento este que ya había llevado a la Corte a negar el *execuátur* en otras ocasiones.

iii) En tercer lugar, el examen de la condición puede exceder la simple verificación de reciprocidad. Así, en una sentencia de 16 agosto 1988¹¹¹, la Corte negó el *execuátur* a una sentencia sueca de divorcio, pues juzgó que el criterio de competencia internacional indirecta de la ley sueca era subjetivo¹¹². Según ella, este criterio hacía incierta la recepción de las sentencias colombianas en Suecia. La Corte Suprema parece así censurar el grado de discrecionalidad que la ley sueca concede a sus tribunales.

Este uso de la reciprocidad retorsión es fuertemente criticado. La doctrina francesa resalta que ésta “hace soportar a unos individuos [unas] consecuencias que ellos pueden difícilmente influenciar, en perjuicio de intereses inmediatos”¹¹³ y que el criterio es exterior a la sentencia extranjera cuando lo único que importa es si la decisión es regular o no¹¹⁴. El profesor Lagarde afirma que la condición de reciprocidad es ciega pues, impuesta “para salvaguardar el interés abstracto de la dignidad del Estado” sin tener en cuenta la nacionalidad o el domicilio de las partes, ella se vuelve contra sus nacionales cuando ellos han obtenido una decisión en el extranjero¹¹⁵; situación frecuente en Derecho colombiano. En efecto, cuando la Corte niega el *execuátur*, como en el caso de las sentencias holandesas y sueca, obliga a las partes colombianas a presentar una demanda nueva sobre el fondo frente a los jueces colombianos —es decir un tercer proceso—, para enderezar su estado civil deficiente, con las demoras y el grave riesgo de contrariedad de decisiones que ello implica. La ineficacia de la decisión no afecta al Estado extranjero ni a su ordenamiento jurídico ni a las partes extranjeras, son los colombianos quienes deben sufrir las consecuencias de la severidad de su ordenamiento jurídico respecto de los Estados extranjeros.

B) Incoherencias de la prueba

La aplicación de la condición es fuente de varios problemas de tipo probatorio. En primer lugar, en virtud del art. 177 del Código de procedimiento civil (hoy 167 del Código general del proceso), la Corte ha considerado que quien

¹¹¹ CSJ civ. 16 agosto 1988 exp. s-300, *GJ*, t. cxcii, vol. II, n° 2431, pp. 84-87.

¹¹² La disposición sueca transcrita en la sentencia es la siguiente: “Una sentencia de divorcio proferida en un Estado extranjero tendrá validez en Suecia si, atendiendo a la nacionalidad de los esposos o a sus domicilios o a otras relaciones, hubiere motivos razonables para el examen de la causa en el país extranjero mencionado”.

¹¹³ Cf. B. Audit y L. d’Avout, *op. cit.*, p. 457.

¹¹⁴ P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 146.

¹¹⁵ Cf. P. Lagarde, *loc. cit.*, p. 142.

invoca la sentencia extranjera debe demostrar la reciprocidad¹¹⁶, es decir, debe probar la ley extranjera o el tratado según el caso.

En el caso de la reciprocidad legislativa, las dificultades reposan en las formalidades de la prueba de la ley extranjera. Bajo el código de procedimiento civil, la intervención de las autoridades consulares colombianas o extranjeras era obligatoria, lo cual forzaba a la Corte a suspender el proceso en espera de dichas autoridades y eventualmente a negar el executur¹¹⁷. La Corte terminó por flexibilizar las consecuencias del rechazo cuando se había fundado en la ausencia o inadecuación de la prueba del derecho extranjero, autorizando la presentación de una nueva solicitud de executur¹¹⁸. Es probable que esto cambie bajo el código general del proceso, pues su art. 177 generalizó la posibilidad de probar la ley extranjera a través de certificados de costumbre.

La prueba de la reciprocidad diplomática entraña una incoherencia y un error. La incoherencia resulta de los adagios *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius* aplicados por la jurisprudencia colombiana¹¹⁹. De acuerdo con el procedimiento de aprobación y ratificación de los tratados, las convenciones firmadas por el Gobierno deben ser objeto de una ley de aprobación (que reproduce además integralmente el texto de la convención)¹²⁰. Por consiguiente, la parte que solicita el executur de una decisión extranjera deberá aportar la prueba de la ley... ¡colombiana! Si bien la Corte debe asegurarse de que la convención invocada está en vigor, eso no justifica de ninguna manera que la carga de la prueba de la reciprocidad diplomática sea puesta en cabeza de las partes¹²¹.

¹¹⁶ CSJ civ. 17 febrero 1988, *GJ*, t. cxcii, n° 2431, pp. 32–36, 25 septiembre 1996 exp. 5724, no publicada, y 16 julio 2001 exp. 7528. Más de la mitad de las sentencias en las que se ha negado el executur se han fundado en el incumplimiento de este deber del demandante.

¹¹⁷ En ciertas decisiones, la Corte afirma haber esperado años a que el demandante aporte la prueba de acuerdo con las exigencias del código, *vid.* CSJ civ. 4 mayo 2012 exp. 2008–2100.

¹¹⁸ CSJ civ. 25 julio 2005 exp. 2000–201 y 3 agosto 2005 exp. 152. Sin embargo, no hay ejemplos en jurisprudencia de la reintroducción de una solicitud de executur. Parece que el solicitante prefiera obtener una nueva decisión sobre el fondo.

¹¹⁹ Estos adagios no han sido aplicados en derecho internacional privado. Sobre su aplicación en materia de responsabilidad civil, *vid.* CSJ civ. 19 febrero 1999 exp. 5099, *GJ*, t. cclviii, n° 2497, pp. 88–122, 4 septiembre 2000 exp. 5602, 11 septiembre 2002 exp. 6430, 9 junio 2005 exp. 1995–9457, 11 julio 2005 exp. 7725, 27 noviembre 2007 exp. 2002–8101 y 6 agosto 2010 exp. 2002–189; y de derechos fundamentales, Const. T–146/10, T–549/06 y T–047/11. Además, los adagios son considerados principios generales del Derecho.

¹²⁰ La Constitución de 1991 impuso el control de constitucionalidad de la Corte Constitucional de la convención internacional y de la ley de aprobación respectiva. Este control precede la ratificación del tratado por parte del Gobierno. Este proceso está contenido en los arts. 150.16, 170, 189.2, 224 y 241.10 de la Constitución y en la ley 7 del 30 noviembre 1944.

¹²¹ Empero, la carga de la prueba recae parcialmente en las partes pues la Corte Suprema solicita normalmente un certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los tratados en vigor con el país de origen de la sentencia extranjera; lo que parece obligar a la Corte a pronunciarse sobre la aplica-

Luego, la reciprocidad lleva la Corte Suprema a cometer un error en la aplicación de las convenciones ratificadas por Colombia en materia de eficacia de sentencias extranjeras. El error se manifiesta de dos maneras: la inaplicación de la convención¹²², por un lado, y por otro la aplicación cumulativa de la convención y de las reglas internas. En el primer caso, las convenciones son reducidas a simples pruebas de la reciprocidad pues, una vez esta es establecida en su versión diplomática, la Corte Suprema, en vez de confrontar la decisión a las condiciones de eficacia de la convención, efectúa el control según las reglas internas¹²³¹²⁴. En el segundo caso, la sentencia extranjera debe satisfacer tanto las condiciones de la legislación interna como las de la convención que le es aplicable. El control es, en consecuencia, más severo con las decisiones provenientes de países con los cuales Colombia tiene tratados internacionales¹²⁵. La Corte olvida que al concluir un acuerdo en este tema, los Estados buscan facilitar y simplificar la circulación de las sentencias entre ellos, para lo cual fijan las condiciones para su reconocimiento y su ejecución; es evidente que aplicarles otras

bilidad de todos los instrumentos, *vid.* CSJ civ. 10 febrero 2011 exp. 2005–1296. Esta manera de proceder ha llevado a la Corte a conceder el *execuátur* en virtud de una convención que no era aplicable, *vid.* CSJ civ. 11 abril 2008 exp. 2005–080, y a no aplicar una que lo era, *vid.* CSJ civ. 3 agosto 1995 exp. 4725, *precitada*.

¹²² Este error ya se había presentado en materia de conflicto de leyes en la sentencia del 7 marzo 1952, *precitada*. La Corte Suprema de justicia había mencionado el art. 19 del código civil, a pesar de que el tratado bilateral con el Ecuador era aplicable. Para la Corte, la aplicación del código se justifica porque este y el tratado tienen el mismo criterio de conexión.

¹²³ CSJ civ. 20 noviembre 1992, *GJ*, t. ccxix, n° 2458, pp. 635–641, 30 noviembre 2001 exp. 7641, 8 abril 2008 exp. 2007–1578, 14 octubre 2011 exp. 2007–1235 y 24 octubre 2011 exp. 2006–482. En el caso de las sentencias ecuatorianas, país con el cual dos convenciones están en vigor (el tratado bilateral sobre derecho internacional privado de 1903 y la convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y los laudos arbitrales extranjeros de 1979), la Corte invoca y aplica a veces una sola de las dos convenciones: CSJ civ. 3 agosto 1998 exp. 7146, *GJ*, t. cclv, n° 2494, pp. 302–310, y 8 abril 2008 exp. 2007–1578; sin dar precisiones sobre su articulación. Sin embargo, someter estas sentencias al *execuátur* constituye una violación del artículo xl del tratado de 1903, pues este establece que la ejecución de las sentencias debe pedirse por medio de exhorto al juez de primera instancia del lugar en el que debe cumplirse.

¹²⁴ La Corte exige que la causal de divorcio invocada en las sentencias extranjeras exista en el derecho colombiano, *vid.* entre otras, CSJ civ. 10 julio 2000 exp. 7735 y 29 junio 2010 exp. 2008–030. La Corte parece deformar los arts. 163 y 164 del Código civil según los cuales la identidad de la causal solo se exige a los divorcios en el extranjero de matrimonios celebrados en Colombia. Puesto que ninguna convención ratificada por Colombia consagra esta condición, este sería también un caso de violación de las convenciones. En algunas sentencias, la exigencia de identidad de la causal no fue estudiada, a pesar de ser aplicable, *vid.* CSJ civ. 16 enero 1995 exp. 4939, *GJ* t. ccxxxiv, n° 2473, pp. 7–17; 9 agosto 1995 exp. 5083, *GJ*, t. ccxxxvii, n° 2476, vol. I, pp. 396–401; 22 septiembre 1999 exp. 7271, *GJ*, t. cclxi, n° 2500, pp. 330–334, 31 julio 2007 exp. 2005–176, y 30 septiembre 2010 exp. 2009–1930.

¹²⁵ CSJ civ. 17 mayo 1978, *GJ*, t. clviii, n° 2399, pp. 77–80; 19 julio 2005 exp. 2004–074; 31 julio 2007 exp. 2005–176; 8 abril 2008 exp. 2007–1578; 31 octubre 2008 exp. 2008–276; 29 junio 2010 exp. 2008–030; 30 septiembre 2010 exp. 2009–1930; 25 febrero 2011 exp. 2006–1989; 8 septiembre 2011 exp. 2011–773; 24 octubre 2011 exp. 2011–234; 29 noviembre 2011 exp. 2008–647. Vale la pena resaltar que la Corte no es rigurosa y en ocasiones no especifica la causal por la cual niega el *execuátur*.

condiciones es contrario a dichos tratados¹²⁶. Este error de la Corte es lamentable y además no se puede corregir fácilmente¹²⁷.

El arbitraje internacional ofrece, además, un ejemplo paradójico del error mencionado. Según el art. I.3° de la Convención de Nueva York de 1958, los Estados parte pueden hacer reservas sobre la aplicación de la convención a las sentencias arbitrales procedentes de un Estado contratante. La doctrina considera que la ratificación de la convención sin reservas significa que este instrumento constituye el Derecho común en la materia, es decir, el Derecho aplicable al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, incluso provenientes de Estados no contratantes¹²⁸. A pesar de que Colombia no hizo dicha reserva, en las tres sentencias de ejecución de laudos extranjeros (todos provenientes de países contratantes)¹²⁹, la Corte declaró la existencia de reciprocidad diplomática en virtud del art. 693 del código de procedimiento civil. La reciprocidad es entonces exigida en un contexto donde esta fue excluida implícitamente. Este error también podría desaparecer con la entrada en vigor del nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional (Ley 1563 de 2012), pues este no hace ninguna referencia a la reciprocidad.

Desafortunadamente, el art. 605 del Código general del proceso, del cual se deduce la reciprocidad, no se presta para una interpretación diferente. Si bien la eliminación de la condición de reciprocidad sería ideal, algunas de las falencias comentadas podrían ser evitadas si la Corte Suprema de Justicia corrige la aplicación de la condición, adoptando una lectura uniforme, menos hostil hacia las decisiones extranjeras, y respetuosa de los compromisos internacionales. Esto llevaría en últimas a evitar también la referencia a los principios de territorialidad y de soberanía cuya inadecuación para resolver los problemas que se plantea el Derecho internacional privado ha sido demostrada.

Aunque se espera haber demostrado que los principios fundamentales del derecho internacional privado colombiano son inapropiados, pues vician el análisis de los problemas abordados por la materia y perturban la construcción de las soluciones, lo esencial es llamar la atención sobre algunos de los puntos que

¹²⁶ Así lo había afirmado la Corte en su sentencia del 5 noviembre 1996 (exp. 6130) que en vista de un tratado, “todo lo atañero al ejecutivo debe ajustarse a sus cláusulas aunque el contenido de estas no se amolde con rigurosa exactitud a lo dispuesto, ‘como Derecho común’, en los ordenamientos procesales nacionales de los países signatarios”.

¹²⁷ La sentencia que resulta del proceso de ejecución no admite recurso, lo que impide toda contestación de los argumentos utilizados por la Corte.

¹²⁸ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, p. 105.

¹²⁹ CSJ civ. 20 noviembre 1992, *precitada*; 27 julio 2011 exp. 2007–1956 y 19 diciembre 2011 exp. 2008–1760.

valdría la pena debatir en aras de modernizar, y eventualmente codificar, la materia en Colombia.

Bibliografía

- Aubry, J.: “De la notion de territorialité en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 1900, pp. 689–704, 1901, pp. 253–273 y 643–671, y 1902, pp. 209–243.
- Bonnichon, A.: “La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, pp. 615–635 y 1950, pp. 11–32.
- Mayer, P.: “Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, pp. 1–33, 349–388 y 537–583.
- Álvarez Londoño, L. F. y Galán Barrera, D. R.: *Derecho internacional privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Audit, B. y d’Avout, L.: *Droit international privé*, 7ª ed., París, Economica, 2013.
- Bello, A.: *Principios de derecho internacional*, París, Librería de Garnier Hnos., 1873.
- Bureau, D. y Muir-Watt, H.: *Droit international privé*, t. I, 3ª ed., París, Presses Universitaires de France, 2010.
- Caicedo Castilla, J. J.: *Derecho internacional privado*, t. I, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1967.
- Cock Arango, A.: *Tratado de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952..
- Combacau, J. y Sur, S.: *Droit international public*, 10ª ed., París, Montchrestien/Lextenso, 2012.
- Comu, G.: *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., París, Presses Universitaires de France/Quadrige, 2007.
- Fouchard, P., Gaillard, E. y Goldman, B.: *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996.
- Herrán Medina, Á.: *Compendio de Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 1959.
- Mantilla Rey, R.: *Apuntes de Derecho internacional privado. Parte general*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1982.
- Mayer, P. y Heuzé, V.: *Droit international privé*, 11ª ed., París, LDGJ/Lextenso, 2014.
- Mayer, P.: *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, París, Dalloz, 1973.
- Monroy Cabra, M. G.: *Tratado de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2006.
- Rousseau, C.: *Droit international public*, París, Recueil Sirey, 1953.
- Salmon, J. (dir.): *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas, Bruylant, 2001.
- Sinders, D.: *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, París, L.G.D.J., 2008.
- Sotomonte Mujica, D.: *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Gothot, P. y Lagarde, P.: v. “Conflits de lois (Principes généraux)”, en *Répertoire de Droit international*, t. I, París, Dalloz, 2006.

- Lagarde, P.: “La notion de réciprocité en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 154, 1977, pp. 103–214.
- Mayer, P.: “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des Cours*, t. 327, 2007, pp. 9–377.
- Mierlo (van), A. I. M. y Hoebeke, B. R. D.: “The Netherlands”, en L. W. Newman (ed.), *Enforcement of Money Judgments*, Nueva York, Juris, 2010.
- Morvan, P.: “Principes”, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), París, Quadriage/Lamy/Puf, 2003, pp. 1201–1204.
- Navia Arroyo, F.: “La teoría de los estatutos y el código civil”, *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 121–165.
- Samtleben, J.: “El territorialismo de las leyes en América Latina”, *Primer Seminario Nacional de Derecho internacional privado*, México, UNAM, 1979, pp. 171–209.
- Wilhelm, W.: “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 104, 1961, pp. 273–465.

Recepción: 8.4.2016
Aceptación: 21.5.2016

LA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. SU CONCORDANCIA Y ADICIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE FAMILIA. EL CASO DE MEXICO

María Virginia AGUILAR *

“El futuro es el tiempo de los oprimidos”

Daniel Cazés

SUMARIO: I. Introducción, II. Historia y Actualidad de la Ley Modelo mexicana de DIPr y de los derechos humanos en México III. Las adiciones necesarias de derechos humanos en materia de familia IV. Realidad aplicada a los grandes perdedores de la familia: los niños. Casos Prácticos. V. Conclusión.

RESUMEN: El 10 junio 2011 hubo una reforma a la Constitución Mexicana que ha sido trascendente tanto en asuntos nacionales como internacionales, sin embargo, en la familia ¿son todos los integrantes de ésta iguales en derechos? En la práctica y en la vida diaria ¿por qué los niños siguen siendo los grandes perdedores en la protección de esta reforma?.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CODIFICACIÓN – DERECHOS HUMANOS.– MÉXICO.

ABSTRACT: *The Model Law of Private International Law. His Concondance and Adding Human Rights in the Area of Family. The Case of Mexico*

On June 10, 2011 was an amendment to the Mexican Constitution. This amendment has been transcendental not only for national issues but also in international ones; however, in family matters, is every member of the family equal in rights? In practice and in everyday life, why do children remain as the biggest losers in the protection of their human rights?

* Profesora de Derecho internacional privado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Ex Presidente en el período 2013–2014 de la Academia Mexicana Derecho internacional privado y Comparado, A. C. (AMEDIP).

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW – CODIFICATION – HUMAN RIGHTS – MEXICO.

I. Introducción

El 10 junio 2011 hubo una reforma a la Constitución Mexicana en el art. 1^o¹ que ha resultado trascendental gracias a que amplió el contenido de derechos constitucionales y elevó a las garantías individuales al rango de Derechos Humanos, magnificó el concepto de persona (principio *pro personae*)² y tutela el principio *pro homine*, reconocidos tanto en la propia Constitución como en los Tratados Internacionales de los que México es parte. Después de esa reforma las legislaciones y autoridad judicial o administrativa deben contemplar la introducción de artículos concernientes a los derechos humanos.

Nuestra Ley de Derecho internacional privado incluye esa protección y reconoce los derechos de primera, segunda y tercera generación que se refieren a la persona, los bienes y las cuestiones sociales, económicas y culturales respectivamente. “Todos estos derechos, establecidos constitucionalmente, ordenan tareas a cargo del Estado; si los poderes públicos no las cumplen, estarían violando la Constitución”³.

Inicio este trabajo con una breve historia de la creación de la citada Ley de Derecho internacional privado y de la introducción en México de los derechos humanos. Después de ese preámbulo pretendo desarrollar una disertación acerca

¹ Art. 1°. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

² Protección. Principio pro persona. Tesis 1º/J. 10/2014 (10º) Visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 487: Registo Digital: 2005717, publicado el viernes 28 febrero 2014, de aplicación obligatoria a partir del lunes 03 marzo 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013. “...Obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana.”

³ M. Carbonell, “Las obligaciones del Estado en el art. 1º en la Constitución Mexicana”, en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, pp. 63–102.

de la protección que va dirigida a la familia y sus integrantes, desde el supuesto de que las reglas deben de ser iguales para todos, dirigiendo la atención en los menores y haciendo una crítica a la supuesta protección de los derechos humanos que prestan los padres a sus hijos sobre la reflexión de que siguen siendo los grandes perdedores. Finalmente se expone la subordinación de los derechos del niño a los intereses de los padres y como la actuación de éstos pone en un contexto de exclusión y desigualdad a sus hijos, partiendo de su propia problemática y en un desenlace de obscuridad o desentendimiento de los daños colaterales que les provocan.

Como ejemplo se exponen dos casos prácticos de menores que a consecuencia de una problemática de pareja se observa un desenlace de obscuridad de los derechos y cuidados de estos niños y el daño en su dignidad, haciendo evidente la poca importancia que aún tienen los menores en la vida diaria, lo que los convierte en grupo minoritario y vulnerable.

Concluyo con algunas declaraciones que podrían ayudar a solucionar parte del problema que se plantea.

II. Historia y actualidad de la Ley Modelo mexicana de DIPr y de los derechos humanos en México

La Academia mexicana de Derecho internacional privado desde 2005 inició el estudio de su ley modelo, pero, fue hasta 2007 que todos los miembros de esta comunidad la pusieron a consideración con diversos trabajos desarrollados en su Seminario de ese año que se celebró en Puebla (entidad de la República mexicana⁴) y, posteriormente en otros Seminarios con trabajos alusivos a la misma que la han seguido depurando, como en el del año 2015. Este año nuestra Academia Mexicana de Derecho internacional privado celebrará su 39 Seminario, que anualmente se lleva a cabo en diferentes plazas de la República mexicana cuyo fin es la difusión del Derecho internacional privado, igual que el que persigue el de la Complutense de Madrid, que este año celebra su décima versión⁵.

La Ley en mención, hasta éste momento consta de 255 artículos cuyo contenido incluye disposiciones generales, derechos de la personalidad, protección de menores, derecho de familia, bienes y derechos reales, obligaciones, sucesión

⁴ México cuenta actualmente con 32 Estados, ya que en enero de 2016 el Distrito Federal dejó de serlo y se erigió en el Estado ahora llamado Ciudad de México.

⁵ L. Pereznieta Castro, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., México, Oxford University Press, 2015, p. 39: "El Seminario propuso en su trigésima reunión un "Proyecto de Código Modelo de Derecho internacional privado" para México que fue publicado en el número 20 de la Revista, en octubre de 2006...ese mismo proyecto fue discutido durante la Trigésima Segunda reunión del Seminario en noviembre de 2009 y en 2014 se preparó una nueva versión" que fue discutida en 2015.

por causa de muerte, obligaciones, relaciones laborales, títulos de crédito, actividad procesal y un capítulo de modificaciones a otras leyes federales, que más que formar parte de la ley es una sugerencia de diferentes conceptos de elección de foro y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, incluyendo los preceptos que se refieren en diversas convenciones de las que México es parte. Incluye conceptos de derechos humanos principalmente en los capítulos referentes a personas, protección de menores y familia (Capítulos II, III y IV) así como una parte en obligaciones y en la parte social cuando tratamos sobre aspectos laborales.

Como se puede apreciar esta Ley contiene más de una materia y una parte sustantiva y otra adjetiva, cuya labor de estudio y recopilación ha estado a cargo principalmente de los Doctores Leonel Pereznieta Castro, Jorge Alberto Silva y de la que esto refiere.

Tiene hasta la fecha dos inconvenientes, el primero y principal es que aún no es vigente, estamos en espera de cabildearla (en este momento se encuentra en estudio en el Senado) pero debemos esperar para que sea aprobada y que pase a la Cámara de Diputados para su estudio, en cuyo caso, si se llegase a aprobar quedaría el segundo problema por decidir, si puede o no, ser una ley general o federal y, en caso negativo, habrá que cabildearla en cada uno de los Estados, que no será trabajo fácil.

Como no es éste el tema a resaltar, en este ensayo únicamente me voy a referir a lo relacionado con persona y familia y a la igualdad que debe prevalecer en todos los miembros que la componen y cómo es notorio que la pretendida universalidad de los derechos humanos se ve mermada en el reconocimiento de las diferencias etológicas y de estructura familiar, lo que provoca las diferencias y los resultados constantes de agresión a los menores.

Vemos como las figuras paternas siguen siendo superiores a la de los menores a su cargo y cómo, en las reglas de convivencia diaria, se trastocan los derechos de los niños que aunque sean sus hijos, los progenitores los afectan por tratar de dañar a la pareja en franca ceguera o racionalidad indolente a lo que puede suceder alrededor de las consecuencias o efectos de los problemas de familia, que no necesariamente tienen que ser de violencia.

En cuanto a la historia del Derecho internacional privado y los derechos humanos cabe decir que México mantuvo una política territorialista hasta un poco más de la primera mitad del siglo 20, primero por las secuelas de los siglos de colonialismo, después por las diversas guerras entre las que se encontró la de Reforma, la Revolución de 1910 y la turbulencia social y política que se mantuvo hasta la creación de la Constitución de 1917 dejaron secuelas y escrúpulos ante lo que tuviera que ver con extranjeros y las relaciones con éstos.

Posterior a la Primera Guerra cuando se creó la Sociedad de las Naciones que fue conocida como la primera organización de naturaleza internacional, nuestro país no fue invitado y en la Convención de Derecho internacional privado del 20 febrero 1928 (Código de Bustamante), México firmó pero no la ratificó. De hecho terminamos envueltos en la Segunda Guerra a consecuencia de que Alemania hundió dos barcos de bandera nacional mexicana por lo que se vio constreñido a declarar la guerra el 22 mayo 1942.

Pasados los años “se resalta el quehacer de la diplomacia mexicana en la elaboración y aprobación de la Resolución 2131 (XX) de 1965 concerniente al principio de la no intervención, pero... fue hasta 1970 con la relevante Resolución 2625 (XXV) que reúne y desglosa los Principios de Derecho Internacional referente las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”⁶.

En cuanto a los derechos humanos, aun cuando los derechos sociales se introdujeron en la Constitución de 1917, las tendencias internacionales continuaron igual que en el siglo XIX, desde luego hubo varias reformas a nuestra Carta Magna pero poco importantes. Fue hasta 1988 que se introdujeron los principios de una política exterior como consecuencia de la guerra fría y de los conflictos centroamericanos que surgieron en diversos países como Nicaragua, El Salvador y Guatemala en los que se trastocó la soberanía de varios Estados con la intromisión de Estados Unidos y la amenaza de enfrentamiento por parte de la Unión Soviética, por lo que México en unión con Panamá, Venezuela y Colombia formó el grupo Contadora para eliminar o limitar la injerencia de los países Este-Oeste que agudizaban las confrontaciones centro americanas.

Sin embargo la Nación mexicana continuaba reticente a organizarse y a establecer conceptos internacionales, en materia de comercio se vio obligado a pertenecer al GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) en 1986 y en materia de derechos humanos fue a consecuencia del caso *Rosendo Radilla Pacheco*⁷ quien después de que fue detenido y desaparecido, su familia acudió a todos los medios jurídicos ordinarios nacionales y una vez concluidos en 2001, se investigó por la aún joven Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) pero por falta de una respuesta por parte del Gobierno mexicano sobre

⁶ R. Méndez-Silva, “Bases constitucionales de la Política Exterior Mexicana”, *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo)*, Opus n° 16, jul-Dic, México, 2014, pp. 243-254. Ponencia presentada en el Coloquio Franco-mexicano de Derecho Internacional Público de las Universidades del París Sud- Universidad Nacional Autónoma de México.

⁷ Líder del Municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero (otra entidad de la república mexicana), quien trabajó por la salud y educación de ese pueblo en el que fue Presidente Municipal y quien fue detenido y desaparecido por militares. La última vez que lo vieron vivo fue el 25 agosto 1974.

las recomendaciones emitidas, fue puesta a consideración a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por violación a los derechos personales, judiciales de debido proceso y principalmente por la desaparición forzada (arts. 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Comisión y art. 1.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, por lo que el 23 noviembre 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia en la que condenó al Estado mexicano a hacer cambios estructurales en su política pública para la defensa y cuidado de los Derechos Humanos por las violaciones graves cometidas en agravio de Rosendo Radilla y la desaparición forzada de varias personas más.

Asimismo, la desaparición de 72 inmigrantes en 2010, provocó que se reformara además del art. 1º, que se adicionara el 102 *bis* y se tuvieron que crear una nueva Ley de Migración y de su Reglamento.

La introducción de los conceptos internacionales a la legislación mexicana está sustentada en los arts. 76 (facultad de los senadores para analizar la política exterior), 89 fracción X (facultad del Presidente de la República mexicana para intervenir en la política exterior) y el 133 (requisitos para considerar válidos los tratados y convenciones de los que México es parte y la forma de incorporarlas a la legislación nacional) que forman el *corpus juris* de la política exterior mexicana.

Por otra parte, la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados por parte de los Estados parte que firman los Tratados, nace de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 1965 “Sobre los Tratados Internacionales”, que indican la obligatoriedad y principios de buena fe y *Pacta Sunt Servanda* de buscar cumplir los objetivos del convenio del que sean parte y evitar asumir normas nacionales que estén en contradicción de las internacionales, así como crear los medios para lograr los objetivos a los que se comprometió.

III. Las adiciones necesarias de derechos humanos en materia de familia

Es importante destacar que aun y cuando la reforma y adición a la Constitución ha sido un paso importante, es necesario continuar con el dictado de leyes secundarias que brinde efectividad a los criterios adquiridos. Uno de los investigadores y tratadista mexicano respecto a la actuación que debe tener el Estado mexicano en cuanto a la reforma explica que se requiere de muchas otras cuestiones cuando afirma:

“La correcta interpretación del art. 1º constitucional debe ser en el sentido de que el legislador tiene el deber de emitir las disposiciones suficientes y de valorar los derechos humanos a

través de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos”⁸.

Refiriéndose a las reparaciones que establece la Corte Interamericana conforme a los contenidos internacionales⁹, buscando una interpretación más favorable a la persona que haya sido afectada o violada en sus derechos humanos.

“Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos del año 2011 tiene como uno de sus ejes vertebrarles la apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional con todo lo que ello supone: recepción de los tratados e incorporación de los mismos al derecho interno con rango constitucional, pero también reconocimiento del derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano, entre otras muchas cuestiones”¹⁰.

De ahí la relevancia de la reforma de 2011 porque a partir de ahí los tratados internacionales sobre derechos humanos, son constitución.

Efectivamente los principios de los Derechos Humanos se han direccionado, principalmente a la protección de todos los individuos y principalmente a la de grupos vulnerables y minoritarios.

Los menores se encuentran dentro de éste sector porque ellos mismos son incapaces de enfrentar el peso de la vida sin ayuda de los mayores de los que dependen. Por ello, en cuanto a los menores se busca en todo momento “su beneficio superior”¹¹ que es el principio de orden que se estableció en la Convención Internacional del Niño de la cual emanaron otras convenciones también sobre la protección de los niños, esto es porque la comunidad internacional comprende que los menores no tienen agencia, es decir, no tienen capacidad de actuar y proyectar o propiciar los medios necesarios para lograr sus metas.

El art. 4º constitucional¹² establece que la familia y todos sus miembros velarán por el bienestar de los niños bajo el principio antes citado “el interés superior

⁸ M. Carbonell, *Teoría de los derechos humanos y del control de constitucionalidad*, 3ª ed., México, Unam-III, 2014, pp. 14-15.

⁹ El pacto de San José establece las reparaciones en el art. 63.1º: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹⁰ M. Carbonell, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por México el 21 septiembre 1990, en la que todas las naciones parte se comprometieron a respetar el derecho superior “interés superior” por encima del de los padres, por su vulnerabilidad.

¹² Art. 4º. “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del *interés superior de la niñez*, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para

de la niñez” en el entendido de que los custodios de este cuidado y el propio Estado, garantizarán el cumplimiento de estas obligaciones.

Pero ¿qué pasa cuando los padres entran en pugna, cada quien en defensa de sus propios derechos y sus propios intereses y usan a los hijos como moneda de cambio?, las autoridades al momento en que cada parte solicita la defensa y reparación de un derecho propio ¿de qué manera puede o debe ser ponderado el derecho de los menores?.

¿Por qué entonces en los conflictos de pareja tanto a nivel nacional como internacional quienes resultan más afectados en sus derechos son los niños?, desaparecen de la escena, se difuminan, cuando los padres discuten y cuando van a los juzgados y pelean “según ellos por los derechos de sus hijos”, cuando los secuestran, cuando los ocultan, precisamente esos padres, a veces conscientemente y a veces no, les quitan la voz a sus hijos, los llevan a la oscuridad, al silencio.

A partir de ésta problemática en el tema del cuidado de los niños el análisis debe partir del motivo por el cual los derechos humanos en este grupo pierden su calidad de universalidad e igualdad, cuando compiten entre sí distintas maneras de ver el mundo, de conocer, sentir, pensar, de cultura y de interpretación de la vida, por ser los casos en estudio provocados por conflictos entre personas con nacionalidades y culturas diferentes que convergen en un hijo.

Al respecto, el sociólogo Boaventura de Souza Santos expone una hipótesis sobre la razón indolente y expresa su proyecto de transformación social con base en la experiencia social de los grupos explotados y oprimidos¹³. Teoría que la relaciono con la actuación parental al defender cada uno de ellos su “razón indolente” al realizar actos atentatorios en contra de la dignidad de sus hijos desde sus propia posición autocomplaciente, en cuanto razona el autor: “El aparente consenso sobre la universalidad de los derechos humanos disfraza, en realidad, el hecho de que estos constituyen un campo de luchas materiales y simbólicas, un espacio de tensión y conflicto atravesado por relaciones sociales e intereses divergentes”.

su desarrollo integral. este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (reformado mediante decreto publicado en el DOF el 12 octubre 2011). Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgara facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

¹³ S.B. de Souza, *Crítica de la razón indolente contra el desperdicio de la indolencia*, Bilbao, Ed. Desclee de Brouwer S.A., 2003: *vid.*, asimismo, A.J. Aguiló Bonet, “Los derechos humanos como campo de luchas por la diversidad: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos”, *Universitas humanística* (Bogotá), n° 68, 2009, pp. 179–205.”

Dicen que los niños son el futuro del mundo, ¿y su presente? ¿Quién lo defiende? ¿Quién es el responsable de la ponderación de sus derechos humanos? hasta el día de hoy deja mucho que desear la situación inequitativa de los niños ante la posición de los padres, cada uno en defensa de su razón pero en absoluto desajuste respecto a los niños que deben ser considerados iguales bajo un parámetro de respeto a la dignidad, pero vemos en el caso de los menores y, a veces en especial de las niñas, que sus derechos se observan mermados por los demás miembros de la familia, por lo que la igualdad se convierte en discurso. La regla general establece que todas las personas son sujetos de derechos humanos, en esta generalidad obvio es que se incluya a los niños, con el fin de lograr una vida digna sin actos de violación que la perturben para lograr un desarrollo pleno y en un plano soberano¹⁴ y de democracia donde todos somos iguales.

En este orden de ideas tendríamos que ponderar quién debe tener más o menos derechos a tutelar. Cuando hablamos de ponderación nos tenemos que referir a Robert Alexy, quien afirma al respecto que: “Es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto, qué es lo que en concreto que se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de este pesaje o ponderación...Entendiendo que: “las magnitudes sobre las que se aplican (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal”¹⁵.

Hay autores que sugieren tomar un suceso que afecte moral y relevantemente a un sujeto, en este caso a un niño y, tratar de verlos interactiva e institucionalmente, es decir, desde el punto de vista de qué sujeto individual o colectivo produce el daño y como efectos del modo como está estructurada la parte institucional con sus leyes y convenciones e instituciones sociales para conducir hacia un análisis o diagnóstico moral¹⁶, situación en la que tenemos que tener una perspectiva desde el actor. Para otros, se debe plantear la solución evaluando los principios legales que puedan revisar el contexto social, pero no solo en términos de los conceptos de los principios abstractos, sino desde la evaluación de los individuos menos poderosos de la sociedad.

Desde una perspectiva orientada a los actores ”haciendo una evaluación del campo de los derechos humanos internacionales desde una perspectiva del debate de la visión universalista, de los derechos de los grupos y los individuos y

¹⁴ L. Ferrajoli, *Principia Juris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, t. II, Madrid, Trotta, 2011, p. 14: “los derechos fundamentales son fragmentos de soberanía que nos convierten a todas y cada una de las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública”.

¹⁵ R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, México-Madrid, Editorial Fontamara, 2013, p. 252.

¹⁶ Th. Pogge, *Hacer Justicia a la Humanidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 51.

sobre la jerarquía frente a la indivisibilidad de los “derechos”¹⁷. Cuyo estudio en realidad hace una comparación entre los derechos humanos occidentales y orientales, haciendo relevante que la universalidad de estos derechos dependerá del lugar donde se realice el discurso partiendo del concepto que existe una reinterpretación y un contexto pluralista y a partir del uso estratégico de las normas culturales o religiosas así como de los derechos formales, cuando se presentan situaciones reales. Se trata de una teoría que trata de explicar que la universalidad de los derechos fundamentales tiene que ver con la cultura y la forma en que viven los actores y los efectos que tendrá en cada uno de éstos según sus necesidades y requerimientos.

IV. Realidad aplicada a los grandes perdedores de la familia. Los Niños. Casos Prácticos.

México ha firmado aproximadamente 150 convenios relacionados con los derechos humanos, algunos de estos documentos son bilaterales, regionales o multilaterales, que pueden ser también generales o sectoriales. Dentro del *corpus iuris* de la protección de los niños encontramos como se explicó con antelación, a la Convención de los Derechos del Niño que es el marco general y existen varias convenciones que contienen la protección de los derechos humanos de los niños, una de las más importantes es la Convención de los aspectos civiles de la sustracción internacional de los niños¹⁸.

Los casos tratan de niños que fueron trasladados de su última residencia habitual a otro lugar, en ambas situaciones por sus madres evitando que el padre pueda disfrutar de su derecho de custodia sobre esos hijos, pero lo peor, evitando que esos niños tengan apego con un familiar, una familia, su cultura, nacionalidad y a veces hasta la oportunidad de ser ellos mismos porque llegan a cambiarles la identidad.

i) El primer caso versa sobre un menor que nació en Estados Unidos en abril de 2011, de padre italiano y madre nacida en Hungría, a los dos meses después de que nace los padres van a vivir a España. De ahí, con motivo de las vacaciones decembrinas y el tiempo de frío, regresan al lugar de Estados Unidos donde había nacido el niño a finales de 2011, el padre regresa a España en el mes febrero del año 2012 y la madre con el hijo tenían que regresar en abril también, diez días antes del primer cumpleaños del pequeño, ella avisa que no lo va a regresar.

¹⁷ N. Kabeer (ed.), *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, México, PUEG/Unam, 2005 y dentro de esta obra el artículo de C. Nyamu-Musembi, “Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores”, pp. 37–53, esp. p. 38.

¹⁸ México es parte firmante de ésta Convención de la Haya de 1980, desde el 25 junio 1991.

Tras dos años de búsqueda en Estados Unidos se entera el padre que la madre se lo llevó a México (un tercer país), y cuando se le encuentra se vuelve a escapar dentro del propio país, aunque ya se ha decidido que es un traslado ilícito y que debe regresar al menor al lugar de su residencia habitual, la madre ingresa un Amparo (que es un juicio y un medio de impugnación que se usa en México para quejarse de la autoridad que pueda haber afectado sus derechos subjetivos y que tienen la particularidad de que detienen cualquier procedimiento), y se queja de que se están afectando sus derechos humanos por parte del padre y de la autoridad que pretende robarle al hijo. El padre a su vez se queja que también ha sido afectado en su derecho humano de compartir al menor.

ii) Segundo caso. Una niña que fue maltratada por su padre en Alemania, nacida allá de padre alemán y madre mexicana, la madre la lleva a México en unas vacaciones y ya no quiso regresar, el padre solicita la restitución internacional y al cabo de un año se la regresan, el problema es que ahora la niña ya no puede ver a su madre con frecuencia y el padre le da de comer siempre lo mismo al grado de enfermarla, la madre va y se queja que le afectaron sus derechos humanos y el padre dijo lo mismo. ¿Dónde están ubicados los derechos humanos de cada uno y al ponderar cuál es más importante de tutelar?

V. Conclusión

Todas estas consideraciones vienen a colación para reflexionar que no basta el discurso del uso y aplicación de los derechos humanos, porque es evidente que en cuanto a los menores aún siguen siendo seres “sin voz” y su dignidad esta en las manos de los intereses de los padres más que de los niños, debemos abrir e implementar las normas jurídicas y “ampliar la dignidad jurídica” de los niños hasta donde sea necesario, para implementar los derechos humanos de los niños haciéndoles ver a sus padres que necesitan vivir con armonía y seguridad sobre todo cuando son absolutamente dependientes de sus padres.

Se debe partir de principios de respeto a la vida y libertad de los niños y no de la estructura legalista, ya que debe observarse la problemática a partir de la Sociología o complementándolas con otras ramas y ciencias para que haya mayor efectividad y eficacia en la valoración y ponderación de estos derechos a favor de todos los niños.

Las decisiones deben tomarse rápidamente para evitar más daños de desapego a los menores pero en especial para respetar su derechos a crecer en un seno familiar.

Bibliografía

- Aguiló Bonet, A.J.: “Los derechos humanos como campo de luchas por la diversidad: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos”, *Universitas humanística* (Bogotá), nº 68, 2009, pp. 179–205.
- Alexy, R.: *Derechos sociales y ponderación*, México–Madrid, Editorial Fontamara, 2013.
- Carbonell, M.: “Las obligaciones del Estado en el art. 1º en la Constitución Mexicana”, en M. Carbonell y P. Salazar (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, pp. 63–102.
- Carbonell, M.: *Teoría de los derechos humanos y del control de constitucionalidad*, 3ª ed., México, Unam–IIJ, 2014.
- Ferrajoli, L.: *Principia Juris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, t. II, Madrid, Trotta, 2011.
- Kabeer, N. (ed.): *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, México, PUEG/Unam, 2005.
- Méndez–Silva, R.: “Bases constitucionales de la Política Exterior Mexicana”, *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo (Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo)*, Opus nº 16, jul–Dic, México, 2014, pp. 243–254.
- Nyamu–Musembi, C.: “Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores”, *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones* (N. Kabeer, ed.), México, PUEG/Unam, 2005, pp. 37–53.
- Pereznieto Castro, L.: *Derecho internacional privado*, 10ª ed., México, Oxford University Press, 2015.
- Pogge, Th.: *Hacer Justicia a la Humanidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- Souza, S.B. de: *Crítica de la razón indolente contra el desperdicio de la indolencia*, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer S.A., 2003.

TEXTOS LEGALES

Advertencia: Durante los últimos años la producción normativa de Derecho internacional privado procedente del legislador de la Unión Europea y del legislador español y, en menor medida, la incorporación de España a tratados internacionales en la materia, ha desbordado con creces el espacio reservado en el *Anuario* para reproducir los textos que obligan a nuestro país. Esta situación ha contado, en el periodo cubierto en el presente tomo (segundo semestre de 2015 y primer semestre de-2016) con un incremento sin precedentes, sobre todo en lo que concierne al DIPr español de fuente interna, baste atender la a Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil o a la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. Dichas disposiciones han supuesto la renovación más importante del sistema desde 1974 y a ellas deben añadirse reformas sustanciales en el Derecho de la nacionalidad, señaladamente las introducidas por la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España y por el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, y en el Derecho de extranjería como consecuencia de la trasposición del Derecho de la Unión Europea; de ello es buena muestra el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Las circunstancias apuntadas aconsejan reservar esta sección del presente tomo del *Anuario*, y en los tomos futuros, a la mera referencia de las normas comprendidas en el referido periodo acotado y a la incorporación de las observaciones o comentarios puntuales oportunos a las mismas. Pero el lector cuenta con el apoyo informático, para suplir las omisiones de los textos impresos, en la página web del *Anuario* (<https://aedipr.com/>). Dicha página, incluye en la sección “Documentos”, el “**Repertorio Iprolex de textos legales de Derecho internacional privado**” donde estos últimos se desglosan con carácter anual: <https://aedipr.com/documentos/>. En la presente sección se hace referencia en cada disposición a la numeración del documento del Repertorio, para facilitar su consulta.

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido). DO L 141 de 5.6.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, n° 2015/3.

Reglamento (UE) n° 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo. DO L 341 de 24.12.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, n° 2015/4.

Observaciones: 1. El 16 diciembre 2015, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaban el Reglamento (UE) n° 2015/2421 (DO L 341 de 24.12.2015), cuya finalidad es introducir mejoras en el funcionamiento del proceso europeo de escasa cuantía y en sus relaciones con el proceso monitorio europeo. Para ello modifica el Reglamento (CE) n° 861/2007, sobre el proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006, por el que se crea un proceso monitorio europeo. Las modificaciones serán aplicables con carácter general a partir del 14 julio 2017, salvo la información que a más tardar el 13 enero 2017 deben suministrar los Estados miembros respecto del engarce del proceso europeo de escasa cuantía en sus legislaciones. Los aspectos más destacables de la reforma versan sobre el acceso al proceso europeo de escasa cuantía, sobre su incoación y desarrollo, sobre la notificación y comunicación de actos procesales, sobre la decisión que pone fin al procedimiento y sobre las relaciones entre este proceso europeo de escasa cuantía y el proceso monitorio europeo.

2. En lo que respecta al acceso al procedimiento de escasa cuantía, uno de los aspectos más destacables de la reforma es la cuantía máxima admisible, elevada de 2.000 a 5.000 euros, en lo que venía siendo una reivindicación de la mayoría de los operadores jurídicos y, en particular, de las PYMES. No en vano, se había observado que económicamente no interesaba litigar a través de procedimientos nacionales por asuntos transfronterizos de estas cuantías. Además, ahora se excluye expresamente del ámbito de aplicación del proceso a las controversias sobre las parejas de hecho con efectos comparables al matrimonio [nuevo art. 2.b)]. Por lo que respecta al carácter transfronterizo, se actualizan las remisiones al nuevo Reglamento (UE) n° 1215/2012 (RB I *bis*), para determinar el domicilio de las partes.

En términos más generales, en el nuevo art. 11 se mejora notablemente la asistencia práctica a los interesados, que será en todo caso gratuita sin necesidad de la concesión de tal beneficio, tanto para cumplir los formularios normalizados, como para recibir información general sobre el ámbito de aplicación del proceso europeo de escasa cuantía y los órganos jurisdiccionales competentes, todo ello accesible a través de sitios webs nacionales. En lo que respecta a las tasas judiciales, excluidos honorarios de abogados y peritos, indemnizaciones a testigos, o gastos de traducción y notificación, se incorpora un nuevo art. 15.*bis*. Con el fin de garantizar el acceso a la justicia en el caso de demandas transfronterizas de escasa cuantía, las tasas judiciales aplicadas en un Estado miembro en el proceso europeo de escasa cuantía no serán desproporcionadas en relación con la demanda, ni superiores a las tasas judicia-

les aplicadas en los procesos judiciales simplificados nacionales en dicho Estado miembro, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar una tasa distinta a los recursos. Dichas tasas podrán ser abonadas a distancia por transferencia bancaria, pago con tarjeta de crédito o débito o adeudo en cuenta del demandante. Además, los formularios normalizados del procedimiento también deben informar sobre el hecho de que la parte ganadora puede no recuperar las costas procesales si son innecesarias o resultan desproporcionadas en relación con la cuantía de la demanda.

3. Entrando en cuestiones relacionadas con la incoación del procedimiento, se asegura que los formularios normalizados estén accesibles en los sitios webs nacionales pertinentes y se garantiza que el órgano jurisdiccional informe al demandante de la desestimación de la solicitud y del recurso procedente. Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento, se da una nueva y más exhaustiva regulación a la vista oral para adaptarla al uso de nuevas tecnologías. En puridad, la procedencia de esta vista sigue a la regulación anterior y solo cabe si se considera que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas o si una de las partes solicita dicha vista, salvo que en este caso no sea necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento (nuevo art. 5.1º.bis). En los nuevos arts. 8 y 9, con el fin de facilitar audiencias sin exigir desplazamientos a la sede del tribunal, las vistas orales y la práctica de la prueba mediante la declaración de testigos, peritos o partes deben llevarse a cabo utilizando cualquier medio de comunicación a distancia adecuado (videoconferencia o teleconferencia), salvo que, en función de las circunstancias particulares del caso, el uso de dicha tecnología no sea adecuado para el correcto desarrollo del proceso. A estos efectos deben tenerse en cuenta las Recomendaciones del Consejo sobre las videoconferencias transfronterizas, adoptadas por el Consejo los días 15 y 16 junio 2015, así como el trabajo realizado en el marco del Portal Europeo de e-Justicia. En este contexto, toda parte citada a comparecer personalmente en una vista oral puede solicitar el uso de tecnologías de comunicación a distancia, siempre que estén a disposición del órgano jurisdiccional. Para ello se considerará si la comparecencia personal puede ser desproporcionada en relación con la demanda y, en particular, con los posibles gastos causados. A la inversa, toda parte citada a comparecer mediante medios a distancia puede solicitar comparecer personalmente en la vista. En cualquiera de los casos, los formularios normalizados deben contener información sobre las consecuencias para el demandado en caso de que no conteste a la demanda o no asista a una vista oral, principalmente, la posibilidad de que pueda dictarse una sentencia en su contra con condena en costas.

4. Respecto de la comunicación de documentos procesales, la notificación electrónica tendrá los mismos efectos que la notificación por correo, siempre que se disponga de los medios técnicos necesarios en el Estado de origen y en el de destino, y que el uso de la notificación electrónica sea compatible con las normas procesales nacionales (nuevo art. 13). Para las demás comunicaciones escritas, también se debe recurrir preferentemente al uso de medios electrónicos, cuando dichos medios estén disponibles y sean admisibles. Por esta razón, las partes u otros destinatarios tienen la posibilidad de elegir si se van a utilizar medios electrónicos o no, además de recibir las notificaciones de forma electrónica si existe obligación legal para ello en el Estado de su domicilio o residencia o si han consentido en la recepción de tales medios electrónicos. Todo ello sin perjuicio de su derecho a negarse a aceptar un documento que no esté escrito en la lengua oficial del Estado miembro en el que esté domiciliada o resida habitualmente, no vaya acompañado de una traducción a dicha lengua o no esté accesible en una lengua que entienda. En este sentido, los Estados miembros deben aplicar sus mejores esfuerzos para garantizar que el contenido de los documentos recibidos sea fiel y que el método utilizado para el acuse de recibo garantice la confirmación de la recepción por el destinatario y de la fecha de recepción.

5. En relación con el certificado de la sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía, este ahora puede expedirse en cualquier lengua oficial de las instituciones de la Unión valiéndose del formulario normalizado dinámico multilingüe disponible en el Portal Europeo de e-Justicia (nuevo art. 20.2º). Se pretende con ello reducir los costes asociados a la traducción de la decisión. A efectos de su ejecución, cada Estado indica en qué lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, distintas de las propias, acepta dicho certificado, siendo cualquier traducción de la información sobre el fondo de la

sentencia hecha por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros (nuevo art. 21.bis). Asimismo, ahora se aclara que una transacción judicial homologada por, o celebrada ante, un órgano jurisdiccional en el curso del proceso europeo de escasa cuantía tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia dictada en dicho proceso (nuevo art. 23.bis). Para la revisión de las sentencias en casos excepcionales, se fija un plazo improrrogable de solicitud de 30 días, desde que el demandado tuvo efectivamente conocimiento del contenido de la sentencia y pudo “reaccionar”, y, a más tardar, desde la fecha de la primera medida de ejecución que tenga por efecto la inalienabilidad de los bienes del demandado (nuevo art. 18). Los motivos para esta revisión excepcional responden a los principios generales de la anterior redacción, entre ellos, que el demandado no hubiera sido notificado [desaparece la remisión a la notificación sin acuse de recibo prevista en el art. 14 Reglamento (CE) nº 805/2004, sobre título ejecutivo europeo]. Además, si anteriormente la estimación de la revisión procedía siempre que se actuara “con prontitud”, esta expresión se concreta ahora refiriéndose a que la revisión procede salvo que el demandado no haya recurrido la sentencia cuando hubiera sido posible.

6. Por lo que se refiere a las relaciones entre el proceso europeo de escasa cuantía y el proceso monitorio europeo, ahora, como apéndice a la petición de monitorio europeo, el demandante puede indicar qué procedimiento civil solicita que se aplique en el caso de que el demandado se oponga al requerimiento (nuevo art. 7.4º). Entre esos procedimientos, estarán el proceso europeo de escasa cuantía y los procedimientos nacionales correspondientes. Estos últimos, además, se aplicarán cuando el demandante no haya hecho ninguna indicación o haya hecho una indicación errónea del proceso europeo de escasa cuantía, inaplicable en el caso (nuevo art. 17). En este contexto, no cabe aplicar tasas judiciales para el proceso civil ulterior si estas son menores que las ya pagadas por el proceso monitorio europeo (nuevo art. 25.1º).

Asimismo, se ha aprovechado la reforma para adecuar tanto el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía como el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo al Tratado de funcionamiento de la UE y, en particular, a su art. 290. De esta forma, se otorga a la Comisión los poderes necesarios para modificar los formularios de los anexos a través de actos delegados tanto respecto del proceso monitorio europeo (nuevos arts. 30 y 31 Reglamento nº 1896/2006), como del proceso europeo de escasa cuantía (nuevos arts. 26 y 27 Reglamento 861/2007). Para ello, deben hacerse las consultas oportunas a los expertos durante la fase preparatoria de los formularios, garantizando que los documentos pertinentes se transmitan al Parlamento Europeo y al Consejo de manera simultánea, oportuna y adecuada.

7. Analizadas las principales reformas introducidas, cabe concluir destacando que, a más tardar el 15 julio 2019, la Comisión presentará un informe y recomendaciones sobre la difusión de información acerca del proceso europeo de escasa cuantía. También, a más tardar el 15 julio 2022, presentará un informe sobre el funcionamiento del Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía en su nueva redacción, previo estudio de la información que suministrarán los Estados miembros a más tardar el 15 julio 2021 (nuevo art. 28). Será ese el momento de analizar si las mejoras introducidas son suficientes para reactivar este proceso, aunque no cabe duda de que las medidas adoptadas van por el buen camino, especialmente por la posibilidad de aplicar el proceso europeo de escasa cuantía a litigios de mayor cuantía y por la apuesta por las tecnologías de comunicación a distancia.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

Reglamento (UE) nº 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). DO L 77 de 23.3.2016. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/5.

* Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo.

DIRECTIVAS

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. DO L 21 de 28.1.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/6.

.....

Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE. DO L 106 de 24.4.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/7.

.....

Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. DO L 326 de 11.12.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/8.

.....

Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. DO L 336 de 23.12.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/9.

.....

ACUERDOS

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, de 14 marzo 2016. DO L 78 de 24.3.2016. Repertorio Iprolex de textos legales, 2016, nº 2016/2.

.....

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva. BOE 14.2.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/11.

.....

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE 14.2.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/12.

.....

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 31.3.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/13.

.....

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. BOE 31.3.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/14.

.....

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOE 1.3.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/15.

.....

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 octubre 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 mayo 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. BOE 28.4.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/16.

.....

Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles. BOE 17.6.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/17.

.....

Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. BOE 27.5.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/18.

.....

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. BOE 19.6.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/19.

.....

Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. BOE 25.6.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/20.

.....

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE, 3.7.2015, corr. err. 2.9.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/21.

.....

Obs.: Vid. supra, P.A. De Miguel Asensio, “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, pp. 129–179; J. Seoane Cacharrón, “La moderna Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015: objeto, ámbito de aplicación y competencia”, *Diario La Ley*, nº 8652, 2015.

Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior BOE 8.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/22.

.....

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE 14.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/23.

.....

Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE 15.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/24.

.....

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE 22.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/25.

.....

Obs.: *Vid. supra*, J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, pp.181–229; J.M. Espinar Vicente, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley Unión Europea*, nº 31, 2015, 6 pp; F.J. Garcimartín Alférez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 8614, 2015..

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE 23.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/26.

.....

Obs.: M.A. López Azcona, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores. A propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2185, 2016, pp. 1-89.

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. BOE 25.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/27.

.....

Obs.: J.M. de Castro Aragonés y X. Fàbregas Sabaté, “Nueva Ley de patentes”, *Diario La Ley*, nº 8675, 2016; S. de Román Pérez, “La nueva Ley de Patentes o la actualización de regulación española de las invenciones en busca de la internacionalización y de la garantía de la seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, nº 8687, 2016.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE 29.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/28.

.....

Obs.: M.A. López Azcona, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores. A propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2185, 2016, pp. 1-89.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE 31.7.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/29.

.....

Obs.: *Vid. supra*, G. Esteban de la Rosa, “La obtención de pruebas en el extranjero en la nueva Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, pp. 283–303. F. Gascón Incháusti, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 158-187; A. Rodríguez Benot, “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234-259; P.A. de Miguel Asensio, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1, 2016, pp. 99-108; M. Gardeñes Santiago, “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)”, *ibíd.*, vol. 68, nº 1, 2016, pp. 109-119

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE 6.10.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/30.

.....

Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones. BOE 24.10.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/31.

.....

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24.10.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/32.

.....

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE 24.10.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/33.

.....

Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España. BOE 28.10.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/34.

.....

Obs.: J. Ferrer Lloret, “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades : ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho?. Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, nº 1, 2016, pp. 73-84; A.J. González Vega, “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato?”, *ibíd.*, pp. 85-97.

Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. BOE 7.11.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/35.

.....

Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE 9.11.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/36.

.....

Real Decreto 195/2016, de 13 de mayo, por el que se establecen los requisitos para la expedición del Suplemento Europeo al Título Universitario de Doctor. BOE 3.6.2016. Repertorio Iprolex de textos legales, 2016, nº 2016/3.

.....

CONVENIOS INTERNACIONALES

MULTILATERALES

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 enero 1996. BOE, 21-II-2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/37.

.....

Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 enero 2003. BOE 30.1.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/38.

.....

Tercer protocolo adicional al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010. BOE 30.1.2015. Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/39.

.....

Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001, Instrumento de adhesión de 20 enero 2016. BOE 1.2.2016.

.....

Obs.: A. Carrasco Perera, “Guía de Derecho material español sobre el tratamiento de las garantías relativas a equipo aeronáutico a raíz de la adhesión española al Convenio y al Protocolo Aeronáutico de Ciudad del Cabo”, *Diario La Ley*, nº 8781, 2016.

BILATERALES

ACUERDOS DE SEDE

Acuerdo de sede entre el Reino de España y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, hecho en Madrid el 11 marzo 2015. BOE 23.3.2015. . Repertorio Iprolex de textos legales, 2015, nº 2015/40.

.....

PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho <i>Ad Referendum</i> en Madrid el 24 julio 2008. BOE 23.3.2016.

.....

JURISPRUDENCIA

Dirección de

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Comentarios de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS
Rafael ARENAS GARCÍA
Rocío CARO GÁNDARA
M^a Victoria CUARTERO RUBIO
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO
Pilar DIAGO DIAGO
María Jesús ELVIRA BENAYAS
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Josep M. FONTANELLAS MORELL
Albert FONT I SEGURA
Joaquim J. FORNER DELAYGUA
Víctor FUENTES CAMACHO

Federico F. GARAU SOBRINO
Georgina GARRIGA SUAU
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Josep Gunnar HORRACH ARMO
Enrique LINARES RODRÍGUEZ
Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ
Nuria MARCHAL ESCALONA
Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Rosa MIQUEL SALA
Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
José David ORTEGA RUEDA
M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

M^a Elena ZABALO ESCUDERO

ADOPCIÓN

GARANTÍAS NECESARIAS Y ADECUADAS PARA ASEGURAR LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

2016/1.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 423/2015, de 9 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Dolores Viñas Maestre. AC 2015\1026.

Adopción internacional.– Constitución: procedencia.– Interés del menor.– Idoneidad de los adoptantes.– Valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes.– Proyecto de adopción monoparental: inexistencia de petición de adopción por parte de la pareja estable de la actora.– Idoneidad.

Normas aplicadas: Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989; art. 5 Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 mayo 1993; art. 10 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional: art. 235–45, 2 e) CCCat.

[...]

Toda la normativa concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos, interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

Exige, por ello, que la autoridad administrativa competente compruebe la idoneidad de los adoptantes partiendo de la definición de su concepto, de la determinación de las cuestiones y aspectos a que debe referirse y del establecimiento de su plazo máximo de vigencia determinando, finalmente, que cuando el adoptando posea su residencia habitual en España o la vaya a adquirir se aplique la ley española. Según el art. 10 Ley 54/2007, se entiende por idoneidad de los eventuales adoptantes, la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.

El significado de los términos adecuación y aptitud para adoptar que menciona el art. 5 del Convenio de 1993 antes citado, lo aclara el informe explicativo de la oficina permanente de la Haya en relación con dicho Convenio. La adecuación supone la capacidad o cumplimiento de los requisitos jurídicos y la aptitud la satisfacción de las cualidades sociopsicológicas necesarias en orden a garantizar el éxito de la adopción, toda vez que su fracaso comportará una segunda victimización del niño, en absoluto conveniente para su interés. Por su parte el ap. 2 del art. 10 Ley 54/2007, establece que la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional. Ello implica que el concepto de idoneidad no sea estático sino dinámico y relacional, pues ha de poner en relación a una concreta familia con un concreto menor por lo que dependiendo de las peculiaridades del niño habrán solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no. Cada menor dependiendo de sus particularidades requerirá de unos padres adoptivos unas determinadas aptitudes”.

La competencia para valorar la idoneidad de las personas que solicitan una adopción internacional corresponde a la entidad pública competente en materia de protección de menores según el art. 235-45, 2 e) CCCat y los Tribunales mantienen la función revisora (art. 780 LEC). El organismo que tiene atribuida dicha competencia es l'Institut Català de l'Adopció.

2016/2.- Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Tercera, Sentencia nº 49/2016, de 3 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona. TOL5.718.164

Adopción internacional.-Idoneidad.-Informe sicosocial favorable.-Prueba: *Iuris et de iure*: no.-Procedimiento administrativo común.-Reglas de valoración de la prueba.-No vinculación del Tribunal al informe de valoración psicosocial presentado por la Administración pública.-Recurso judicial: estimación.-Apelación de la Administración pública.-Carga de la prueba de la idoneidad: recurrente.-Ausencia de actividad probatoria por su parte.-Estimación del recurso.

Normas aplicadas: Arts. 5 Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 mayo 1993; art. 10.2º Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; arts. 9.5º y 176 Cc; arts. 281, 335, 348 y 725 LEC.

[...]

La idoneidad como presupuesto de la adopción.

Vaya por delante, está fuera de toda duda, la trascendencia que tiene la adopción, tanto para el niño como para su familia. De ahí las prevenciones legales a la hora de declarar la idoneidad.

La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, en su art. 21, establece que, en caso de adopción internacional, primará el superior interés del niño sobre otros intereses, que tal adopción internacional tendrá carácter subsidiario y que la misma se controlará por las autoridades públicas.

El Convenio de La Haya de 1993, sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción, dispone en su art. 5 que las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del estado de recepción han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar. Se trata de asegurar la idoneidad de la familia adoptiva, para garantizar de manera duradera la protección y el respeto de los derechos de un niño que, cuando menos, ha perdido su familia de origen o no puede ser cuidado adecuadamente por ella.

Nuestro Código Civil, art. 9.5º, en lo que afecta a la adopción internacional se remite a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Esta norma define la idoneidad de los adoptantes como la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental (antes patria potestad), atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción internacional (art. 10.1º). El art. 176.1º Cc, sobre la adopción, exige tener en cuenta, además del interés del adoptando, la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Y el vigente apartado tercero de dicho artículo (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), reproduce la definición de idoneidad del citado art. 10 Ley 54/2007.

En consecuencia, la idoneidad exige la aptitud necesaria para cumplir las funciones propias de todo progenitor: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154 Cc). Pero los presupuestos de la idoneidad no se agotan ahí. No basta con poseer un conjunto de aptitudes para ejercer determinadas funciones. El menor objeto de adopción no es un menor cualquiera, pues se ha visto privado previamente de su familia, con lo que ello comporta. Y no solo eso, en la adopción internacional, se suma también que el adoptado procede de un ambiente y cultura distintos, lo que exige un plus para su adaptación.

La adopción, en fin, no es solo cuidar y educar a un niño. No se identifica sin más con la capacidad para ejercer la patria potestad. Por ello que los autores hablen de un concepto dinámico y relacional de la idoneidad, pues dependiendo de las características del menor objeto de adopción serán distintas las aptitudes y capacidades precisas para proporcionarle un desarrollo e integración adecuados. La adopción, se suele decir, como fenómeno complejo que es, entraña más dificultades que la crianza del hijo biológico, motivo por el cual los requisitos para su aprobación sean rigurosos.

[...]

**SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA
FEDERACIÓN RUSA SIN LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES COLABORADORAS DE
ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

2016/3.- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia nº 397/2015, de 26 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Ana Rubira Moreno. JUR 2015\235170.

Adopción internacional.- Asistencia social: suspensión de la tramitación de la adopción internacional en la Federación Rusa sin la intervención de entidades colaboradoras de adopción internacional.- Solicitudes instadas con anterioridad a la fecha de la resolución: procedencia.- Iniciación de trámites para la obtención de la declaración de idoneidad.- Inexistencia un derecho consolidado de los solicitantes a la obtención de esa declaración: simple expectativa.- Impugnación improcedente.

Normas aplicadas: Arts. 87 a 92 Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción (Cataluña).

[...]

En el recurso de apelación se hace valer el error en el que se dice incurre la sentencia apelada al considerar que la resolución recurrida no se aplica con carácter retroactivo ni restringe derechos de los interesados solicitantes de la declaración de idoneidad para constituir adopción con la Federación de Rusia, cuando suspende la tramitación de las solicitudes instadas con anterioridad a la fecha de la resolución, condicionando su continuidad a la contratación de los servicios de ECAI, vulnerando con ello el derecho de los solicitantes a que su solicitud sea valorada y se dicte la resolución correspondiente.

Como se ha visto el recurso en el que se ha dictado la sentencia apelada tiene por objeto una resolución que resuelve suspender la tramitación de adopciones internacionales con la Federación Rusa en las que no intervenga una entidad colaboradora de adopción internacional (ECAI) y añade seguidamente que esa suspensión no afectará a aquellos procedimientos en los que el certificado de idoneidad se haya obtenido antes del 3 febrero 2009, día anterior a la fecha de la resolución recurrida.

La consideración de la citada resolución como acto administrativo y no como disposición general, ninguna de las partes la discute, siendo todas ellas contestes en que tiene esa naturaleza jurídica.

El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción, en su Título IV, arts. 87 a 92, regula la adopción internacional. Según su art. 87.2º “las familias o personas con residencia habitual en Cataluña que quieran adoptar a un menor desamparado extranjero residente en un país extranjero deberán formular la solicitud de la declaración de idoneidad ante la Dirección General de Atención a la Infancia” y la declaración de idoneidad estudiada en su art. 88.1º es un requisito previo a cumplimentar para la tramitación del expediente de adopción internacional.

Luego, como se indica en la sentencia apelada, contrariamente a lo defendido por la apelante, la resolución recurrida no se aplica con carácter retroactivo sino que suspende la tramitación de adopcio-

nes internacionales con la Federación Rusa en las no intervenga una ECAI, a excepción de aquellas en las que la declaración de idoneidad sea de fecha anterior al 3 febrero 2009. Los trámites para el cumplimiento del requisito previo a la adopción, relativo a la obtención de la declaración de idoneidad, iniciados con anterioridad al dictado de la resolución recurrida, no se ven alcanzados por la resolución recurrida. [...]

**LA OMISIÓN DEL CERTIFICADO DE INDONEIDAD PARA UNA ADOPCIÓN
PRACTICADA EN EL EXTRANJERO NO PUEDE FUNDAR LA DENEGACIÓN DE UNA
PRESTACIÓN DE MATERNIDAD**

2016/4.– Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 630/2015, de 21 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance. JUR 2015\257368.

Prestaciones por maternidad: procedencia.– Constitución lícita tanto de acogimiento preadoptivo celebrado en Bolivia como de la posterior adopción.– Irrelevancia de la omisión del certificado de idoneidad y de la denegación de visado para el reconocimiento de la prestación.

Normas aplicadas: Art. 14.2º RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Los hechos probados de autos no revelan que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguno de los preceptos legales invocados por la parte actora. Es cierto que no consta en las actuaciones certificado de idoneidad para adoptar a un niño extranjero expedido por una autoridad española. La actora tenía 60 años de edad cuando viajó a Bolivia y obtuvo sentencia de un Juzgado boliviano atribuyéndole la guarda legal con fines de adopción de un menor discapacitado. Y la embajada española denegó el visado del menor con un impreso en el que aparecen las razones siguientes: “no se ha justificado el propósito y las condiciones de la estancia previa”, “la información presentada para la justificación del propósito y las condiciones de la estancia prevista no resulta fiable” y “no se ha podido establecer su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de que expire el visado”.

Pero la omisión de los citados documentos no puede fundar la denegación de la prestación de maternidad porque concurren todos los requisitos legales exigidos para el devengo de esta prestación, al haberse acreditado la constitución lícita de un acogimiento preadoptivo subsumible en el art. 133.bis de la Ley General de la Seguridad Social, concurriendo los requisitos del art. 14.2º RD 295/2009. La omisión del certificado de idoneidad no puede erigirse en obstáculo insalvable para el reconocimiento de la prestación ante la acreditación de que el acogimiento preadoptivo y la posterior adopción se realizaron lícitamente, habiéndose inscrito ésta en el Registro Civil. Y la denegación del visado por razones espurias tampoco puede impedir el devengo de un subsidio por maternidad, ante la evidencia de que el acogimiento preadoptivo efectivamente tuvo lugar.

Por último, la alegación de la parte recurrente de que no se han acreditado los trámites para constituir la adopción en España carece de virtualidad porque la actora reclamó el subsidio con base en el acogimiento preadoptivo, no en la adopción, que fue posterior, acordándose por un Juzgado boliviano e inscribiéndose en el Registro Civil español. Y la alegación de la recurrente de que la demandante está en situación de excedencia voluntaria, por lo que en la fecha de la vista oral no se encontraba de alta en la empresa, carece de sustento en el relato fáctico de autos, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR EXTRANJERO RESIDENTE EN ESPAÑA:
NULIDAD INSTADA POR LOS ADOPTANTES**

2016/5.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Auto de 3 febrero 2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. JUR 2016/31272.

Adopción internacional.– Menor extranjero residente en España.– Nulidad instada por los adoptantes.– Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional contra sentencia recaída en juicio sobre acción de declaración de nulidad de la adopción internacional.– Inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Normas aplicadas: Arts. 10, 14 y 18 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; art. 175 Cc; art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 LEC.

[...]

Respecto a que se debió aplicar la LAI, al ser una adopción internacional y no una adopción regional, como los recurrentes la denominan, resuelven que carece de trascendencia en la práctica, al ser el menor residente en España, y ser competente la autoridad española y aplicable la ley material española al ser el adoptado residente habitualmente en España al constituirse la adopción, art. 14 y 18 LAI. Además en la idoneidad se han valorado las peculiaridades del elemento extranjero, valorándose durante el acogimiento preadoptivo la integración del menor, de raza china, en la familia adoptante, cumpliéndose las exigencias del art. 10 LAI.

[...]

ALIMENTOS

2016/6.– Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 153/2016, de 15 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós. JUR 2016/92205

Divorcio.– Régimen de guarda y custodia para los hijos menores.– Alimentos para los hijos.– Régimen de la guarda y custodia.– Prohibición de salida del territorio nacional de los menores.

Normas aplicadas: Arts 3, 8 y 61.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art 8 a) Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; arts. 47 y 48 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 3.1º y 16 Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 noviembre 2007; art 82 Código de Derecho Foral de Aragón.

[...]

En cuanto a las medidas de prohibición de salida y cierre de fronteras respecto de los hijos del matrimonio, en su contestación el demandado solicitó que para la salida del territorio nacional, tal y como se había estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares acompañado, fuese necesario el consentimiento de ambos progenitores, expreso y por escrito. En la vista del juicio modificó la petición, en el

sentido de que para las vacaciones de verano se autorizase la salida del territorio nacional y la posibilidad de viajar con sus hijos a Argelia en el periodo concreto del 1 al 25 de agosto, que en el recurso pasa a ser del 1 al 20 de ese mes.

No consta, sin embargo, que Argelia, país de origen del recurrente, haya firmado el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con la problemática que ello puede generar en el caso de no reintegro voluntario de los menores a la finalización del periodo vacacional. Razón por la que la sentencia debe ser confirmada en cuanto garantiza en interés de los menores que estos no serán sustraídos con menoscabo de sus derechos y de los del otro progenitor. Lo que, como la sentencia de instancia parece prever, no ha de suponer la definitiva imposibilidad de que el padre pueda viajar a su país con sus hijos, pues podrá hacerlo, formulada y autorizada la petición con el consentimiento de doña Elisa o la subsidiaria autorización judicial.

[...]

2016/7.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 308/2015, de 12 mayo. Ponente: Ilma. Sra. D^a Elena Farre Trepal. JUR 2015\186407.

Divorcio.– Alimentos.– *Versorgungsungleich*.– Modificación por cambio de circunstancias.– Naturaleza jurídica.– Calificación a efectos de determinación de la ley aplicable.– Inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4/2009.– Inclusión dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.– Ley aplicable: oposición de uno de los cónyuges a aplicar la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio.– Aplicación de una ley más estrechamente vinculada: ley alemana.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 5 Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 1587 BGB.

[...]

Por la fecha de la presentación de la demanda, es decir el día 5 marzo 2012, es de aplicación a este procedimiento el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, que entró en vigor el día 18 junio 2011.

La competencia de los tribunales españoles para el conocimiento del presente caso no ha sido cuestionada, sin embargo debe indicarse que la misma se desprende de lo dispuesto en el art. 3 del referido Reglamento 4/2009, al tener ambas partes, es decir, tanto el acreedor como el deudor, la residencia habitual en nuestro país. Además, conforme dispone el art. 5 de la misma norma “será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado”, situación que concurre en este caso, en el que la parte demandada no ha impugnado la competencia.

Sí, por los motivos que indicamos más adelante, no se considera aplicable el Reglamento 4/2009, la competencia de los Tribunales españoles se infiere del art. 22.3º LOPJ.

En cambio, ha constituido una cuestión controvertida en este procedimiento la ley aplicable al objeto que se debate en el mismo, considerando la parte actora que es aplicable la ley española –conclusión que extrae de la aplicación del Convenio de La Haya de 2 octubre 1993, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias–; mientras que la parte demandada ha sostenido durante todo el procedimiento y mantiene en su oposición al recurso de apelación, que la ley aplicable es la ley alemana, refiriéndose a los arts. 9.2º y 107, ambos del Cc, así como al Reglamento 4/2009 del Consejo, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

La primera cuestión que cabría plantearse es si el Reglamento 4/2009 es aplicable también a la pensión compensatoria o bien circunscribe su ámbito de aplicación a los alimentos propiamente dichos. El cdo. 11 Reglamento 4/2009 indica que: “El ámbito de aplicación del Reglamento debería extenderse a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos. A los fines del presente Reglamento, el concepto de ‘obligación de alimentos’ debería interpretarse de manera autónoma”.

Generalmente se considera que el reglamento de alimentos extiende su ámbito de aplicación también a la pensión compensatoria. Cabe señalar, por ejemplo, que a los efectos de la aplicación del art. 5.2º RB I (antecedente del actual Reglamento 4/2009), el TJCE ha sostenido una interpretación amplia de lo que debe entenderse por alimentos, puesto que lo son todas aquellas prestaciones que la ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos (STJCE 20 marzo 1997, Farell/Long, asunto C-295/95). De ese concepto tan amplio, independientemente de la denominación que reciba en la legislación de los distintos Estados miembros, se ha derivado que incluso sea aplicable a algunas pensiones compensatorias entre excónyuges.

Siguiendo esta línea de argumentación, conforme dispone el art. 15 Reglamento 4/2009 la determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se realizará según lo dispuesto en el protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento, como es el caso de los Estados de la UE.

El protocolo de obligaciones alimenticias establece en el art. 3 que: “las obligaciones se regirán por la ley del estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este protocolo disponga otra cosa”. No obstante, se establece en el art. 5 del Protocolo de ley aplicable a las obligaciones alimenticias, una norma especial relativa a los cónyuges y excónyuges, conforme a la cual: “el art. 3 no se aplicará si una de las partes se opone y la ley de otro Estado, en particular la del estado de su última residencia habitual común, presenta una vinculación más estrecha con el matrimonio. En tal caso, se aplicará la ley de ese otro Estado”.

Teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en este caso cabe considerar que el supuesto de hecho presenta una vinculación más estrecha con la legislación alemana, que será la aplicable al mismo. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que las partes implicadas en este procedimiento, ambos de nacionalidad alemana, contrajeron matrimonio el 9 octubre 1959 ante el Registro civil de Schwenningen, en Alemania. También en Alemania adoptaron a sus dos hijos, en los años 1970 y 1972, aún cuando en aquella fecha consta que ya residían en la localidad española de Sant Just Desvern. Y en la sentencia de divorcio se consideró aplicable el Derecho alemán a los efectos del divorcio, y se estableció entre ambos una obligación derivada de la institución prevista en el art. 1587 BGB alemán. Este precepto regula una institución que no encuentra un paralelismo exacto en la legislación española –aunque en la sentencia de divorcio y en este procedimiento se haya asimilado a la pensión compensatoria–, pues se orienta hacia el desequilibrio económico que se produce en el momento de la jubilación de los cónyuges, tomando en consideración las respectivas expectativas de cobro de una pensión de jubilación o de obtener una pensión procedente del servicio público de pensiones, que han tenido ambas partes.

[...]

También podría considerarse, atendidas las particularidades de esta institución que pretende lograr un equilibrio entre los cónyuges divorciados de los derechos de ambos procedentes del sistema de pensiones públicas, y que por ello surte efectos en el momento de la jubilación, –lo cual puede considerarse una finalidad alejada del concepto de los alimentos como institución tendente a paliar las necesidades económicas más inmediatas del alimentista cuando el alimentante tiene medios para ello–, que esta institución no es abarcada por el Reglamento 4/2009, debiendo quedar al margen de las normas previstas en el mismo. En este caso, deberíamos acudir a la norma de conflicto prevista en el art. 9.2º Cc, conforme a la cual los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, que en este caso es la ley alemana. También en este caso alcanzamos la misma

conclusión en el sentido de que no cabría modificar la pensión “compensatoria” establecida en la sentencia de divorcio.

La parte recurrente invoca la aplicación del convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 2 octubre 1973, pero, sin embargo, el Reglamento 4/2009 prevalece, entre los Estados miembros, sobre los convenios y acuerdos que se refieran a materias reguladas por el reglamento y de los que sean parte de los estados miembros.

**DEMANDA DE ALIMENTOS A FAVOR DE HIJOS MENORES DE EDAD PRESENTADA
EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DE AQUEL EN EL CUAL LOS HIJOS TIENEN SU
RESIDENCIA HABITUAL**

2016/8.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 16 julio 2015. Asunto C-184/14. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.– Cooperación en materia de obligaciones de alimentos.– Reglamento (CE) nº 4/2009 – Art. 3, letras c) y d).– Demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de hijos menores de edad, concomitante al procedimiento de separación de los padres, presentada en un Estado miembro distinto de aquel en el que los hijos tienen su residencia habitual.

Normas aplicadas: Art. 3, letras c) y d) Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[...]

46. En efecto, procede subrayar la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor al interpretar las normas de competencia establecidas en el art. 3, letras c) y d), del Reglamento nº 4/2009. Ello resulta particularmente importante en la medida en que la aplicación del Reglamento nº 4/2009 ha de llevarse a cabo de conformidad con el art. 24, ap. 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en virtud del cual, en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

47. En consecuencia, de la redacción del art. 3, letras c) y d), del Reglamento nº 4/2009, de los objetivos perseguidos por dicho artículo y del contexto en el que se inscribe, se desprende que, cuando se han ejercitado acciones ante dos órganos jurisdiccionales, una relativa a la separación de los cónyuges o a la ruptura del vínculo conyugal entre cónyuges padres de hijos menores, y otra relativa a la responsabilidad parental de dichos hijos, no puede considerarse que la demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de estos últimos sea accesorio tanto a la acción relativa a la responsabilidad parental, en el sentido del art. 3, letra d), de dicho Reglamento, como a la acción relativa al estado de las personas, en el sentido del art. 3, letra c), de dicho Reglamento. Sólo puede considerarse accesorio a la acción en materia de responsabilidad parental.

48. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 3, letras c) y d), del Reglamento nº 4/2009 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación o de ruptura del vínculo conyugal entre los padres de un hijo menor de edad y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo sólo es accesorio a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del art. 3, letra d), de dicho Reglamento.

[A Y B]

Obs.: Vid. J.J. Vara Parra, “Una reflexión sobre el alcance del foro de accesoriadad (STJ 16 julio 2015, asunto C-184/14: A)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, noviembre 2015.

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRALES PRONUNCADOS EN EL EXTRANJERO

2016/9.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 7/2015, de 23 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Susana Polo García. JUR 2015\199837.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero (Suiza).- Laudo administrado la Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).- Reconocimiento y ejecución en España.- Vulneración del orden público por limitación del derecho a la defensa.- Actuación contraria al derecho de defensa.- Denegación.- Doctrina constitucional.- Execuátur: si.

Normas aplicadas: Art. V.2º.b) Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

Aplicando la anterior doctrina constitucional al supuesto analizado, llegamos a la conclusión de que el Laudo cuyo reconocimiento se pretende por la demandante, no es contrario al orden público, pues no implica una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2º CE), ya que el derecho a la prueba no es ilimitado, solo se deben practicar las que resulten pertinentes, solicitadas en tiempo y forma, y que corresponde al Tribunal arbitral valorar su pertinencia y relevancia de forma motivada, no pudiendo este Tribunal, al no encontrarnos ante una nueva instancia, sustituir o corregir los criterios del Tribunal arbitral, salvo que la motivación sea arbitraria o ilógica, o la falta de práctica les resulte imputable, no dándose estos supuestos en el caso analizado, puesto que con la conclusión a la que llega el Laudo –que el alcance de las garantías que se aplican con la carta de SPA, tiene lugar con independencia de las modificaciones que los Proyectos hayan sufridos–, los informes de los demandados solo podían tener relevancia en el caso contrario, en el supuesto de que se entendiera que los mismos podían tener un impacto en el Límite de la Inversión y en las Fechas de Ejecución que se definían en el SPA, que los demandados, según razona el Laudo, debían haber probado.

Sigue afirmando el Laudo que los Demandados no estaban en una posición de “indefensión”, porque no se les permitiera probar la causa y consecuencias sobre los incrementos de tiempo y costes de los cambios en los proyectos, su defensa consistía en probar que las garantías contractuales, o al menos algunas de ellas, no cubrían las modificaciones (punto 145), por lo tanto, la falta de actividad probatoria, tampoco podemos afirmar que se haya traducido en una efectiva indefensión de la Demandada, pues la misma no era decisiva en términos de defensa, al no haberse acreditado, como paso previo, que las garantías contractuales, o al menos algunas de ellas, no cubrían las modificaciones.

En consecuencia, estimamos que concurren en el Laudo las condiciones para que el mismo tenga eficacia en España, el Laudo es obligatorio para las partes, es además firme, tras la interposición de recurso ante el TFS, que ha sido desestimado, –que puedo revisar y anular por motivos mayoritariamente formales y procedimentales, incluida la infracción del orden público suizo (art. 190.2º.e) LDIP–), además, la materia es arbitrable y el reconocimiento llevado a cabo no infringe el orden público y, los únicos requisitos formales exigibles para el reconocimiento de laudos extranjeros, son los anteriormente indicados en el segundo fundamento, por cuanto están dirigidos a acreditar los dos elementos esen-

ciales para la eficacia en España de la resolución arbitral: la propia existencia del laudo y la del convenio arbitral que motivó la decisión arbitral, que en este caso concurren, tal y como hemos analizado, por lo que procede reconocer la eficacia en España del citado laudo arbitral, con total estimación de la demanda formulada al afecto.

[...]

[TUREN ENERJI INSAAT SANAYI VE TICARET A.S. / ESSENTIUM GRUPO, S.L.]

2016/10.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 14 diciembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Eugenia Alegret Burgues. JUR 2016\38812; Roj: ATSJ CAT 567/2015 – ECLI:ES:TSJCAT:2015:567A.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo pronunciado por el Centro de arbitraje Internacional de Viena de la Cámara de Comercio Austriaca “VIAC”. – Executur: si.

Normas aplicadas: Arts. I y V.2º.a Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

El objeto que dio lugar al arbitraje es de los que son susceptibles de ser sometidos en España al juicio de árbitros, conforme al art. V.2º.a) CNY.

Procede acceder a la solicitud de la mercantil Hochtief Solutions AG, en tanto que el control de esta Sala ha de limitarse, cuando, incompareciendo la parte demandada, no ha sido alegado motivo alguno de oposición, a comprobar el cumplimiento de los requisitos a los que se refiere el art. IV de la Convención de Nueva York, como se ha hecho en el presente supuesto, sin que pueda alcanzar a la verificación de oficio de las causas de oposición que recoge el art. V.1º, que exigen previa denuncia y prueba de su concurrencia.

Por lo demás, tampoco se aprecia razón alguna que, con arreglo al art. V.2º CNY, impida otorgar el reconocimiento solicitado.

[HOCHTIEF SOLUTIONS, AG / EQUIP TÈCNIC SANTANDREU, S.A.]

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL EXECUTUR TANTO NO SE RESUELVA LA DEMANDA DE NULIDAD DEL LAUDO EN EL ESTADO EN QUE SE DICTÓ

2016/11.– Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 29/2015, de 29 julio 2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Lorenzo del Río Fernández. AC 2016\236

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Solicitud de suspensión del procedimiento en tanto no se resuelva la demanda de nulidad del laudo en el Estado en que se dictó.– Competencia.– País de origen que ha desestimado expresamente la suspensión de su fuerza ejecutiva como consecuencia de la acción de nulidad interpuesta contra el mismo.– Reconocimiento: estimación.– Motivación sobre la suspensión instada que está minuciosa y no arbitrariamente expuesta.– No cabe realizar un juicio de hecho sobre la concurrencia de causas de recusación.– Necesidad de resolución firme que aprecie la falta de imparcialidad.

Normas aplicadas: Art. VI Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

Procede en primer lugar pronunciarnos sobre la solicitud de la suspensión de este procedimiento entre tanto no se resuelva la demanda de nulidad del laudo cuyo reconocimiento y ejecución se ha instado en el orden jurisdiccional del Estado en que se dictó el laudo.

Al respecto no es pacífica la doctrina sobre si la facultad de suspensión que se prevé en el art. VI del Convenio de Nueva York corresponde, en Derecho español, al órgano judicial competente para el reconocimiento (esta Sala) o al órgano competente para su ejecución (el Juzgado de Primera Instancia).

En favor de atribuir dicha competencia al órgano encargado de la ejecución pueden esgrimirse tres argumentos:

a) En primer lugar, que el art. VI del Convenio alude a la posibilidad de aplazamiento de la decisión “sobre la ejecución” del laudo, y no, como en todos los demás preceptos, a la decisión sobre “reconocimiento y ejecución”, de lo que parece deducirse que el reconocimiento ha de concederse o denegarse con independencia de la interposición de una demanda de nulidad en el país de origen, y en atención exclusivamente a la concurrencia de los presupuestos para el mismo; dicho de otro modo, el Convenio estaría previendo la posibilidad de suspender la ejecución de un laudo ya reconocido;

b) En segundo lugar, que en nuestro Derecho interno está expresamente contemplada la posibilidad de solicitar del Juzgado de Primera Instancia la suspensión de la ejecución de un laudo firme cuando éste haya sido impugnado ante una autoridad judicial diferente (la competente para la acción de nulidad del laudo): así, el art. 45 LA ha sido uniformemente interpretado en el sentido de que el “tribunal competente” para la suspensión o prosecución del laudo contra el que se ha ejercitado una acción de anulación es el Juzgado de Primera Instancia.

c) En tercer lugar, que la decisión sobre la suspensión ha de valorar circunstancias más propias de la ejecución misma que de su reconocimiento, como son particularmente si, en función del contenido ejecutable, el perjuicio de ejecutar un laudo que eventualmente puede ser anulado es mayor o menor que el perjuicio que se derivaría de la suspensión, así como la determinación y exigencia de garantías suficientes y apropiadas a las que se refiere el propio art. VI del Convenio.

En consecuencia, la Sala entiende que lo pertinente es adoptar sin demora y de forma autónoma la decisión sobre la concurrencia en el laudo de los requisitos necesarios para ser “ejecutable”, sin perjuicio de la posibilidad de la ejecutada de solicitar la suspensión en el mismo procedimiento de ejecución.

A mayor abundamiento, la Sala no puede sino manifestar que el principio de reconocimiento de los laudos extranjeros, tal y como está concebido en el Convenio de Nueva York, conlleva que si en el país de origen se ha desestimado expresamente la suspensión de su fuerza ejecutiva como consecuencia de la acción de nulidad interpuesta contra el mismo, esa misma fuerza ejecutiva inmediata ha de ser respetada en el país de ejecución, siempre que, naturalmente, no exista causa impeditiva para su reconocimiento, que es lo que se valorará a continuación.

La demanda de exequatur reúne todos los requisitos formales para la concesión del mismo previstos en el art. IV del Convenio de Nueva York.

[...]

[REPINVEST SICILY, SRL, Y COMPAGNIA IMMOBILIARIA AZIONARIA SA]

Observaciones: 1. La mayor relevancia del ATSJ de Andalucía (el “Auto”) radica, a efectos doctrinales, en la delimitación adecuada que hace el Tribunal sobre la finalidad y alcance de la etapa de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. En efecto, ante una solicitud de exequátur, a la que se opuso la parte demandada planteando, además, la necesidad de suspensión del proceso por la existencia de otro de anulación pendiente en el Estado sede del arbitraje, el TSJ consideró oportuno evitar dilaciones y rechazó la suspensión, concediendo el reconocimiento después de comprobar que el laudo no incurría en las causales de denegación previstas en el Convenio de Nueva York de 1958 (art. V). Para el TSJ de Andalucía lo prioritario en virtud del objeto y finalidad del CNY, era reconocer el laudo, ya luego en la fase de ejecución propiamente dicha, la parte interesada podría plantear, y obtener en su caso, la suspensión del proceso. Este razonamiento del tribunal no solo resultó ajustado a la finalidad y objeto del CNY,

sino que está en línea con la jurisprudencia internacional más reciente, reacia a suspender un trámite formal como lo es el reconocimiento, máxime cuando del Auto se infiere que los propios tribunales del Estado sede del arbitraje, donde se lleva a cabo el proceso de anulación, también habían rechazado suspender la ejecución.

Sobre esta base, el análisis del TSJ en el Auto discurrió por dos vertientes: i) analizar con carácter previo la posibilidad de suspender el propio procedimiento de exequátur (art. VI CNY); ii) verificar la compatibilidad del laudo con los requisitos formales y causales de denegación del CNY (arts. IV y V, respectivamente) para terminar otorgando el reconocimiento del laudo.

2. En referencia a la solicitud de suspensión, el tribunal comenzó analizando una cuestión propia del derecho procesal español, y que realmente no se daría en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Esto es, el determinar si la competencia para conocer de la suspensión prevista en el art. VI CNY correspondía al propio TSJ (órgano competente para el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros) o al Juzgado de Primera Instancia correspondiente (órgano ante el cual habrá de llevarse a cabo la ejecución). Sin embargo, el análisis del tribunal debe entenderse realmente en el sentido de pretender determinar en qué fase procesal correspondería plantear las cuestiones propias de la suspensión ¿en la de reconocimiento o en la de ejecución?

El TSJ de Andalucía decidió que el momento oportuno para abordar las cuestiones de suspensión era la fase propiamente ejecutiva, cuando se fuesen a adoptar medidas concretas sobre los bienes del deudor. Para llegar a esta conclusión se apoyó en: i) la terminología empleada por el propio art. VI CNY, el cual se refiere expresamente a la facultad de aplazamiento de la “ejecución” y no de aplazamiento del “reconocimiento y la ejecución” como suele referir el texto, lo que da a entender que el reconocimiento sería previo a la posible suspensión de la ejecución; ii) la posibilidad que tiene el demandado de solicitar la suspensión en la etapa ejecutiva acorde al art. 45 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LA) mediante el ofrecimiento de caución suficiente (por el valor del laudo más los posibles perjuicios derivados de una demora indebida en la ejecución); y iii) el hecho cierto de que una decisión sobre la suspensión del proceso valora más circunstancias propias de la ejecución que del reconocimiento.

Por tanto, rechazando la posibilidad de suspensión, lo procedente sería decidir cuanto antes si el laudo cumplía con los requisitos necesarios para que se dejasen valer en España –mediante el reconocimiento– los efectos ejecutivos del mismo. Lo cual cobraba más fuerza aún, teniendo en cuenta que el Tribunal de Apelación de Milán, donde tuvo sede el arbitraje, se había negado a suspender estos “efectos ejecutivos” del laudo por la mera pendencia del proceso de anulación.

En este sentido, la decisión del TSJ es consecuente con el objeto y finalidad del CNY, que busca favorecer el reconocimiento de los laudos con la menor dilación posible. De la misma forma, está en línea con la jurisprudencia más reciente mantenida en otras jurisdicciones, donde se “confirma” el laudo o se “autoriza su ejecución”, de forma expedita al comprobar que la decisión no es incompatible con el ordenamiento del foro, como ocurrió, por solo citar un ejemplo, con los intentos de reconocimiento del laudo dictado en el asunto *Gold Reserve / Venezuela* ante los tribunales de EE UU y del Reino Unido, respectivamente. En ambos supuestos se rechazó la suspensión en el proceso de reconocimiento, lo cual podría ser analizado en una fase posterior.

3. En definitiva, el TSJ “otorgó” el reconocimiento del laudo y “declaró” su ejecutoriedad, al determinar que la demanda de exequátur cumplía con los requisitos formales del art. IV CNY y que las alegaciones sobre una posible contrariedad del laudo con orden público no tenían suficiente identidad para derivar en la denegación de exequátur. En consecuencia, será el tribunal de primera instancia quien deberá valorar, a instancia de la parte interesada, si procede suspender la ejecución, previa exigencia de caución suficiente y poniendo en una balanza: i) la necesidad de satisfacer la condena del laudo con ii) el perjuicio de ejecutarlo un laudo ante las posibilidades de que sea anulado.

4. Finalmente, esta breve nota no podría concluir sin preguntarnos en qué hubiese cambiado la decisión del TSJ de Andalucía si el Tribunal de Apelación de Milán hubiera declarado la suspensión de la ejecución del laudo en origen. Al respecto, la doctrina española se encuentra dividida entre (i) quienes

niegan la posibilidad del reconocimiento y ejecución de un laudo suspendido (J. Díez-Hochleitner e I. Heredia), en virtud del art. V.1ºe) CNY y el riesgo de decisiones contradictorias y (ii) quienes lo ven posible (M. Gómez Jene), en aplicación de la cláusula de compatibilidad del CNY (art. VII) por la que se flexibiliza su art. V.1ºe) en virtud del contenido más favorable del art. 45 LA, según el cual “el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación...”. En cualquier caso, lo cierto es que para ofrecer una respuesta lo más precisa posible, habría que tomar en cuenta determinados factores del caso concreto, como son: i) determinar la relación efectiva entre las partes y la sede del arbitraje (para determinar si los tribunales italianos son los mejor situados para efectuar el control del laudo), y ii) que la hipotética suspensión de la ejecución del laudo no se hubiese determinado automáticamente (ex lege), con la mera acción de anulación contra el laudo. En el presente caso, una decisión del Tribunal de Apelación de Milán acordando la suspensión no hubiera operado ex lege, sino que el juez habría podido considerar la posibilidad real de anulación del laudo y posiblemente exigido una caución adecuada. Ello pesaría en favor de una posible denegación del reconocimiento del laudo en España, en respeto a la decisión de los tribunales italianos. Asimismo, el contenido del Auto nos permite apreciar la estrecha relación entre la sede del arbitraje y las partes, pues la solicitante del reconocimiento en España era una mercantil italiana, con lo cual, los tribunales de este país (jurisdicción primaria), estarían mejor situados que los españoles (jurisdicción secundaria) para llevar a cabo el control del laudo. En cualquier caso, la jurisprudencia española ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento de un laudo previamente suspendido en el Estado de origen y tal suspensión fue, para el Auto 6 mayo 2006 de la Audiencia Provincial de Madrid “...un hecho relevante, y legalmente decisivo”, que determinó la denegación del reconocimiento.

Enrique LINARES RODRÍGUEZ *

BIENES

EL CASO “CABEZA DE MUJER JOVEN”: ¿UN NUEVO EJEMPLO DE TRÁFICO ILÍCITO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES?

Víctor FUENTES CAMACHO **

I. Hechos, problemática y dimensiones en que se plantea

1. Cada vez que se suscita un litigio sobre un bien con posibilidades de ser calificado como perteneciente al patrimonio histórico español, algunos medios de comunicación no dudan en presentarlo en términos sensacionalistas, atribuyendo del modo más directo y radical a algunos de sus agentes implicados la comisión de delitos como los de robo, piratería o contrabando, y ello, incluso en fase de sumario, a la que por su carácter secreto no deberían poder acceder. Uno de los más nítidos ejemplos en tal sentido lo constituyó el planteamiento del conocidísimo caso *Odyssey* como historia de tesoros y piratas [para dos visiones diferentes de este caso *vid.* M.J. Aznar Gómez, “Treasure Hunters, Sunken State Vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage”, *Int'l J. of Marine and Coastal L.*, 25, 2010, pp. 209–236; y J.L. Goñi Etchevers y V. Fuentes Camacho, “Otro punto de vista sobre el caso *Odyssey*”, *REEI*, 28, 2014)]. Durante la primera quincena agosto de 2015, un nuevo supuesto brinda a la prensa la oportunidad de narrárnoslo como historia de contrabandistas.

* Becario predoctoral. Universidad Complutense de Madrid.

** Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

El bien objeto del mismo es el Picasso “Cabeza de mujer” joven, interceptado el viernes 31 julio 2015 por el Servicio de Aduanas de Córcega en el puerto deportivo de Calvi a bordo del velero Adix, propiedad de D. Jaime Botín y con pabellón británico, donde se hallaba a la espera de ser exportado por vía aérea a Suiza con fines de venta. Su historia comienza con la solicitud de permiso de exportación definitiva del cuadro con aduana de salida en Madrid y destino a Londres presentada el 5 diciembre 2012 por quien dice llamarse D. Fructuoso, en calidad de dueño en pleno dominio de la obra; permiso que fue denegado por resolución del Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas de 19 diciembre 2012, a propuesta de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español. Notificada dicha resolución a D. Fructuoso y a Christie’s Ibérica, S.L., su representación procesal solicita que se tenga por no presentada la solicitud por contener varios errores, resumibles en que el lienzo no se encontraba en territorio español y que su propietaria directa era la entidad panameña Euroshipping Charter Company Inc. Por orden de 28 diciembre 2012, el Secretario de Estado de Cultura, en ejercicio de sus facultades delegadas por el Ministro de Educación, Cultura y Deporte, declara inexportable la pintura y acuerda requerir a la Comunidad Autónoma competente para que instruya expediente con el fin de que sea declarada “Bien de Interés Cultural”. Las referidas resolución y orden son recurridas mediante escrito presentado por D. Fructuoso en su propio nombre y por D. Jesús María en nombre y representación de Euroshipping Charter Company Inc. Desestimados ambos recursos por resolución del Ministro de Educación, Cultura y Deporte de 26 julio 2013, ésta es impugnada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que en fecha 20 mayo 2015 dicta resolución asimismo desestimatoria, que es recurrida ante el Tribunal Supremo. Hallándose este recurso pendiente de resolución tiene lugar la incautación del cuadro en el puerto corso, para ser enviado posteriormente a España y depositado en los Almacenes del Museo Reina Sofía hasta que se resuelva judicialmente el caso.

2. Con carácter general, el caso “Cabeza de mujer joven” plantea la cuestión consistente en determinar si se trata de un supuesto de tráfico ilegal de un bien integrante del patrimonio histórico español. Así ha sido, al menos, considerado por las diversas autoridades administrativas, judiciales y policiales intervinientes a lo largo de su desarrollo. Los hechos acaecidos en él nos llevan a prestar cierta atención a distintos mecanismos de lucha contra el fenómeno del tráfico ilícito internacional de bienes culturales: la solicitud de exportación del lienzo de España al Reino Unido, su prevención mediante la denegación del permiso por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa; el posterior hallazgo del bien en el puerto de Calvi, su represión en la dimensión intracomunitaria a través del ejercicio de acciones ante las jurisdicciones penal y/o civil competentes. Si a tales hechos se añade la exportación a Suiza que se habría materializado de no haberse visto frustrada por la intervención del Servicio de Aduanas de Córcega, cabría plantear su eventual represión como supuesto de tráfico ilícito extracomunitario, asimismo por la vía judicial.

II. Prevención por las autoridades del Estado de origen

3. En su fase inicial el caso “Cabeza de mujer joven” se configura como supuesto de solicitud de permiso de exportación definitiva del bien litigioso. No habiendo sido aún exportado el mismo, la lucha contra su tráfico ilícito internacional es una lucha de carácter preventivo, mediante la cual se intenta evitar su salida de España con destino al Reino Unido. Precisadas en el apartado anterior las más destacables intervenciones en tal sentido de las autoridades culturales españolas, procede en este otro detenerse en el análisis de la SAN 20 mayo 2015; en particular, en el de las dos cuestiones de fondo examinadas en ella.

4. Como primera cuestión de fondo se resuelve en el quinto fundamento jurídico de la decisión la relativa a la determinación del lugar en que se hallaba el cuadro al ser solicitado y denegado su permiso de exportación. Según la propia sentencia y la información difundida por la prensa, se alegó por los recurrentes que la obra no se encontraba en territorio español porque desde hace años viajaba permanentemente a bordo de un barco con pabellón británico, debiendo en consecuencia someterse a la normativa inglesa. Se plantea así una cierta afección de un bien cultural a su buque transportador que nos hace

recordar dos recientes y famosos casos sobre arqueología subacuática. Por orden cronológico, el de la campana de la Santa María, que nos llevó a redactar un trabajo defendiendo que tal circunstancia podía llegar a justificar su pertenencia al patrimonio histórico español y la consiguiente aplicabilidad al supuesto de la legislación española (*vid.* “El caso de la campana de la Santa María: un discutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, versión inicial publicada en *La Ley. Unión Europea*, año XXVII, nº 6494, 31 mayo 2006, pp. 1–4, y versión revisada publicada en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Sección monográfica “Arte, cultura y Derecho”, 3ª época, nº 10, 2007, pp. 240–256), y el caso *Odyssey*, en el que la misma sirvió para que el Tribunal Federal de Atlanta considerase las monedas que viajaban a bordo de la fragata Nuestra Señora de las Mercedes merecedoras del privilegio de inmunidad soberana de que gozan los buques de Estado.

En esta ocasión no se trataba, empero, de bienes integrantes del patrimonio cultural subacuático, ni siquiera de bienes culturales no calificables en tal sentido pero que en algún momento hubieran llegado a estar sumergidos, sino de un cuadro a bordo de una embarcación. Tampoco se suscitaban los problemas de DIPr consistentes en determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable a que dan lugar los litigios internacionales entablados ante la jurisdicción civil ordinaria. Lo que en realidad se discutía no era la afección del cuadro al buque transportador con sus posibles consecuencias jurídicas, sino su lugar de ubicación y la incidencia de éste en la competencia territorial de las autoridades culturales españolas para ejercitar las potestades que les confiere la legislación protectora de nuestro patrimonio histórico. De conformidad con el art. 21 Convención NU sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 diciembre 1982 (BOE 14.2.1982), el Tribunal considera el barco anclado en aquel momento en el puerto de Valencia sometido “a las normas del Estado ribereño, en este caso a las normas administrativas españolas”, y la consiguiente competencia de nuestra Administración para declarar la inexportabilidad del bien.

5. Como segunda cuestión de fondo se plantea ante la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional la determinación de la titularidad dominical del cuadro. Tanto el recurso interpuesto ante ella como el desistimiento formulado previamente por D. Fructuoso se basaban en que el bien no era realmente suyo, sino de la sociedad Euroshipping Charter Company Inc., a la que fue aportado un año de después de su constitución, por lo que no aparecía en la escritura. Frente a ello, el Tribunal entiende en el sexto fundamento jurídico de su sentencia que “la propiedad [de la obra] ha de recaer sobre le Sr. Fructuoso”; principalmente, porque en la solicitud de permiso de exportación constaba él como propietario y porque la documentación privada aportada sólo acreditaba la cesión del lienzo a la entidad panameña, no su propiedad.

De cualquier modo, a los efectos de determinar la pertenencia o no del cuadro al patrimonio histórico español, que su propiedad privada correspondiese a D. Fructuoso o a Euroshipping Charter Company Inc. no es tan importante. Bien sabido es que en supuestos de bienes de especial relevancia para el patrimonio cultural de un Estado de los que es propietario un sujeto de Derecho privado, existe a favor del Estado un derecho de propiedad “de segundo grado” que debe prevalecer sobre el derecho de propiedad “de primer grado” o meramente civil por encontrar su fundamento en intereses públicos estatales que prevalecen sobre los intereses privados. Es precisamente esta circunstancia lo que da lugar a que, en virtud de los arts. 33 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE 25.6.1985) y 50 RD 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE 28.1.1986), la declaración de valor de los bienes integrantes de nuestro patrimonio contenida en su solicitud de exportación tenga el valor de oferta de venta irrevocable a favor de la Administración General del Estado (*vid.* J.L. Álvarez, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 junio 1985*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 365–396).

III. Represión por las autoridades de los Estados de origen, de tránsito o de destino

1. ¿Tráfico ilícito intracomunitario España–Francia?

6. A pesar de haber sido declarado inexportable, el cuadro “Cabeza de mujer joven” viajó en barco hasta un puerto corso, donde fue requisado. Esta introducción del bien en Francia plantea la posibilidad

de contemplar el caso como un supuesto de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales para valorar sus mecanismos de combate a que cabría haber recurrido de no haber sido resuelto mediante la cooperación entre las autoridades policiales francesas y españolas. Dentro de tales mecanismos, presenta especial interés la acción especial de restitución introducida por la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 marzo 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DO L 74 de 27.3.1993), modificada por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 96/100/CE y 2001/38/CE [Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 febrero 1997 por la que se modifica el Anexo de la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DO L 60 de 1.3.1997) y Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 junio 2001 por la que se modifica la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DO L 187 de 10.7.2001)], y derogada y sustituida por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 (refundición) (DO L 159 de 28.5.2014. Corrigendum DO L 147 de 12.6.2015). El hecho de que en los respectivos arts. 15 y 16 de las Directivas de 1993 y de 2014 dicha acción se configure como compatible con cualesquiera otras “civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado” nos lleva a preguntarnos si en el caso que nos ocupa habría sido más conveniente optar por ella o por otra susceptible de ser ejercitada ante las jurisdicciones civil y/o penal competentes. Si bien durante la etapa de vigencia de la Directiva 93/7/CEE sus varios inconvenientes nos llevaban a ser muy críticos con la acción disciplinada por ella, llegando incluso a concluir que su mayor ventaja era precisamente su compatibilidad con otras y aconsejando dejarla totalmente en reserva para ejercitar en un primer momento una acción penal por robo o contrabando, actualmente nuestra opinión tiende más bien a orientarse a favor del recurso directo a la repetida acción especial. Este cambio de parecer se debe, por una parte, a las mejoras que frente a la Directiva 93/7/CEE incorpora la Directiva 2014/60/UE y, por otra parte, al complemento que aporta el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO L 351 de 20.12.2012).

7. Puestas todas de relieve y alguna de ellas analizada con cierto detenimiento en otro lugar (*vid.* “Avances en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *La Ley. Unión Europea*, n° 30, 30 octubre 2015, pp. 34–35), las más destacables innovaciones por vía de las cuales la Directiva de 2014 favorece la restitución de los bienes que constituyen su objeto se concretan en las siguientes: la ampliación de su ámbito material a todo bien cultural calificado o definido como patrimonio nacional en el sentido del art. 36 TFUE por un Estado miembro, sin necesidad de que pertenezca a las categorías enunciadas en los anexos de las Directivas 93/7/CEE, 96/100/CE y 2001/38/CE y cumpla los requisitos de antigüedad y de valor económico exigidos por ellos [cdos. n°s 9, 10 y 21 y arts. 1 y 2.1°); la intensificación de la cooperación y del intercambio de información entre las autoridades centrales de los Estados miembros poniendo a su disposición el Sistema de Información del Mercado Interior (“IMI”) (cdos. n°s 11 y 12/arts. 5 y 7); las ampliaciones a seis meses del plazo para verificar si el bien litigioso es calificable como bien cultural incluido en el ámbito de la Directiva y a tres años del plazo para ejercitar la acción de restitución a partir del momento en que la autoridad central competente del Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en que se encontraba aquél y de la identidad de su poseedor o tenedor (cdos. n°s 13 y 14 y arts. 5.I.3 y 8.1°); la inclusión, junto a las instituciones eclesiásticas, de otras instituciones religiosas como beneficiarias de los regímenes especiales de protección que puedan establecer los Estados miembros y, en consecuencia, de la excepción por la que el plazo de prescripción de la acción se amplía hasta setenta y cinco años (cdo. n° 15 y art. 8.1°), y el reforzamiento de la inversión de la carga de la prueba iniciada tímidamente por la Directiva 93/7/CEE mediante la sustitución de los difusos términos en que se pronunciaba su art. 9 “siempre que se tenga convencimiento de que el poseedor haya actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisi-

ción” por los mucho más contundentes “siempre que el poseedor pruebe que ha actuado (...)”, que se completa con un listado abierto de criterios a tener en cuenta para determinar si así sucedió o no (cdos. n^{os} 17 y 19 y art. 10).

8. A las mejoras introducidas por la Directiva 2014/60/UE frente a sus antecesoras se añade la que, en sede de determinación del *forum*, ha aportado el RB I *bis*: el establecimiento del criterio de la situación efectiva del bien al tiempo de la demanda como foro especial de competencia para conocer de las acciones dirigidas a recuperar los bienes culturales incluidos en el ámbito de las directivas relativas a su restitución (art. 7.4^o). Importantes razones de efectividad, resumibles en que los tribunales del Estado del situs de los bienes muebles corporales en el momento de ejercitarse la acción son los que se hallan en condiciones para someterlos a tutela cautelar y para ejecutar directamente la decisión por la que pongan fin al pleito principal, aconsejan la inclusión en los sistemas de normas sobre competencia judicial internacional de tal criterio específico para la materia real mobiliaria como alternativa al foro general del domicilio del demandado. La laguna que en este punto presentaban las sucesivas versiones del Convenio de Bruselas y el RB I permitía que, en los supuestos de no coincidencia de situación del bien y domicilio del demandado en el mismo Estado miembro, la asunción de competencia por la organización judicial estatal realmente capacitada para dirimir la controversia pudiera fracasar tanto como consecuencia de un hacer como de un no hacer por parte de la representación procesal de la parte demandada (respectivamente, impugnación con plenas probabilidades de éxito o incomparecencia voluntaria con la consiguiente abstención de oficio). Dicha laguna quiso colmarse en la propuesta de reglamento presentada por la Comisión [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida). Bruselas, COM (2010) 748] con un alcance global, para la posesión y cualesquiera derechos reales sobre bienes muebles con independencia de su naturaleza (art. 5.3^o). Finalmente, se ha optado por una solución mucho más restrictiva, con un alcance limitado a las acciones especiales de restitución de bienes culturales reguladas por las directivas sobre la materia; pero que al menos para esas concretas acciones garantiza que las mismas puedan ser ejercitadas ante los tribunales del Estado miembro requerido no sólo por la representación del Gobierno del Estado miembro requirente (arts. 5.1^o Directiva 93/7/CEE y 6.1 de la Directiva 2014/60/UE), sino asimismo por el propietario desposeído del bien contra su voluntad.

2. ¿Tráfico ilícito extracomunitario España–Francia–Suiza?

9. Según la información difundida por la prensa, el cuadro “Cabeza de mujer joven” iba a ser exportado a Suiza. Este dato nos lleva a plantearnos la posibilidad de que la introducción del bien en Suiza hubiera llegado a tener lugar y la consiguiente consideración del caso como un supuesto extracomunitario para analizar los mecanismos de lucha contra esta otra dimensión del tráfico ilícito internacional de bienes culturales. Desde esta perspectiva, procede dispensar especial atención a los siguientes instrumentos normativos: de un lado, al Reglamento (CE) n^o 116/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la exportación de bienes culturales (versión codificada) (DO L 39 de 10.2.2009), y a su Reglamento de ejecución (UE) n^o 1081/2012 de la Comisión relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n^o 116/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la exportación de bienes culturales (texto codificado) (DO L 324 de 22.11.2012), de conformidad con los cuales habría debido efectuarse la exportación; de otro lado, al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 junio 1995 (BOE 16.10.2002), de conformidad con el cual podría haberse demandado la restitución del bien.

10. Los Reglamentos n^o 116/2009 y n^o 1081/2012 comparten con la Directiva 2014/60/UE un grave inconveniente, al cual se añade otro superado por la misma mas no por ellos. El primero se corresponde con la determinación del *locus originis* de los bienes a los que son aplicables unos y otro instrumentos mediante la fijación como fecha de referencia del 1 enero 1993, y a las consideraciones críticas sobre él efectuadas en otros lugares nos remitimos (*vid.* “Avances...”, *loc. cit.*, p. 37). El segundo se concreta en la restricción del ámbito material de ambos reglamentos a los bienes enumerados en el Anexo I del

Reglamento nº 116/2009. En línea con sus antecedentes normativos [Reglamento (CEE) nº 3911/92 del Consejo de 9 diciembre 1992 relativo a la exportación de bienes culturales (DO L 395 de 31.12.1992), modificado por los Reglamentos del Consejo (CE) nº 2496/96 (DO L 335 de 24.12.1996), (CE) nº 974/2001 (DO L 137 de 19.5.2001) y (CE) nº 806/2003 (DO L 122 de 16.5.2003), y Reglamento (CEE) nº 752/93 de la Comisión de 30 marzo 1993 relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 3911/92 del Consejo de 9 diciembre 1992 relativo a la exportación de bienes culturales (DO L 77 de 31.3.1993), modificado por los Reglamentos de la Comisión (CE) nº 1526/98 (DO L 201 de 17.7.1998) y (CE) nº 656/2004 (DO L 104 de 8.4.2004)], los Reglamentos de 2009 y 2012 mantienen la opción por el denominado “método de enumeración”, frente al más ventajoso “método de categorización” por su flexibilidad, que permite dar cabida a un número mayor de bienes. Con ello, subsiste el obstáculo con que, como se ha puesto de relieve, ha dejado de tropezar la Directiva relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro a partir de su versión de 2014 (*supra*, punto 7). Si en ésta se ha llegado felizmente a suprimir el anexo de las Directivas 93/7/CEE, 96/100/CE y 2001/38/CE, entendemos que idéntica suerte debería correr el que acompaña a los sucesivos Reglamentos sobre la exportación de bienes culturales en una futura y necesaria reforma.

11. De haber llegado a configurarse el caso como un supuesto de exportación ilegal del cuadro de España a Suiza, cabría solicitar su devolución de conformidad con la normativa especial que se contiene en el Capítulo III (arts. 5–7) del Convenio de UNIDROIT de 1995. Este instrumento normativo mejora el sistema de los reglamentos comunitarios y el de las directivas anteriores a la de 2014 en que, a los efectos de delimitar su ámbito material, opta en un primer momento por el método de categorización con la amplia definición de la noción de “bienes culturales” efectuada por su art. 2; aunque por desgracia dé posteriormente entrada al método de enumeración mediante la exigencia de que el bien pertenezca a alguna de las categorías enumeradas en su anexo (*vid.* la comparación entre uno y otros textos efectuada por K. Siehr, “The Protection of Cultural Property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared”, *Rev. dr. unif.*, 1988, 2/3, pp. 676–677, 679–681 y 681–682). El convenio merece asimismo ser elogiado por dispensar la importancia que merece como criterio de competencia judicial internacional a la situación efectiva del bien al tiempo de la demanda (art. 8.1º). Su principal inconveniente reside en que la restitución de los bienes culturales exportados ilegalmente a su Estado de origen puede quedar supeditada a la contrapartida de una indemnización al poseedor de buena fe, ciertamente matizada mediante el sistema de inversión de la carga de la prueba (art. 6.1º, i.l. e i.f., respectivamente), pero que unida a los otros gastos derivados de la devolución del bien (art. 6.4º) puede resultar excesivamente costosa para el Estado miembro requirente.

IV. Reflexión final

12. También durante aquella quincena agosto 2015, plagada de noticias sobre el caso que nos ocupa, fueron publicados algunos artículos de prensa con la noticia de que otro “Picasso”, “La peluquera”, robado hace catorce años en el Centro Pompidou de París y hallado a bordo de un barco en Newmark (Nueva Jersey), había sido restituido por EE.UU. a Francia. En este otro supuesto las representaciones de los gobiernos estadounidense y galo formalizaron la devolución del bien mediante un certificado de transferencia en el cual coincidían en declarar su pertenencia al patrimonio cultural francés. ¿En qué argumento se fundan esta contundente afirmación y la no menos radical de pertenencia del cuadro “Cabeza de mujer joven” al patrimonio histórico español? Es cierto que éste había sido declarado inexportable de España y que el lienzo La peluquera era propiedad del Estado francés por legado de su antiguo propietario privado antes de ser robado; pero todo se reconduce principalmente a los lugares y épocas en que uno y otro cuadro fueron pintados [por orden cronológico, en el periodo de su época rosa, de transición al cubismo, que Pablo Picasso pasó en Gósol (Lérida) el verano de 1906, y en 1911, ya inmerso en su época cubista en París]. ¿No es un tanto cuestionable la calificación de una obra de arte realizada por un determinado autor como perteneciente al patrimonio cultural de un Estado o al de otro por el mero hecho de haber sido realizada en determinados momento y lugar?

La comparación entre los casos “Cabeza de mujer joven” y “La peluquera” demuestra las dudas que plantea la determinación del *locus originis* de la obra de Pablo Picasso. Hay artistas que pueden considerarse nacionales de un Estado concreto por vincularse su producción exclusivamente con él. Pero también hay otros cuya actividad trasciende las fronteras del Estado de su nacionalidad o residencia habitual, siendo por ello calificables como plurinacionales; incluso en algunos supuestos como universales. Esta nota de plurinacionalidad o incluso universalidad de ciertos autores determina que la idea de pertenencia de su obra al patrimonio del Estado X o al del Estado Y se difumine y nos veamos forzados a hacerla depender del no siempre preciso criterio del lugar y época en que ha sido creada.

2016/12.– Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Sentencia de 20 mayo 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Isabel Resa Gómez. RJCA 2015/838.

Bienes culturales.– Exportación.– Patrimonio histórico.– Protección.– Restitución.– Tráfico ilícito internacional.

Normas aplicadas: Art. 5 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; arts. 8.1º, 10.1º y 10.2º Cc; art. 21 Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 diciembre 1982; art. 386.1º LEC 1/2000, de 7 de enero.

[...]

La parte recurrente invoca que el cuadro de Picasso referido en autos se hallaba en un barco anclado en el puerto de Valencia del pabellón británico, por lo que no puede decirse que se encuentre en territorio español, sometiéndose así a la normativa inglesa. Sin embargo, admitido por las partes que la ubicación en territorio español determina la competencia territorial de las autoridades culturales españolas (art. 5 LPHE), no puede decirse en modo alguno que dicho cuadro no se halle en territorio español al tiempo de la solicitud. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que las normas protectoras del Patrimonio histórico-artístico son normas de policía en el sentido del arte. 8.1º Cc, por su propio contenido limitativo del dominio y así se deduce de la exposición de motivos de dicha ley, y por tanto sujetas a un principio de territorialidad. En segundo lugar, que conforme al art. 21 del Convenio de Montego Bay de Derecho del Mar, de 1982 en relación con los arts. 1 y 8, ratificado por España, la existencia de un buque en un puerto español, salvo que se trate de naves militares, le hace someterse a las normas del Estado ribereño, sin que del art. 10.1º y 2º Cc se deduzca lo contrario.

Por consiguiente, el desistimiento basado en esta causa y la alegación de falta de competencia de la Administración española para ejercitar sus potestades han de ser rechazados, sobre todo, si conforme a la documental aportada queda acreditado que a la fecha de solicitud del permiso de exportación el barco en que se ubica el cuadro se encontraba en el puerto de Valencia, o, en su defecto, en Madrid, tal como se indicó en la solicitud f.61 del expediente, haciendo irrelevantes las alegaciones de la casa de subastas de que en la solicitud indicó que el cuadro se hallaba en esta última ciudad por error, pues una entidad encargada de estas actividades conforme a su objeto social mal puede desconocer el lugar en que se encontraba el cuadro cuando solicita dicho permiso.

Como segunda cuestión de fondo debemos examinar la propiedad del cuadro, puesto que el desistimiento formulado se basaba en el error padecido por la casa de subastas representante del Sr. Fructuoso cuando considera que el verdadero propietario es Euroshipping Charter Company Inc. la cual recibió como aportación mencionada del Sr. Fructuoso el cuadro referido en autos en 1999, un año después de la constitución de dicha sociedad panameña, por lo que no pudo aparecer en la escritura de constitución, alegando la posibilidad de su aportación en documento privado. Sin embargo, conforme expresa la resolución impugnada, y a los meros efectos prejudiciales, derivados del art. 4.1º de la ley jurisdiccional, sin que ello conlleve un definitivo pronunciamiento sobre la cuestión, el cual sólo puede tener lugar en vía civil, debemos entender que la propiedad del cuadro Picasso ahora examinado ha de recaer sobre el Sr. Fructuoso, conforme a los siguientes datos expresados que constituyen prueba indiciaria conforme al art. 386.1º LEC 1/2000, de 7 de enero. Entre estos datos indicaremos los siguientes:

tes: 1. El documento que justificaría que el cuadro pertenece a la actora tras la aportación societaria del cuadro hecha por el Sr. Fructuoso a la sociedad recurrente, domiciliada en Panamá, y de la que la actora demite en su escrito de demanda que el Sr. Fructuoso es, al menos, accionista mayoritario (folio 2 de la demanda), se trata de un documento privado que acredita únicamente la cesión como poseedora del cuadro, no su propiedad, según se deduce del contrato de 22 octubre 2009, y la actora no ha desvirtuado. 2.– El acta de manifestaciones aportada tan sólo acreditaría que el cuadrero se halla en el barco amarrado en el Club Náutico de Valencia, embarcación Adix, pero no añadiría ningún otro dato. 3.– Los propios actos del solicitante del cuadro, y de la casa de subastas Christie's Ibérica, que dada su personalidad sobre este tipo de actividades de exportación no puede alegar un error tan evidente como el relativo a la propiedad del cuadro, toda vez que en la solicitud del permiso de exportación así se hacía constar la propiedad del Sr. Fructuoso.

Lo expuesto determina la irrelevancia de las declaraciones del Sr. Fructuoso, de la entidad hoy recurrente así como de la casa de subastas sobre la validez del desistimiento por error de hecho advertido, siendo así que no puede concluirse que hubo error en el mandato otorgado a esta última, que dados los términos del mismo acompañados al poder otorgado se trataba de un verdadero mandato representativo para actuar en nombre y por cuenta del Sr. Fructuoso, y así se deduce del folio 65 del expediente. Igualmente debe rechazarse, por estos mismos motivos, la alegación de que el acto impugnado es de contenido imposible y sin objeto como consecuencia del mencionado desistimiento.

[...]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ACCIÓN POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR: LUGAR DE LA INFRACCIÓN EL LUGAR EN EL QUE LA ACTORA TIENE EL CENTRO DE SUS INTERESES PRINCIPALES

2016/13.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dicimoquinta, Auto nº 32/2015, de 12 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín. JUR 2015/259548.

Competencia de jueces y tribunales: competencia de los tribunales españoles: estimación.– Acción por infracción de los derechos de autor.– Lugar de la infracción el lugar en el que la actora tiene el centro de sus intereses principales.– Lugar en el que ejerce su profesión u oficio.

Normas aplicadas: Arts. 14 y 24 CE; art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; arts. 21 y 22.3º LOPJ; art. 52.1.11 LEC.

[...]

5. Tiene razón la recurrente en su alegación de que el juzgado mercantil no ha sido respetuoso con el orden lógico de resolución de las diversas cuestiones planteadas por la declinatoria de las demandas. Y la cuestión no tiene que ver solamente con el orden en el que fueron planteadas por la parte (la incompetencia de jurisdicción era subsidiaria a la alegación de inmunidad) sino que también responde al orden lógico de resolución de las diversas cuestiones. Antes de poder resolver sobre la competencia internacional es preciso determinar si el órgano jurisdiccional tiene jurisdicción para conocer porque la jurisdicción es un presupuesto previo al de la competencia (incluida la internacional).

6. El art. 21.2º LOPJ establece como supuestos de inmunidad de jurisdicción los establecidos por las normas de Derecho internacional público. Existe coincidencia, en la doctrina que la inmunidad de jurisdicción alcanza a los estados extranjeros por virtud de normas de carácter consuetudinario.

7. También expresa la doctrina que el alcance o contenido de la inmunidad de jurisdicción no es absoluto sino relativo y responde al principio de la inmunidad funcional, de manera que los estados extranjeros solo gozan de inmunidad respecto de los actos u omisiones realizados en ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). En cambio, no existe inconveniente en que se pueda demandar a los estados respecto de actos sujetos a las reglas generales del tráfico jurídico-privado (*acta iure gestionis*), aunque los beneficios de las mismas reviertan en el propio Estado.

8. En el supuesto enjuiciado, en el que una de las partes es un Estado, razón por la que únicamente esa parte podría verse beneficiada de la inmunidad, en el caso de que apreciáramos su concurrencia, consideramos que estamos claramente ante un acto ajeno al concepto de *acta iure imperii*, razón por la que es de aplicación una excepción al principio de inmunidad de jurisdicción de los estados. Y ratifica esa idea el hecho de que las acciones ejercitadas corresponden a un ámbito de estricto Derecho privado, como es el derecho de propiedad intelectual, uno de los supuestos típicos de excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros.

9. No podemos compartir las alegaciones que sobre este particular realiza la defensa de Qatar, que estima que la única razón por la que le podría ser exigida responsabilidad es por haber mediado en el conflicto entre una empresa pública de su país y una ciudadana extranjera, lo que constituye un acto de imperio respecto del que tiene inmunidad. Lo determinante para analizar esta cuestión es exclusivamente la alegación que se efectúa en la demanda, no si la misma está o no fundada. Y la demanda no reclama frente a Qatar por un motivo distinto que frente a Ashghal, de forma que ejercita frente a ambas acciones típicas de la propiedad intelectual, que son en las que se podrá fundar una eventual responsabilidad de ambas demandadas

[...]

a) Sobre el foro de necesidad

12. Corno punto de partida, creemos que resulta incuestionable que en la interpretación y aplicación de las reglas sobre la competencia judicial internacional puede existir una afectación de) derecho a la tutela efectiva, razón por la que no es injustificado que el recurso se refiera a esta cuestión. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a ello en la Sentencia 61/2000, de 13 marzo 2000, en la que afirma que “desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia”, Y en el mismo sentido lo hace en STC 127/2013, de 3 junio 2013, donde se refiere a “... exigencias constitucionales del sistema de competencia judicial internacional, en cuanto asegura una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia”, En suma, se deriva de ello, como afirma el recurso, que para que nuestros tribunales puedan excusar su conocimiento con fundamento en la falta de competencia internacional es preciso que la regla de competencia en cuestión asegure una posibilidad razonable de accionar ante la justicia.

13. Si bien, debemos llamar la atención sobre el hecho de que el TC no se refiere al derecho a obtener una tutela de fondo sino exclusivamente al derecho de acceso a la tutela que, aunque forma parte integrante del derecho del art. 24.1º CE, no absorbe todo su contenido sino que se limita a una parte que, aunque esencial, es limitada, “el derecho de acceso a la jurisdicción”.

14. Lo que queremos decir con ello es que no es justificación suficiente para tener que abrir ese foro de necesidad a favor de los tribunales españoles que los derechos invocados en la demanda no tengan tutela específica en la legislación del país del foro, lo que tiene que ver con el fondo de la demanda, sino que las dificultades tienen que estar relacionadas con el acceso mismo, lo que no se ha alegado siquiera que ocurra. El hecho de que la acción ejercitada sea contra un estado soberano, el Emirato de Qatar, y contra una empresa pública del mismo, no ignoramos que puede determinar cierta dificultad conseguir que sean los tribunales del mismo la que la otorguen; no obstante, no tenemos datos que nos permitan determinar que esa dificultad sea mayor o plantee problemas distintos a los que serían propios de reclamaciones de ese tipo ante un estado distinto.

15. Y, en cualquier caso, esas dificultades que podría encontrar la tutela de los derechos de la actora no justifica la apertura de un fuero de necesidad, fuero que solo está justificado abrir en situaciones extremas, derivadas de la existencia de una laguna de jurisdicción o bien de la negativa del Estado

español al reconocimiento de la eficacia de una resolución dictada por un país extranjero, situaciones que nada tienen que ver con la que aquí se plantea.

b) Sobre la interpretación del art. 22.3º LOPJ a la luz de los criterios jurisprudenciales en torno al art. 5.3º RB I

16. No discute las partes que la norma de nuestro Derecho interno que deber servir de fundamento para la resolución del conflicto es el art. 22.3º LOPJ y particularmente el inciso del mismo que dispone lo siguiente: “en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”. Y la cuestión consiste en determinar si podemos considerar que el hecho ha ocurrido en España a efectos de lo determinado por el referido precepto.

17. Tiene razón la recurrida en que no resulta fácil poder argumentar en un caso como el enjuiciado que “el hecho baya ocurrido en España” cuando la infracción de los derechos la sitúa la demanda en la fabricación de unas farolas que la demandante afirma que infringen sus derechos, farolas que fueron colocadas por las demandadas en una calle de Doha, en el Emirato de Qatar.

18. Pero, en cualquier caso, creemos que es razonable la alegación de la recurrente de que la norma de nuestro Derecho interno, que sustancialmente es idéntica a la contenida en el art. 5.3º RB I (actualmente en el art. 7.2º RB I bis), debe ser interpretada en sintonía con esos preceptos. No podemos ignorar que esa norma de nuestro derecho interno tiene su origen en el Derecho comunitario, concretamente, en el Convenio de Bruselas, de donde la tomó nuestro legislador en 1985. Por ello, y aunque los demandados no tienen su residencia en un país comunitario, es razonable utilizar toda la experiencia adquirida procedente de la interpretación que el Tribunal de la Unión Europea ha hecho de la norma comunitaria con la que tan estrecha relación guarda nuestra norma interna. Y que podarnos acudir a ese acervo interpretativo tan notable no cambia el hecho fundamental de que lo que estamos aplicando es en todo caso nuestro derecho interno. La razón por la que es posible acudir a esos criterios procedentes de la doctrina jurisprudencial comunitaria se encuentra en que los problemas de la interpretación y aplicación de nuestro derecho interno no son sustancialmente distintos a los que se han evidenciado en la aplicación del comunitario.

19. Así lo entendimos también en nuestro anterior Auto de 17 febrero 2011, en el que apreciábamos que, aunque el precepto comunitario (allí se trataba del art. 23 RB I) no resultaba aplicable, proporcionaba criterios normativos, desarrollados por la jurisprudencia del TJCE que no solo eran útiles sino de conveniente seguimiento. Ello no significa que debamos aceptar todas las conclusiones que extraigamos del Derecho comunitario para aplicarlas sin más en el nuestro, atendido que no podemos desconocer que el conflicto que debemos resolver no es un conflicto de competencia entre países comunitarios, razón por la que no resultan de aplicación todos los principios a los que obedece la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

e) Sobre el sentido de la expresión “lugar de producción del daño” y la exclusión de *forum actoris*

20. El art. 5.3º RB I y el art. 7.2º RB I bis atribuyen la competencia internacional en materia de obligaciones extracontractuales a los tribunales “del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” (*forum commissi delicti*).

21. El Tribunal Europeo precisó (STJCE 30 noviembre 1976, As. 21/76: *Mines de Potaste d’Alsace v. Bier*) que ese lugar puede ser tanto donde se comete la conducta lesiva como donde se producen o hacen patentes sus efectos. Esa idea aparece con posterioridad matizada y ampliada en las Sentencias de 11 enero 1990 (C-220/88, asunto *Dumez*), de 19 septiembre 1995 (C-364/93, *Marinari*) y de 7 marzo 1995 (C-364/93, *Fiona Shevill*). En este último caso, relativo a un asunto de violación del derecho del honor, el TJCE consideró que, además de los tribunales del estado de origen dañoso, también serían competentes los tribunales de cada uno de los Estados miembros en los que el daño se manifestara, pero solo para reclamar los daños sufridos en el Estado a cuyos tribunales se hubiera acudido.

22. Con ello se beneficia al demandante, “víctima” del daño, en cuanto puede optar por tres lugares distintos para presentar su demanda, lo que en ocasiones puede determinar la atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandante. No obstante, la doctrina ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia europea ha tendido a negarse a aceptar el *forum actoris*, al que se ve como una opción explícitamente excluida por los redactores del Convenio de Bruselas. La intención del TJ al hacer esa precisión de atribuir una competencia limitada en el importante caso *Fiona Shevill* fue precisamente evitar el *forum actoris*. En los casos *Dumez* y *Marinari* el Tribunal precisa que el art. 5.3 no puede interpretarse en el sentido de que legitime al demandante para dirigirse ante los tribunales del lugar en el que el propio demandante haya experimentado el daño en su propio patrimonio.

d) El lugar de materialización del daño como criterio de competencia internacional

23. El lugar de la materialización del daño en el sentido de dicha disposición puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado (véase, en este sentido, la STJ de 19 abril 2012, as. *Winlersleiger*, C-523/10, aps. 21 a 24 y la STJ de 3 octubre 2013, as. *Pinckney*, C-170/12, ap. 32). En ese sentido, el Tribunal ha distinguido, en supuestos de infracciones cometidas a través de Internet, entre los casos en los que la infracción se refiere a un derecho de la propiedad intelectual o industrial de aquellos otros en los que se ha producido la violación de un derecho de la personalidad.

24. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que dicha persona tiene su centro de intereses, la supuesta víctima puede optar por presentar su demanda únicamente ante el órgano jurisdiccional de dicho lugar respecto del daño total causado (Sentencia 25 octubre 2011, caso *eDate Advertising* y *Martínez*, as. acum. C-509/2009 y C-161/2010, ap. 48).

25. En cambio, la alegación de una vulneración de un derecho patrimonial de la propiedad intelectual o industrial, cuya protección concedida por un acto de registro está limitada al territorio del estado miembro de registro, debe formularse ante los tribunales de dicho Estado miembro. En efecto, los órganos jurisdiccionales del estado miembro de registro son los que mejor pueden apreciar si efectivamente se ha vulnerado el derecho de que se trate (véase, en este sentido, sobre las marcas nacionales, las Sentencias *Winlersleiger*, aps. 25 y 28 y *Pinckney*, ap. 37).

26. Los derechos patrimoniales de un autor están sujetos, al igual que los derechos vinculados a una marca nacional, al principio de territorialidad (Sentencia *Pinckney*, ap. 39). Por ello, la competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual ya está establecida en favor del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda cuando el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra dicho órgano jurisdiccional protege los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado puede materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejerce la acción (ap. 43).

27. Los derechos de autor están sometidos a un principio de territorialidad en la protección, como otros derechos de propiedad industrial, aunque presentan una característica peculiar que dificulta su protección, la ausencia de inscripción en un registro y el hecho de que se encuentran protegidos en todos los Estados miembros por obra de la Directiva 2001/29. En ese sentido se puede decir que se trata de derechos que comparten rasgos con los derechos de la personalidad, ya que pueden violarse en todos los Estados miembros pero su protección se efectúa mediante segmentos territoriales de dimensión estatal, igual que los derechos de la propiedad industrial (ap. 36 de las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 11 septiembre 2014, en el asunto *Hejduk* (as. C-441/13).

28. La STJ de 22 enero 2015 (as. C-441/13, *Hejduk v. EnergieAgentur*) precisa que esa competencia se limita a conocer del daño causado en el Estado miembro al que pertenece (ap. 38). Por consiguiente, el Tribunal sigue fiel, en sustancia, al criterio establecido en el caso *Fiona Shevill* de atribuir exclusivamente una competencia limitada, con lo que se quiere evitar consagrar el fuero del domicilio del demandante.

29. No obstante, no podemos pasar por alto la interesante discusión que se originó en el proceso seguido en tal caso, en el que no faltaron posturas como las de la República Checa y la Confederación

Suiza que invitaban al Tribunal de Justicia a extender la solución de la sentencia eDate Advertising a un supuesto como el allí enjuiciado, en aras de la buena administración de justicia y de la previsibilidad en la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional.

e) Sobre la calificación de los derechos objeto de la demanda a efectos de la determinación de la competencia internacional

30. Hemos concluido en el apartado anterior que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, cabe la posibilidad de atribuir competencia internacional a los tribunales del lugar del domicilio del demandante en dos casos, aunque con distinto alcance:

a) Primero, en el caso de infracción de derechos de la personalidad, supuesto en el que el Tribunal considera el domicilio como centro de los intereses principales. En este caso la atribución de la competencia es plena.

b) Y segundo, en el caso de infracción de derechos (patrimoniales) de autor, supuesto en el que existe posibilidad de atribución de una competencia limitada a los daños producidos en el propio estado que ofrece tutela a esos derechos.

31. El recurso sostiene que la cuestión se debe resolver aplicando el fuero de la infracción de los derechos de la personalidad, considerando que en la demanda se han ejercitado derechos morales de autor, que se asimilan a ellos, si bien reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo no contiene ningún precedente explícito en el que se haya hecho esa asimilación. Lo más cercano a ello es la referencia que algunos pronunciamientos hacen a los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, de la que podemos deducir que se esté queriendo excluir los derechos no estrictamente patrimoniales, esto es, los derechos morales de autor.

32. Somos conscientes de que, aunque no falten opiniones doctrinales que asimilen los derechos morales de autor a los derechos de la personalidad, esa asimilación es muy discutida por otro sector doctrinal y, particularmente, por la jurisprudencia, que ha considerado que falta en ellos la nota de esencialidad que caracteriza a los derechos de la personalidad (SSTS 2 enero de 1992 y 9 diciembre 1985). Los derechos morales no tienen que ver con la persona sino con la creación, de manera que no es posible asimilar derechos morales de autor con derechos de la personalidad. Ahora bien, de ello no se sigue que, a efectos de la determinación de la competencia internacional, no pueda hacerse la asimilación, como alega el recurso.

33. La razón por la que esa asimilación es posible creemos que radica en la similitud de los derechos morales de autor con los derechos de la personalidad en cuanto a la dificultad de situar en el espacio su infracción a efectos de determinar donde se manifiesta el daño. Es razonable situar esa manifestación del daño en el lugar en el que el proceso creativo ha tenido lugar y en el que, a su vez, tienen protección los derechos supuestamente infringidos.

34. Ello nos lleva a considerar que es razonable aplicar nuestra norma interna en sintonía con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 octubre 2011 (casos eDate y Martínez), al estimar que es la que mejor se acomoda a la naturaleza de los derechos objeto del presente proceso. En suma, estimamos que el concepto “hecho ocurrido en territorio español” incluye el supuesto de que el daño se haya “manifestado en nuestro territorio”. Y a su vez, este último concepto, cuando está referido a los derechos morales de autor, permite situar como lugar de manifestación del daño el territorio español, porque es en el mismo donde se produce una doble circunstancia:

i) Aquí tienen protección los derechos que se afirman infringidos.

ii) Y también en nuestro territorio se produjo el proceso creativo que dio lugar al nacimiento de esos derechos, por ser el lugar en el que desarrolla la actora su actividad creativa.

35. Y, si a esa interpretación es posible llegar a partir de los principios interpretativos propios del derecho de la Unión Europea, con mayor motivo creemos que lo es a partir de los postulados de nuestro derecho interno porque en el ámbito comunitario entra en juego el principio de confianza recíproca con una intensidad mucho mayor que la que es propia del derecho internacional privado, lo que condi-

ciona en cierta medida el signo de la respuesta que el Tribunal Europeo ha venido dando en esta materia, que no coincide exactamente con las soluciones que los diversos Estados miembro aplican en su derecho interno.

36. Y tampoco es completamente ajena a esa interpretación el hecho de que tanto la norma comunitaria como la de nuestro Derecho interno tengan un espectro de aplicación tan amplio (la culpa extracontractual), lo que determina que haya surgido una clara conciencia de que no ofrece una respuesta adecuada a los concretos problemas que plantea el enjuiciamiento de todas y cada una de las materias sometidas a su aplicación, que presentan entre sí una extraordinaria heterogeneidad.

Ello nos lleva a estimar el recurso y apartamos del criterio que ha seguido la resolución recurrida.

[...]

NOTA

1. En el auto que comentamos, la AP de Barcelona aborda la interpretación del foro de competencia en materia de obligaciones extracontractuales del Derecho autónomo español, previsto en el art. 22.3º LOPJ en su versión anterior a la reforma llevada a cabo mediante la aprobación de la LO 7/2015 [art. 22 *quinquies* b) en la versión actualmente vigente], en un supuesto relativo a una demanda por vulneración de los derechos morales de autor. En efecto, el litigio en el que se inscribe el auto fue incoado mediante una demanda interpuesta por una arquitecta contra una entidad pública catari y contra el propio Estado de Catar, tras haber constatado que en Doha, la capital catari, se habían instalado unas farolas de un modelo que había sido diseñado por ella. En consecuencia, la demandante interpuso una acción solicitando que se le reconociera como autora del diseño, que se declarase que las demandadas habían vulnerado sus derechos morales de autor (más concretamente, los derechos de divulgación, paternidad e integridad), que se ordenase la cesación de la conducta y la consiguiente retirada de las farolas y, por último, que se le concediera una indemnización por daños morales.

Las demandadas presentaron una declinatoria que fue estimada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona, al entender éste que carecía de competencia judicial internacional puesto que el art. 22.3 LOPJ debía interpretarse en el sentido de que, en el caso examinado, no atribuía competencia a los tribunales españoles, por no ser España “el lugar donde se había producido la infracción” (en puridad, del auto examinado parece deducirse que el Juzgado de lo Mercantil afirmó que el art. 22.3º LOPJ atribuye competencia a los tribunales de Catar, afirmación que obviamente no resulta adecuada, en la medida en que las normas de competencia judicial internacional de fuente autónoma se limitan a determinar los supuestos en que los tribunales españoles gozan de competencia, pero sin por ello atribuir, mediante un supuesto efecto reflejo, competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de otros Estados). Frente a ello, la demandante interpuso un recurso de apelación que dio lugar al auto aquí comentado.

2. El auto de la AP plantea varias cuestiones destacables desde la perspectiva del Derecho procesal civil internacional de fuente autónoma. En las líneas que siguen nos ocuparemos de las tres cuestiones que, a nuestro parecer, presentan un mayor interés: en primer lugar, el modo en que el auto se ocupa de la cuestión del foro de necesidad; en segundo lugar, las consideraciones de la AP sobre la posibilidad de transponer a la interpretación de los foros de la LOPJ los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en adelante, “TJ”) relativa al RB I; y finalmente, la aplicación de los principios elaborados por el TJ en el marco de los litigios por infracción de los derechos de la personalidad a los litigios relativos a los derechos morales de autor.

3. Empezando por las consideraciones de la AP de Barcelona relativas al foro de necesidad, cabe señalar que obedecen al hecho de que la demandante, en su recurso de apelación, sostuvo que la resolución del Juzgado de lo Mercantil conculcaba su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el art. 24.1º CE, entre otros motivos en la medida en que Catar (como foro general del domicilio de los demandados) “no respeta la propiedad intelectual”. La AP acoge, en principio, la posibilidad de invocar el

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para interpretar y aplicar las reglas de competencia judicial internacional, citando en particular la reciente STC 127/2013. Con todo, en su auto, la AP matiza acertadamente el alcance de la posibilidad de invocar el art. 24.1º CE para abrir un *forum necessitatis*, señalando que de la jurisprudencia constitucional no se desprende un mandato relativo a la tutela de fondo, sino al “derecho de acceso a la jurisdicción”, por lo que no basta con efectuar consideraciones sobre la tutela de fondo eventualmente garantizada por el ordenamiento jurídico catarí (en la medida, claro está, en que los tribunales cataríes apliquen el Derecho del foro a este tipo de acciones, algo que la demandante da por descontado pero sobre lo que no parece aportar elementos probatorios concretos). En efecto, la AP de Barcelona señala que el foro de necesidad debe estar ligado a dificultades relacionadas con el propio acceso a los tribunales extranjeros, subrayando además el carácter excepcional del recurso a este mecanismo que, en los términos del auto comentado, “solo está justificado abrir en situaciones extremas, derivadas de la existencia de una laguna de jurisdicción o bien de la negativa del Estado español al reconocimiento de la eficacia de una resolución dictada por un país extranjero” (ap. 15).

No cabe sino aplaudir este enfoque a la vez procesal –no sustantivo– y restrictivo del acceso al *forum necessitatis*, pero a la vez abierto a la posibilidad de reconocer la viabilidad de este mecanismo a pesar del silencio del legislador: en efecto, téngase en cuenta que el auto fue dictado antes de la aprobación de la LO 7/2015, mediante la cual, entre otras modificaciones, se introdujo en la LOPJ un nuevo art. 22 octies, cuyo ap. 3 prevé expresamente la posibilidad de abrir un foro de necesidad al afirmar que “[l]os Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”. Dejando a un lado las críticas que merece la redacción de este precepto, y en particular su inciso final, en virtud del cual “[t]ampoco [podrán los Tribunales españoles abstenerse o declinar su competencia] cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los Tribunales extranjeros” (al respecto, *vid.*, *v.gr.*, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p. 109, ap. 65), cabe destacar que el mismo responde al enfoque procesal y restrictivo acertadamente retenido, *avant la lettre*, por el auto que estamos examinando.

4. En segundo lugar, el auto de la AP de Barcelona destaca también por el tratamiento de la cuestión del carácter “trasplantable” de la jurisprudencia del TJ relativa al RB I a la interpretación y aplicación de los foros de competencia de la LOPJ. La vinculación entre el art. 22 LOPJ y el RB I es evidente, en lo que atañe no solo al contenido de los foros, sino también a la –errónea– estructuración cuasijerarquizada de los mismos, que además sigue proyectándose tras la reforma llevada a cabo por la LO 7/2015. De ahí que la doctrina haya tradicionalmente sostenido que, en principio, cabe entender que el Derecho de la Unión, y en particular el RB I, actúa como referente hermenéutico para la interpretación de los foros de competencia del Derecho autónomo (*vid.*, *v.gr.*, FJ Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p. 89, ap. 4.33). La propia AP de Barcelona había ya confirmado esta posibilidad en su auto de 17 febrero 2011, en relación con la jurisprudencia del TJ relativa al art. 23 RB I. En el auto aquí examinado la correspondencia se produce entre el art. 22.3º LOPJ y el art. 5.3º RB I/7.2º RB I bis, afirmando la AP que se trata de normas sustancialmente idénticas, por lo que la LOPJ debe ser interpretada “en sintonía” con su equivalente en el Derecho de la Unión, sobre todo teniendo en cuenta que “los problemas de la interpretación y aplicación de nuestro derecho interno no son sustancialmente distintos a los que se han evidenciado en la aplicación del comunitario” (ap. 18). Nos encontramos una vez más ante un acercamiento acertado por parte de la AP, máxime en la medida en que este órgano se encarga de matizar el alcance de la remisión a la jurisprudencia del TJ, señalando que no se trata de hacer un reenvío a ciegas. Así, el auto afirma que “[e]llo no significa que debamos aceptar todas las conclusiones que extraigamos del Derecho comunitario para aplicarlas sin más en el nuestro, atendido que no podemos desconocer que el conflicto que debemos resolver no es un conflicto de competencia entre países comunitarios, razón por la que no resultan de aplicación todos los principios a los que obedece la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (ap. 19). En efecto, los principios elaborados en un ámbito de integración y distribución de competencia judicial internacional, con carácter sistemático, difícilmente pueden proyectarse sin más a

la mera atribución de competencia a los tribunales españoles operada por la LOPJ, cuya virtualidad está llamada a producirse *ad extra*, en relación con Estados cuyos principios jurídicos, especialmente en lo que atañe al acceso a los órganos jurisdiccionales, pueden apartarse ampliamente de los principios básicos que informan el sistema español.

5. Finalmente, el aspecto más novedoso del auto lo constituye la conclusión de la AP relativa a la cuestión de cuál es el tratamiento que debe acordarse a los derechos morales de autor a efectos de competencia judicial internacional. Tratándose del lugar de manifestación del daño, dos eran las opciones por las que podía decantarse la AP a la vista de la jurisprudencia del TJ en interpretación del art. 5.3º RB I: a saber, la línea jurisprudencial relativa a las infracciones de derechos patrimoniales de autor (STJ 3 octubre 2013, as. C-170/12: *Pinckney*) o bien la relativa a las infracciones de derechos de la personalidad (STJ de 25 octubre 2011 en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10: *eDate Advertising y Martínez*). Después de recordar ambas líneas jurisprudenciales, la AP subraya que la principal diferencia que se desprende de la asimilación del caso de autos a una u otra opción radica, esencialmente, en el alcance de la indemnización que puede solicitar la presunta víctima de la infracción en caso de que decida interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado de su domicilio: en efecto, la jurisprudencia *eDate* le permite reclamar por todos los daños sufridos (en la medida, eso sí, en que su centro de intereses radique en su domicilio, puesto que el ap. 49 de la sentencia *eDate* contiene una simple presunción *iuris tantum* de que el centro de intereses se encuentra en el lugar del domicilio de la víctima), mientras que la jurisprudencia *Pinckney* limita la competencia a los daños sufridos en el Estado miembro del foro.

Ante el silencio de la jurisprudencia del TJ, la AP opta por una solución ciertamente osada, puesto que se decanta por la solución prevista para los derechos de la personalidad en la sentencia *eDate*, permitiendo reclamar íntegramente los daños morales en España, como lugar del domicilio de la demandante, en la medida en que, por una parte, los derechos presuntamente vulnerados están protegidos en España y, por otra, el proceso creativo de las farolas protegidas por los derechos de autor se produjo en España (ap. 34). Decimos que se trata de una solución osada en la medida en que la propia jurisprudencia del TS, como pone de relieve el auto en el ap. 32, se ha resistido a asimilar los derechos morales de autor a los derechos de la personalidad. Sin embargo, la AP propone el argumento –ciertamente defendible– de que la calificación a efectos sustantivos no tiene por qué incidir necesariamente en el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista de la competencia judicial internacional (ap. 32). Sea como fuere, en la doctrina no han faltado voces que se han decantado, desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, por la asimilación de los derechos morales de autor no a los derechos patrimoniales de autor, sino a los derechos de la personalidad (en este sentido se pronuncia, *v.gr.*, I. Heredia Cervantes, “Competencia judicial internacional y derechos morales de propiedad intelectual”, *Diario La Ley*, nº 8386, 26 septiembre 2014, ref. La Ley 6290/2014, aps. 18–19; desde el punto de vista del Derecho aplicable, *vid.*, también, las consideraciones de Y. Haga, “La ley aplicable a los derechos morales: ¿es posible un enfoque como ‘derechos de la personalidad?’”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 309–333).

Con todo, no puede ocultarse que hay un cierto salto lógico en el razonamiento de la AP, puesto que una cosa es trasponer al ámbito interno una interpretación claramente establecida por el TJ, mientras que otra distinta es proyectar una solución jurisprudencial prevista para un ámbito concreto, como son las vulneraciones de derechos de la personalidad cometidas por internet, a otro ámbito indudablemente diferente, como es la vulneración de los derechos morales de autor cometida *in casu* mediante la instalación, en un espacio físico, de una serie de farolas. Ciertamente cabe pensar que la colocación de las farolas no tiene por qué vincular necesariamente la determinación del lugar donde se produce la vulneración de los derechos morales; y, de hecho, esta es la premisa de la que parece partir la AP cuando alude, en el ap. 33 del auto, a “la similitud de los derechos morales de autor con los derechos de la personalidad en cuanto a la dificultad de situar en el espacio su infracción a efectos de determinar donde se manifiesta el daño”. Sin embargo, lo cierto es que la AP se apoya expresamente, en el ap. 34 de su auto, en la sentencia *eDate*, a pesar de que la misma había sido dictada en el marco de un litigio derivado de una infracción cometida a través de internet, como de hecho recuerda el propio auto en su ap. 23 (sobre la importancia de este factor no solo para la solución retenida en el caso *eDate*, sino también para la

posibilidad de proyectarla al caso resuelto por el auto que examinamos, *vid.* P. de Miguel Asensio, “Derechos morales de autor y Derecho internacional privado”, disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.lu/2015/06/derechos-morales-de-autor-y-derecho.html>; matizando en cambio la relevancia de la comisión del ilícito por medio de internet, *vid.* I. Heredia Cervantes, *loc. cit.*, ap. 30). Es por ello que, aun compartiendo la solución a la que llega la AP, consideramos que su fundamentación en la jurisprudencia del TJ, en ausencia de un pronunciamiento claro por parte del Tribunal de Luxemburgo en cuanto al tratamiento que deben recibir los derechos morales de autor en el ámbito de la competencia judicial internacional, resulta algo insuficiente. Si, como reconoce la propia AP, la interpretación de la LOPJ no queda necesariamente vinculada por la interpretación dada a las disposiciones equivalentes del Derecho de la Unión, la solución a la que llega el auto podría haberse perfectamente defendido acudiendo a criterios autónomos, propios del Derecho español. Se hubiera evitado así el debate centrado en la bondad de la interpretación de la jurisprudencia del TJ llevada a cabo por el auto de la AP.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ *

DILIGENCIAS PRELIMINARES DE EXIBICIÓN DE DOCUMENTACIÓN EN PROCEDIMIENTO SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO: INCOMPETENCIA

2016/14.– Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, Auto nº 149/2015, de 8 julio 2015.
Ponente: Ilma. Sra. D^a María Ibáñez Solaz. AC 2015\1674.

Diligencias preliminares.– Exhibición de cosa relativa a documentación en poder presunto del demandado y/o de una entidad mercantil.– Solicitud de complemento o adición económica vinculada al régimen económico matrimonial.– Demandados domiciliados en el Reino Unido, uno, y sin domicilio conocido la mercantil.– Incompetencia de los Tribunales españoles.– Incompetencia del juzgado requerido.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 22 LOPJ; art. 256.1.2º y 257.1º LEC.

[...]

Consideramos que la jurisdicción española no es competente para conocer de la solicitud de las medidas preliminares que insta la solicitante de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.3º LOPJ (“...”)

En el presente caso no estamos ante de ninguna de estas previsiones.

La demandante, y su esposo se divorciaron en virtud de sentencia de fecha 1 julio 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Valencia en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 807/2010, que aprobó el convenio regulador que ambos esposos suscribieron y que incorporaban determinados acuerdos sobre reparto de bienes inmuebles y créditos.

Ahora pretende la exhibición de documentos que se encuentren en poder de su esposo, ciudadano británico que reside en Gran Bretaña, o de una mercantil cuyo domicilio o nacionalidad ni siquiera se conoce, sin que además conste la existencia de tal documentación o que le haya sido denegada, en base a la pretensión de tener la intención de solicitar un complemento o adición de su régimen económico que además se desconoce cual sea, pues también la solicitante tiene nacionalidad británica aunque resida en España, y contrajeron matrimonio en Malasia en agosto de 1991.

Se trata pues de cuestiones de carácter estrictamente económico que afectan exclusivamente al ámbito patrimonial de la solicitante y no de familia o de protección de menores.

* Dirección de Investigación y Documentación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

No pueden tampoco incardinarse la posible jurisdicción bajo las previsiones del Reglamento 44/2001 (CE) del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ni del más reciente 2015/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

No puede pretenderse la competencia de la jurisdicción española en base al art. 50.2º LEC, pues este precepto que se refiere al fuero general de las personas físicas para determinar la competencia territorial, que precisa de la previa jurisdicción española.

[...]

LA CALIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES DE DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES EN EL ÁMBITO DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

M^a Elena ZABALO ESCUDERO *

1. En la sentencia de 10 septiembre 2015, recaída en el asunto *Holterman Ferho y otros v. Spies*, el TJ aborda la compleja cuestión de la calificación de las funciones de dirección y administración de sociedades en el ámbito de la competencia judicial internacional, a los efectos de determinar los Tribunales competentes para conocer de una demanda entablada, ante Tribunales neerlandeses, por una sociedad holding holandesa y sus tres filiales alemanas, contra su director y además, administrador, nacional alemán y residente en Alemania.

Las fronteras entre la calificación laboral o mercantil de las relaciones de alta dirección y las societarias, en una persona que reúne ambas condiciones respecto a la sociedad en la que desempeña sus funciones, presentan contornos difusos, tanto desde la perspectiva nacional, como desde la internacional. Pues si en el orden interno la delimitación no es sencilla, como lo demuestra la calificación que el ordenamiento español hace de relación laboral especial del personal de alta dirección, excluyendo de la misma a quienes desempeñen cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de sociedades, “siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo” (art. 2.1º.a) y art. 1.3º.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 2/2015 de 23 de octubre), mucho más dificultosa se torna tal delimitación, si la cuestión se plantea en el ámbito de la competencia judicial internacional, donde la inseguridad en la calificación es aún mayor ante la disparidad normativa que pudiera existir en las legislaciones nacionales implicadas.

Sin embargo, al depender la competencia judicial internacional de la normativa de la Unión Europea, en concreto en el asunto objeto de este comentario, del RB I, las calificaciones nacionales no son determinantes, en tanto en cuanto las normas del Reglamento, persiguiendo la uniformidad, se aplican sobre la base de calificaciones o conceptos autónomos, propios y exclusivos, cuya interpretación corresponde al TJ en atención a los objetivos del propio Reglamento. El RB I *bis* garantiza también la continuidad en la interpretación de sus conceptos por el TJ, recogiendo el acervo ya generado en la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento 44/2001 (*vid. cdo. 34 de su Preámbulo*).

Es la Sentencia de 10 septiembre 2015 del TJ la que se ocupa de deslindar las finas líneas que separan los conceptos jurídicos que emplea el Reglamento en tres de sus foros de competencia, el foro de protección en materia de contrato individual de trabajo, el foro en materia contractual y el foro delictual. De las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos (*Hoge Raad der Nederlanden*) se desprende que el demandado lo es no sólo en su condición de administrador por desempeñar incorrectamente sus funciones o por actuar ilícitamente, sino también, con independencia de

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Zaragoza.

tal condición, por incurrir en dolo o imprudencia consciente en el cumplimiento del contrato de trabajo que le había vinculado con las sociedades demandantes.

2. La primera de las cuestiones sobre las que debe pronunciarse el Tribunal de Justicia es si el foro de protección del trabajador desplaza la aplicación de los foros especiales en materia contractual y extra-contractual en una relación compleja como la de autos. Presupuesto para responder a tal cuestión es la propia existencia de un “contrato individual de trabajo”, única materia laboral sobre la que versa el foro regulado en los arts. 18 a 21 RB I.

El RB I, al igual que su predecesor el Convenio de Bruselas de 1968, y el texto que le sucede, el RB I bis, efectivamente no aporta definición de los conceptos que emplea al articular el foro de protección laboral, no obstante el acervo jurisprudencial generado por el TJ aporta elementos suficientes para realizar una calificación autónoma.

En más de una ocasión se ha pronunciado el Tribunal sobre el concepto de trabajador, en el contexto de la interpretación de la variada normativa de la Unión Europea sobre protección de los trabajadores, así como en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Y si bien no es este el contexto en el que se debate la cuestión de la calificación de dichos conceptos, el Tribunal de Justicia considera en la sentencia comentada que procede tenerlos en cuenta a los efectos de su interpretación en el ámbito de la competencia judicial internacional. De ahí se deriva un primer elemento del concepto autónomo de la relación laboral y del trabajador como aquella persona “que realiza durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”.

Otro elemento más definitorio lo proporciona la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el art. 5 Convenio de Bruselas de 1968, que englobaba en su redacción originaria el contrato de trabajo en la materia contractual, pero que por sus especiales características fue objeto de una interpretación diferente que lo diferenciaba del resto de los demás contratos y donde se encuentra el origen, primero del foro especial en materia de contrato de trabajo y después del foro de protección recogido en los Reglamentos Bruselas I y I bis. Así, en la sentencia *Shenavai* (as. C-266/85), se diferencian los contratos de trabajo de otros de prestación de servicios, en que aquellos “crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario”.

Un tercer elemento, para configurar el concepto autónomo, se extrae del Informe Jenard y Möller del Convenio de Lugano de 1988, según el cual el contrato de trabajo supone un vínculo de dependencia. Se afirma así: “Aunque hasta el momento no existe un concepto autónomo de contrato de trabajo, se podrá considerar que supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador (*vid.* capítulo VI, sentencias *Shenavai* / *Kreischer* (...) y *Arcado* / *Haviland* de 8 marzo 1988).

A esta nota de dependencia, se une como señala el Abogado General, P. Cruz Villalón, en sus Conclusiones presentadas el 7 mayo 2015, la relación de subordinación, que separa al contrato de trabajo de otros contratos de prestación de servicios, en el sentido de que el trabajador se encuentra sometido al poder de dirección y a las instrucciones de la otra parte, lo que justifica la necesidad de protección de aquel como parte débil. Esta necesidad de protección de la parte débil es la que ha orientado toda la jurisprudencia del TJ en la materia, y lo que llevó a la articulación del propio foro de protección hoy vigente.

Así, la existencia de una relación duradera, retribuida y dependiente o subordinada parecen ser los criterios a tener en cuenta a los efectos de activar el foro de protección del trabajador para determinar la competencia de los Tribunales de los Estados de la Unión Europea. Y ello con independencia de que el referido trabajador ostente el cargo de administrador de la sociedad o incluso, tenga la condición de socio, siempre que su capacidad de influencia en el órgano de administración de la sociedad sea insignificante, pues de lo contrario se entendería que no existe relación de subordinación. Dicha relación de subordinación, que debe apreciarse en cada caso concreto, es el elemento definitorio de la fina línea que separa la relación de trabajo de la societaria.

Concluye el Tribunal que en el caso “en que una sociedad demanda a una persona que desempeñado las funciones de director y administrador de dicha sociedad con el fin de que quede constancias de las

faltas cometidas por dicha persona en el desempeño de sus funciones y de obtener resarcimiento, las disposiciones del Capítulo II, sección 5 (arts. 18 a 21) del Reglamento n° 44/2001, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación del art. 5, puntos 1 y 3, de ese Reglamento siempre que la persona, en su condición de director y administrador, haya realizado, durante cierto tiempo, a favor de dicha sociedad, y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibía una remuneración”.

3. En el supuesto de que no se dieran las condiciones, anteriormente señaladas, para calificar la relación de laboral, y aplicar consecuentemente el foro de protección, se plantea si la relación que une a la sociedad con los administradores, a los efectos de ejercer una acción de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, puede calificarse de materia contractual, a los efectos de activar el foro contenido en el art. 5.1° RB I, en la actualidad art. 7.1° RB I *bis*, o delictual del art. 5.3°, actual 7.2° (R. Arenas García, “La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 157 ss).

Procede recordar que, según reiterada Jurisprudencia del propio TJ, el concepto de materia contractual presupone la existencia de un compromiso libremente asumido por una parte respecto de otra. Ello permite incluir en el mismo las relaciones existentes entre un administrador y la sociedad, en cuanto que, como afirma el Tribunal, la actividad de administrador crea vínculos estrechos del mismo tipo de los que se establecen entre las partes de un contrato. Actividad que tiene como contrapartida una remuneración y que, por tanto, permite calificarla como “prestación de servicios” (as. C-533/07), lo que en cumplimiento del ap. b) del referido artículo, llevará a determinar la competencia a través del lugar donde se presten los servicios.

Dicho lugar, según la propia norma, ha de derivarse del contrato, entendiendo el Tribunal que si no se derivara de las cláusulas del contrato, debería deducirse, en este caso, de los estatutos sociales o cualquier otro documento que defina las obligaciones del administrador para con la sociedad, y en su defecto de los elementos fácticos que concurren, siempre que tal determinación no sea contraria a la voluntad de las partes. Favorece así, siguiendo la línea interpretativa de asuntos anteriores, la determinación directa del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

Con tal argumentación el Tribunal declara que “el art. 5, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la acción entablada por una sociedad contra su antiguo administrador por un presunto incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones societarias se incluye en el concepto de ‘materia contractual’. En defecto de indicación en contra al respecto en los estatutos sociales o en cualquier otro documento, el órgano jurisdiccional remitente deberá determinar el lugar en que el administrador ha desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en el lugar considerado no sea contraria a la voluntad de las partes según resulte de lo acordado entre ellas”.

4. En cuanto al posible juego del foro delictual, al que se refiere la tercera cuestión prejudicial, a los efectos de englobar en él la responsabilidad del administrador, la propia calificación contractual de la relación que une al administrador con la sociedad, supone que únicamente entraría en escena para determinar la competencia judicial internacional, si aquel fuera demandado por actos no vinculados a dicha relación o externos a la misma. De manera que “dicha acción quedará comprendida en materia delictual cuando el acto inculminado no pueda considerarse un incumplimiento de las obligaciones societarias propias del administrador”.

5. Termina así la sentencia, proporcionando los criterios a tener en cuenta en la determinación de la competencia judicial internacional en aplicación de la normativa de la Unión Europea, en aquellos litigios entre directivos de empresas, a la par que socios o administradores y la sociedad misma. Con independencia de la calificación que pudiera derivarse del Derecho y de la jurisprudencia interna, la consideración de trabajador dependerá de la calificación autónoma que se acaba de exponer, a los efectos de la aplicación del foro de protección, que parece prioritario, aunque se trate de trabajo de alta

dirección y administración de sociedades, en tanto en cuanto se opone, si concurren las características antes puestas de relieve, a la determinación de la competencia con base en el foro contractual o en su caso extracontractual.

Sólo queda recordar el art. 4 bis 1º LOPJ, introducido por la Ley 7/2015 de 21 de Julio, que conmina a nuestros Jueces y Tribunales a aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por tanto, y a lo aquí respecta, a seguir los parámetros proporcionados por esta relevante sentencia.

2016/15.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 10 septiembre 2015. Asunto C-47/14. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 5, punto 1.– Competencia en materia contractual.– Art. 5, punto 3.– Competencia en materia delictual.– Arts. 18 a 21.– Contrato individual de trabajo.– Contrato de director de una sociedad.– Rescisión del contrato.– Motivos.– Mala ejecución del mandato y acto ilícito.– Acción declarativa y acción de indemnización.– Concepto de “contrato individual de trabajo”.

Normas aplicadas: Art. 5, puntos 1 y 3, arts. 18 a 21 y art. 60, ap. 1, Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

[E]n una situación como la del litigio principal, en la que una sociedad demanda a una persona que ha desempeñado las funciones de director y administrador de dicha sociedad con el fin de que quede constancia de las faltas cometidas por dicha persona en el desempeño de sus funciones y de obtener resarcimiento, las disposiciones del capítulo II, sección 5 (arts. 18 a 21), del Reglamento nº 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación del art. 5, puntos 1 y 3, de ese Reglamento siempre que la persona, en su condición de director y de administrador, haya realizado durante cierto tiempo, en favor de dicha sociedad y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibía una retribución, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

[...]

[E]l art. 5, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la acción entablada por una sociedad contra su antiguo administrador por un presunto incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones societarias se incluye en el concepto de “materia contractual”. En defecto de indicación en contra al respecto en los estatutos sociales o en cualquier otro documento, el órgano jurisdiccional remitente deberá determinar el lugar en que el administrador ha desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en el lugar considerado no sea contraria a la voluntad de las partes según resulte de lo acordado entre ellas.

[...]

78. En el caso de autos, para determinar el lugar en el que el acto ilícito cometido por el Sr. Spies von Büllenheim en el desempeño de sus funciones de administrador pudo producir el daño, el tribunal remitente, basándose en los elementos de que dispone, deberá tener en cuenta el hecho de que el concepto de “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar.

79. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en circunstancias tales como las del litigio principal, en que una sociedad demanda a su

antiguo administrador por un presunto acto ilícito, el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que dicha acción quedará comprendida en la materia delictual cuando el acto inculcado no pueda considerarse un incumplimiento de las obligaciones societarias propias del administrador, extremo que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Éste deberá identificar, basándose en las circunstancias fácticas del asunto, el punto de conexión más estrecho con el lugar del hecho causal que originó el daño y con el lugar donde se materializó dicho daño.

[HOLTERMAN FERHO EXPLOITATIE BV, FERHO BEWEHRUNGSSTAHL GMBH, FERHO VECHTA GMBH, FERHO FRANKFURT GMBH Y FRIEDRICH LEOPOLD FREIHERR SPIES VON BÜLLESHEIM]

COMPRAVENTA DE INMUEBLE SITUADO EN EL EXTRANJERO POR CONSUMIDOR DOMICILIADO EN ESPAÑA: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2016/16.– Audiencia Provincial de Castellón, Sección Tercera, Sentencia nº 206/2015, 28 septiembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos. TOL5.586.234.

Contrato de compraventa de inmueble situado en Marruecos.– Sumisión a la ley y a la jurisdicción marroquí.– Demandante, persona física domiciliada en España.– Demandada, sociedad vendedora domiciliada en Marruecos.– Sociedad matriz y sociedad avalista, también demandada, domiciliadas en España.– Contrato de consumo.– Competencia de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Art. 15.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 22.2º LOPJ; arts. 51.1º, 52.2º, 53.2º y 57 LEC; art. 8 Ley de Defensa de los Consumidores; art. 3 RD 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; art. 1288 Cc.

[...]

Comenzamos señalando que en la resolución del presente recurso tendremos en cuenta las pretensiones de las partes (el apelante defendiendo la competencia de los tribunales españoles y la sociedad demandada negándola) y para la resolución de la controversia atenderemos a las normas legales que consideramos de aplicación al caso, hayan sido o no invocadas (en puridad, no se citan por las partes), por cuanto lo permite el segundo párrafo del art. 218.1º de la ley procesal civil.

El recurso debe ser estimado, con arreglo a los criterios que en un supuesto análogo expuso esta misma Sala en el Auto nº 77 de 12 abril 2013, que encontramos ahora tan válidos y adecuados al caso como cuando se dictó dicha resolución.

No cuestionada la condición de consumidor del demandante, ha de tenerse en cuenta que el art. 15.2º del Reglamento comunitario 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dispone que cuando quien contrate con el consumidor “no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado”.

[...]

Terminamos señalando que, si bien el Reglamento comunitario citado ha sido sustituido por el Reglamento nº 1215/2012, esta norma es aplicable a partir del 10 enero 2015, con arreglo a su art. 81 y, a mayor abundamiento, el texto del citado art. 15.2 del Reglamento 44/2001 se reproduce en el art. 17.2º del posterior Reglamento 1215/2012, vigente ahora, aunque no cuando se interpuso la demanda.

ACUERDO DE REPARTO SUCESORIO ENTRE EL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y LOS HIJOS MENORES, REPRESENTADOS POR UN TUTOR

2016/17.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 6 octubre 2015. Asunto C-404/14.
Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Art. 1, ap. 1, letra b).– Ámbito de aplicación material.– Acuerdo de reparto sucesorio entre el cónyuge supérstite y los hijos menores, representados por un tutor.– Calificación.– Necesidad de que un juez apruebe un acuerdo de ese tipo.– Medida relativa a la responsabilidad parental o medida relativa a las sucesiones.

Normas aplicadas: Art. 1, aps. 1, letra b) y 3, letra f), Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

35. *En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que el Nejvyšší soud pregunta también si el interés superior del menor no se vería menoscabado por el reparto del proceso de toma de decisiones en materia sucesoria entre dos Estados miembros distintos, por un lado, el de la apertura del procedimiento sucesorio y, por otro lado, el de la residencia habitual del menor, prevista en el art. 8, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003.*

36. *A este respecto, procede señalar que, según el art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el ap. 1 de ese artículo cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial, por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro y cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.*

37. *En el litigio principal, como alega la Comisión Europea, el art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003 puede servir de fundamento para la competencia del órgano jurisdiccional al que se ha planteado el asunto en materia sucesoria para aprobar el acuerdo de reparto sucesorio cuando ese órgano no es el de la residencia habitual del menor, siempre que concurren los requisitos mencionados.*

38. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor de menores por cuenta de éstos constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, en el sentido del art. 1, ap. 1, letra b), de dicho Reglamento, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación de éste, y no una medida relativa a las sucesiones, en el sentido del art. 1, ap. 3, letra f), del citado Reglamento, excluida del ámbito de aplicación de éste.*

[MARIE MATOUŠKOVÁ]

Observaciones: La aplicación de un solo instrumento normativo con la finalidad de determinar la competencia en materia de responsabilidad parental no siempre es fácil. La responsabilidad parental implica un conjunto de medidas y atribuciones que deben ejercerse de manera transversal con el propósito de proteger al menor. Esta circunstancia implica que, con frecuencia, deban adoptarse medidas de protección del menor respecto de cuestiones explícitamente excluidas de la norma reguladora. Surge entonces la dificultad de delimitar el ámbito de aplicación del instrumento en cuestión. Esto es lo que

sucede en la sentencia que resuelve la duda interpretativa planteada por un tribunal checo al TJ. Se trataba de establecer si un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad constituía una medida en ejercicio de la responsabilidad parental de acuerdo con el RB II *bis*. Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo de la República Checa, tribunal requirente, se suscitan dudas puesto que este tipo de medidas pueden ser tanto calificadas como destinadas a la protección de los intereses de los menores, como medidas relativas a la sucesión. El origen de la duda interpretativa y de la sentencia que aquí se comenta encuentra su origen en la apertura de una sucesión de una nacional checa domiciliada en la República Checa –aunque más tarde se informó de que, en realidad, la causante tenía su domicilio en los Países Bajos– ante las autoridades del país centro europeo. Los herederos de la causante eran su marido y dos hijos menores, con residencia todos ellos, en los Países Bajos. Ante el conflicto de intereses que esta situación generaba el Derecho checo establecía la necesidad de designar judicialmente un tutor y autorizar el acuerdo de partición de herencia.

La decisión del TJ gira en torno a la calificación de “responsabilidad parental”. Si la autorización judicial del acuerdo de partición de herencia es una medida de protección del menor, aunque se adopte en un procedimiento sucesorio, será de aplicación el RB II *bis*. Si por el contrario, se considera que la medida debe ser calificada como sucesoria no será de aplicación el RB II *bis*, puesto que se trata de una materia explícitamente excluida de su ámbito material de acuerdo con su art. 1.3º.f) que hace referencia a los fideicomisos y las sucesiones. La amplia definición establecida en el RB II *bis* acerca de lo que debe entenderse por responsabilidad parental abre una puerta a su aplicación. En efecto, no se trata tan solo de la definición del art. 1.1º.b –a la par amplia e imprecisa–, sino también de las medidas que, en particular, se consideran integradas en la noción “responsabilidad parental” previstas en el ap. 2º del art. 1. El legislador europeo, atendiendo a las disparidades existentes en los ordenamientos de los Estados miembros, a la propia finalidad de la materia y a la experiencia del Convenio de La Haya de 1996, optó por adoptar un concepto omnicompreensivo que incluyera todas las medidas que tuvieran como objetivo proteger el interés del menor. Precisamente, las disparidades aludidas han determinado que el TJ, como es tradicional, adoptara un concepto autónomo desvinculado de los ordenamientos de los Estados miembros para garantizar la aplicación uniforme del RB II *bis*. En este sentido la jurisprudencia del TJ (SSTJ 27 noviembre 2007, as. C–435/06, C) y 2 abril 2009, as. C–523/07, A) ha establecido unas pautas para delimitar la noción de responsabilidad temporal. El criterio que con mayor fuerza caracteriza estas pautas es la finalidad con la que se debe adoptar la medida. Si el contenido de la medida y su finalidad se ajustan a las materias que de forma ejemplificativa se enuncian en el art. 1.2º se tratará de una cuestión integrada en el ámbito material de aplicación del RB II *bis*. Es esta una perspectiva determinante tanto en la decisión del TJ –*vid. cdo. 29*– como en las conclusiones de la Abogada General –*aps. 41 y 42*–. Así, el TJ emprende primero una calificación funcional para averiguar cuál es el contenido y finalidad de la medida de acuerdo con el Derecho checo. El TJ constata que una medida que tiene por objeto la aprobación judicial del acuerdo de reparto sucesorio como consecuencia de los límites a la capacidad jurídica que se derivan de la minoría de edad, deriva de una exigencia específica que no está prevista para la gestión corriente de los actos de administración de los bienes y que se adopta con la finalidad de proteger al interés superior del menor. Apoyado en la sentencia *Schneider* (STJ 3 octubre 2013, as. C–386/12), el TJ concluye que la medida debe incluirse en la noción de responsabilidad parental.

El interés de la sentencia reside en el hecho de que constituye un precedente para delimitar el ámbito material de aplicación tanto del RB II *bis* como del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, aunque no fuera de aplicación en el presente asunto. Pese a que la medida se toma en el marco de un procedimiento sucesorio y la partición queda comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria –*vid. art. 23.2º.j*)–, y pese a que la materia sucesoria está excluida del ámbito de aplicación del RB II *bis*, no es de aplicación a la misma el Reglamento 650/2012. La competencia se atribuye respecto de una medida, la designación del tutor *ad hoc* y la aprobación judicial del acuerdo de partición celebrado por el mismo en calidad de representante de los menores, que posee entidad propia e independiente del procedimiento en que ésta ha sido tomada. El carácter, contenido, función y finalidad de la medida protectora no hubiera variado “en función de la materia del acto jurídico de que se trata” y, por tanto, no debe estar sometida a reglas de competencia distintas –*vid. cdo. 31*–. Hay que tener presente

además que el Reglamento 650/2012 excluye la capacidad jurídica de las personas físicas de su ámbito de aplicación, excepto por lo que se refiere a la capacidad de suceder y a la capacidad del causante para otorgar la disposición *mortis causa*. De esta manera, la exclusión de las sucesiones en un Reglamento adoptado para proteger a los menores por su limitada capacidad jurídica, por una parte, y la exclusión de la capacidad de las personas jurídicas en un Reglamento adoptado para regular las sucesiones, por otra parte, crea un círculo virtuoso en el que ni se presentan conflictos entre Reglamentos ni tampoco se crea laguna alguna. Por ello, la determinación de la autoridad competente para autorizar la partición de la herencia se lleva a cabo en aplicación del RB II *bis* y no del Reglamento 650/2012 (*vid.* A. Bonomi, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 julio 2012*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 66 y p. 207). La sentencia presenta también el interés de proporcionar una regla que no está únicamente pendiente de una aplicación uniforme del RB II *bis*, e indirectamente también del Reglamento 650/2012. En efecto, las reflexiones del TJ impulsan que la aplicación del RB II *bis* quede alineada con la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños por parte de los Estados miembros de la UE. De este modo, si el legislador europeo se inspiró directamente en el citado Convenio de La Haya al adoptar el RB II *bis*, el TJ se inspira en el Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1996 para delimitar el ámbito material de aplicación del Reglamento. Se consigue así una mayor coherencia. En este sentido, el Informe explicativo del Prof. Lagarde se pronuncia a favor de distinguir claramente la administración propiamente dicha de la herencia de la intervención del representante legal del menor.

No obstante, debe señalarse que la articulación del RB II *bis* con el Reglamento 650/2012 no es tan sencilla. La lógica interna de cada Reglamento impone unos foros de competencia diferenciados. Los foros de competencia en materia de responsabilidad parental del RB II *bis* giran en torno al menor y a su residencia habitual –*vid.* arts. 8, 9 y 13– o en torno al menor y su interés superior –*vid.* art. 12–. Por su parte, en el Reglamento en materia sucesoria los criterios de atribución pivotan básicamente en torno a la residencia habitual del causante en el momento de fallecer –*vid.* art. 4–, o en torno a la atribución, directa o indirecta, de competencia a la jurisdicción de un Estado miembro cuya ley fuera elegida por el causante para regir la sucesión –*vid.* arts. 5, 6, 7, 8 y 9– o, subsidiariamente, a la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia. En consecuencia, puede suceder se tramite simultáneamente en dos Estados miembros distintos el procedimiento de apertura de la sucesión, por una parte, y el procedimiento para velar por la adopción de medidas tendentes a la protección del menor, iniciado como consecuencia del anterior, por otra parte. Teniendo en cuenta que el RB II *bis* reposa sobre un sistema de foros en el que se atiende a un interés digno de protección que requiere que la autoridad competente esté próxima al menor como sujeto tutelado o, excepcionalmente, que tenga una vinculación particularmente estrecha con el mismo, se constata que puede haber una dislocación de la ratio del RB II *bis* dado que el Reglamento 650/2012 no contempla ningún mecanismo que permita considerar el interés superior del menor que tenga un interés legítimo en una sucesión por causa de muerte o que sea llamado en calidad de heredero o legatario. La respuesta debe encontrarse en el RB II *bis*. El propio TJ pone de manifiesto que cabría la aplicación del art. 12.3° RB II *bis* para la adopción de la medida de protección del menor –cdos. 36 y 37–. Sin embargo, debe recordarse que debería de haber una sumisión al tribunal para que este foro pudiera operar. Podría sugerirse (*vid.* A. Font i Segura, “Competencia para autorizar un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad: STJ 6 octubre 2015, Asunto C-404/14: Marie Matousková”, *La Ley: Unión Europea*, n° 35, 2016) en este sentido la aplicación del art. 15, que permitiría en última instancia la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente remitiera el asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro en la medida en que estuviera mejor situado para conocer del asunto.

Albert FONT I SEGURA *

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

**PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN JUDICIAL EN UN ESTADO MIEMBRO Y
PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN OTRO: COMPETENCIA DEL ÓRGANO
JURISDICCIONAL ANTE EL QUE SE INTERPUSO LA PRIMERA DEMANDA**

2016/18.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 6 octubre 2015. Asunto C-489/14.
Ponente: C.G. Fernlund.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Litispendencia.– Arts. 16 y 19, aps. 1 y 3.– Procedimiento de separación judicial en un primer Estado miembro y procedimiento de divorcio en un segundo Estado miembro.– Competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda.– Concepto de competencia “establecida”.– Extinción del primer procedimiento e iniciación de un nuevo procedimiento de divorcio en el primer Estado miembro.– Consecuencias.– Diferencia horaria entre los Estados miembros.– Efectos sobre la iniciación del procedimiento judicial.

Normas aplicadas: arts. 16 y 19, aps. 1 y 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

[...]

41. El hecho de que, en la fecha en que se presentó la demanda ante el tribunal del Reino Unido, esto es, el 13 junio 2014, existiera otro procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional francés, no obsta en modo alguno para que el procedimiento ante el tribunal del Reino Unido pudiera iniciarse válidamente a la vista de las reglas del art. 16 de dicho Reglamento.

42. En consecuencia, en una situación como la descrita en el ap. 40 de la presente sentencia, en la que el procedimiento de separación ante el órgano jurisdiccional francés se extingue por expiración de los plazos legales, desde la fecha de dicha extinción han dejado de concurrir los criterios de la litispendencia y, por tanto, la competencia de dicho órgano jurisdiccional debe considerarse no establecida.

43. De ello se deduce que el comportamiento del demandante en el primer procedimiento, en particular su posible falta de diligencia, no es pertinente para determinar si se establece la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda.

44. Por lo que respecta a la diferencia horaria entre los Estados miembros de que se trata, que permitiría presentar una demanda en Francia antes de poder hacerlo en el Reino Unido y que podría perjudicar a algunos demandantes, como a la Sra. A, no sólo no parece que juegue en contra de dicha demandante en un litigio como el principal, sino que tampoco puede, en ningún caso, frustrar la aplicación de las reglas relativas a la litispendencia que figuran en el art. 19 del Reglamento nº 2201/2003, que, en combinación con las reglas del art. 16 de dicho Reglamento, se basan en la prioridad temporal.

45. Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que, por lo que respecta a los procedimientos de separación y de divorcio sustanciados entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros, el art. 19, aps. 1 y 3, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, en la que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda en el primer Estado miembro se ha extinguido después de que se presentara la segunda demanda ante un órgano jurisdiccional en el segundo Estado miembro, han dejado de concurrir los criterios de la litispendencia y, por tanto, la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda debe considerarse no establecida.

46. *El hecho de que dicha extinción se produjera muy poco tiempo antes de la iniciación de un tercer procedimiento ante un órgano jurisdiccional del primer Estado miembro carece de pertinencia.*

47. *Tampoco son pertinentes el comportamiento de la parte demandante en el primer procedimiento, en particular, su falta de diligencia, y la existencia de una diferencia horaria entre los Estados miembros de que trata, que permitiría presentar una demanda ante los órganos jurisdiccionales del primer Estado miembro antes que ante los del segundo Estado miembro.*

[A Y B]

Observaciones: 1. Una de las tareas más arduas que el presente caso plantea es despejar todas las incógnitas temporales en la maraña de solicitudes planteadas por dos cónyuges a los órganos judiciales franceses y británicos en orden a regularizar judicialmente su situación de separación real. El resumen de todo ello se centra en la disputa por el foro. A partir de las dos primeras demandas, una de separación, interpuesta en Francia por el marido, y otra de divorcio, interpuesta en el Reino Unido por la esposa, el resto es una especie de juego del gato y el ratón en el que decide algo tan aleatorio como la diferencia horaria entre Francia y Reino Unido.

Simplificando el escenario se aprecia una situación más o menos típica en la que los tribunales británicos del divorcio se inhiben a favor de los franceses de la separación, en aplicación del art. 19 del Reglamento 2201/2003, regulador de la litispendencia. El tribunal francés, sin embargo, amén de la adopción de alguna medida de corte económico a favor de la esposa, emitió un “auto de no conciliación”, tras el que presuntamente deberían haber continuado las actuaciones procesales en orden a la sentencia definitiva. Pero esto no ocurrió. De hecho, este procedimiento languideció sin impulso procesal alguno, mientras que el auto de no conciliación iba consumiendo su vida útil que habría de concluir con su caducidad el 16 junio 2014. Aunque el marido, demandante ante los tribunales franceses, planteó una demanda de divorcio en 2012, también ante los tribunales franceses, la pendencia del primitivo proceso de separación derivó en su inadmisión.

Así las cosas, aproximándose la fecha de caducidad referida, la esposa volvió a interponer demanda de divorcio en el Reino Unido cuatro días antes: el 13 junio 2014, haciendo todo lo posible (según el relato del TJ) para que se considerase interpuesta el primer minuto del día 17 de junio. Pero fue el marido el que ese mismo 17 de junio, a las 8 horas 20 minutos, planteó (nueva) demanda de divorcio ante los tribunales franceses. Al poco de abrirse la posibilidad: el primer día tras la caducidad del viejo proceso de separación, y cuando en el Reino Unido eran las 7 horas 20 minutos... y los juzgados no habían abierto aún. El movimiento siguiente fue pedir al tribunal británico el archivo de la demanda presentada por la esposa, en virtud de lo dispuesto en el art. 19.3º Reglamento 2001/2003.

2. El órgano remitente rezuma en su cuestión prejudicial la desconfianza, cuando menos, por la actitud del marido, considerando (en realidad esta valoración es parte de la pregunta, pero también parte del planteamiento), considerando, digo, que ha podido abusar de los derechos que le confiere el Reglamento. En definitiva, lo que le interesa saber es si en una situación tan peculiar como la del procedimiento principal tiene que inhibirse en favor del tribunal francés o no.

3. La respuesta del TJ es imaginativa. Juega con la idea de momentos virtualmente relevantes aunque condicionados de acontecimientos externos (en este caso, la posible caducidad de uno de los procesos) y separa nítidamente el concepto de iniciación del procedimiento judicial (art. 16 Reglamento 2201/2003) del de prioridad temporal (art. 19 del mismo). Dicho con otras palabras, primero se fijan los momentos críticos, que no dejan de ser fechas del calendario, y luego se les da la relevancia relativa a la prioridad, donde se introduce el elemento esencial de la pendencia: si los procesos están *pendientes simultáneamente*, la prioridad vuelve a ser una cuestión de calendario. Pero si, como en el supuesto enjuiciado, uno de los procesos deja de estarlo, caduca, ya no hay un problema de prioridad. Al menos no entre el proceso caducado y los que se hubieren podido plantear con posterioridad.

Para llegar a esta conclusión, el TJ se apoya en la jurisprudencia relativa al Reglamento 44/2001, matizando, eso sí, las peculiaridades de los procesos matrimoniales. Basándose en dicha jurisprudencia, no duda en afirmar que la competencia en el primer proceso de separación iniciado en Francia está plenamente establecida ya que no se impugnó la competencia de ese órgano jurisdiccional ni se discutió que dicho procedimiento se había iniciado conforme a Derecho. El procedimiento de separación francés fue el primero... mientras no caducó. Por otro lado, recuerda que, al contrario de lo que sucede con la litispendencia en el Reglamento 44/2001 (también hoy en el Reglamento 1215/2012), en materia matrimonial no tiene por qué concurrir la identidad de objeto: el art. 19.1º Reglamento 2201/2003 tan solo exige “demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros”.

En estos términos, el TJ adelanta ya en el Punto 38 de la Sentencia que en cuanto se extingue el procedimiento iniciado con anterioridad “el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda se convierte, en la fecha de dicha extinción, en el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda”. Para ser más exactos (y así se establece literalmente en el fallo) lo que ocurre es que ya no existe una situación de litispendencia, al menos no la situación de litispendencia entre el proceso caducado y el que fue segundo proceso mientras había pendencia.

Llevada la solución al supuesto de hecho, mientras el proceso de separación francés estaba “vivo”, el proceso de divorcio británico, era el segundo. Cuando aquél caducó, pasó a ser único... durante las 8 horas y 19 minutos que pasaron hasta que se interpuso la (última) demanda de divorcio en Francia; en ese momento sí pasó a ser el primero.

4. La moraleja sería algo así como demanda que algo queda. O no esperes a que se muera un procedimiento para iniciar otro sobre lo mismo (lo que hizo el marido) si es que ya sabes cuándo se va a morir.

La excepcionalidad del supuesto pudiera hacer pensar en la poca relevancia de la sentencia comentada, mas no es así. En nuestro comentario a la STJ 22 octubre 2015, as. C-523/2014: *Aannemingsbedrijf Aertssen NV and AertssenTerrasements*, ya pusimos de manifiesto cómo la posibilidad de decaimiento del proceso iniciado en primer lugar puede ser relativamente frecuente en los casos de acción civil aneja a un procedimiento penal, en los sistemas, como el español, en el que siguen una suerte interdependiente (“Ejercicio de la acción civil en procedimiento penal y litispendencia internacional”, *La Ley: Unión Europea*, nº 36, 29 abril 2016).

En cuanto al extraño tema de la disparidad de huso horario, el TJ lo considera inocuo.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

APLICACIÓN PREFERENTE DEL REGLAMENTO 2015/2012

2016/19.– Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Auto nº 162/2015 de 8 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar. JUR 2015/256498.

Competencia de los tribunales españoles: estimación.– Apelante de nacionalidad suiza, copropietario por mitades indivisas junto con el demandado, de una embarcación de recreo.–Embarcación registrada y abanderada en Portugal.– Ejercicio de acción de división de la embarcación.– Solicitud de aplicación de la ley portuguesa.– Competencia de la jurisdicción civil española.– Demandado su domicilio en España.– Acciones sobre bienes muebles, los órganos de la jurisdicción española son exclusivamente competentes.

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

Normas aplicadas: arts. 21.1º y 22.3º LOPJ; art. 4.1º Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

La Sala discrepa del criterio aplicado por el Juzgador de instancia y comparte el mantenido por la parte apelante y por el Ministerio Fiscal, adherido al recurso. Los argumentos que se indicarán a continuación se efectúan sobre la base de que el demandado tiene su domicilio en España, y si así no fuere, el demandado podrá en su momento oponer las excepciones oportunas, y la situación sería distinta. Sobre el particular cabe reseñar:

A) No compartimos la interpretación del art. 23.2º LOPJ que efectúa el Juzgador de instancia. Aparte de que consideramos que el Reglamento nº 2015/2012 es el de aplicación al supuesto que nos ocupa, y debe prevalecer sobre la LOPJ, debe resaltarse que el art. 22 LOPJ parte de un principio general de foro sobre la competencia de la sumisión expresa o tácita o del domicilio del demandado; en su párrafo primero establece unos supuestos en que los órganos de la jurisdicción española son exclusivamente competentes (no aplicable al supuesto enjuiciado); y en su párrafo tercero recoge unos criterios subsidiarios, “en defecto de los criterios precedentes”, y uno de ellos son las acciones sobre bienes muebles, respecto del lugar donde se hallen. Esta norma de competencia subsidiaria no la consideramos aplicable en el supuesto enjuiciado porque se parte del hecho de que el demandado está domiciliado en España, y debería aplicarse la norma general del art. 22.2º y no la subsidiaria del art. 22.3º. En caso de no ser cierta la alegación del domicilio correspondería al demandado oponer la oportuna excepción de falta de jurisdicción, en su caso, a favor de la portuguesa. Por tanto, aunque hipotéticamente fuese aplicable la LOPJ el Juzgado de instancia sería competente por aplicación del principio general antes citado.

B) Consideramos que en el supuesto que nos ocupa no es de aplicación la LOPJ, sino el aludido Reglamento 2015/2012, que al presentarse la demanda con posterioridad al día 10 enero 2015, día de su entrada en vigor, es plenamente vigente. Es preciso resaltar que numerosa doctrina jurisprudencial hace referencia al alegado principio de supremacía de la normativa comunitaria sobre las normas internas españolas. En este sentido el ATS 5 junio 2012 señala que “más allá de las disposiciones contenidas en las normas procesales nacionales, pues radica en la primacía que las normas supranacionales integradas en el acervo comunitario presentan respecto de las de producción interna, rasgo que en el caso de los Convenios internacionales celebrados para cumplir los objetivos comunitarios tiene un doble fundamento: de un lado, su propio carácter y procedencia (art. 93 CE), y de otro, su naturaleza convencional (art. 96 CE). Junto con esa primacía, es rasgo característico de determinadas normas comunitarias, particularmente los Reglamentos comunitarios, su aplicabilidad directa o efecto directo. Las consecuencias de los principios de primacía y del efecto directo de las normas comunitarias conducen tanto a la inaplicación de las normas internas incompatibles o contrarias a las comunitarias, como a impedir la válida formación de posteriores actos normativos incompatibles con éstas, como, en fin, a la obligación del aplicador del Derecho de garantizar el pleno efecto de esas normas supranacionales, operándose una interacción entre ordenamiento interno y comunitario que se traduce, prima facie, en la interpretación de la legalidad interna conforme al Derecho comunitario”. En el mismo sentido, el ATS 14 marzo 2006, indica que “...”.

C) Consideramos que el aludido Reglamento es aplicable al tratarse de una controversia de carácter civil y en los que no concurre ningún supuesto de exclusión por la materia contenidos en dicha norma, todo ello en el contexto de una embarcación de abanderamiento portugués, situada en la fecha de inicio del litigio en Portugal, pero con un copropietario con domicilio en España. Concordamos con el recurrente que el Juzgador de instancia, de acuerdo con los arts. 27 y 28 del mismo, no podría declarar su incompetencia de oficio, pues no nos hallamos en ninguno de los supuestos previstos en dichos artículos, y debía esperar una hipotética oposición de la parte demandada, o, en su caso, a la rebeldía del demandado.

D) Consideramos de plena aplicación la norma general de competencia establecida en el art. 4.1º del aludido Reglamento comunitario, esto es: “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”, sin perjuicio de que si dicho dato no fuere cierto el demandado al ser emplazado podrá oponer las oportunas excepciones. Es de resaltar que no concurre ninguno de los supuestos especiales del art. 7 del Reglamento en los que un ciudadano de un estado miembro de la Unión Europea puede ser demandado en otro estado miembro, ni de los casos regulados expresamente en la norma, ni de las competencias exclusivas del art. 24. No apreciamos ninguna norma con regulación especial de un foro alternativo respecto de acciones reales sobre bienes muebles, o supuesto específico que las regule, con lo cual es de plena aplicación dicha norma general.

E) Debemos recordar que a los efectos de la Ley 14/2014 de 24 de julio, la embarcación tiene la consideración de bien mueble (art. 60).

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y declarar la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de dicha demanda.

RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA NO IMPUGNADA POR EL REPRESENTANTE DEL DEMANDADO DESIGNADO DE OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES QUE CONOCEN DEL ASUNTO

2016/20.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 21 octubre 2015. Asunto C-215/15. Ponente: K. Jürimäe.

Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Ámbito de aplicación.– Art. 1, ap. 1, letra b).– Atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental.– Art. 2.– Concepto de “responsabilidad parental”.– Litigio entre los progenitores en relación con el viaje de su hijo menor y la expedición de un pasaporte a éste.– Prórroga de la competencia.– Art. 12.– Requisitos.– Aceptación de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto.– Incomparecencia del demandado.– Competencia no impugnada por el representante del demandado designado de oficio por los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto.

Normas aplicadas: Arts. 1.1º.b), 8 y 12, ap. 3. b) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

44. De ello se deduce que, en una situación como la que se examina en el litigio principal, la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto no puede considerarse “aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento”, en el sentido del art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003.

45. No cabe cuestionar esta interpretación invocando el derecho de acceso a la justicia o los principios de seguridad jurídica y de eficacia del Reglamento nº 2201/2003, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno español ante el Tribunal de Justicia. A este respecto, dicho Gobierno alega, en esencia, que la imposibilidad para la demandante en el litigio principal de obtener una decisión definitiva sobre su demanda debido a las dificultades para la notificación del procedimiento al demandado en el litigio principal provocaría una denegación de justicia contraria al Derecho y a los principios antes mencionados.

46. Ahora bien, en una situación tal como la del litigio principal, la interpretación expuesta en el ap. 44 de la presente sentencia no priva al demandante de la posibilidad de obtener una resolución judicial dictada, en su caso, en rebeldía por los tribunales del Estado miembro donde el menor afectado tiene su residencia habitual, competentes en virtud del art. 8 Reglamento n° 2201/2003. Esta interpretación no provoca, por tanto, una denegación de justicia.

47. Por consiguiente, procede responder a la tercer cuestión que el art. 12, ap. 3, letra b) Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que la competencia de los tribunales para conocer de una demanda en materia de responsabilidad parental presentada ante ellos no puede considerarse “aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento”, en el sentido de dicha disposición, por el simple motivo de que el mandatario ad litem que representa al demandado, designado de oficio por esos tribunales ante la imposibilidad de notificar a este último el escrito de demanda, no haya alegado la falta de competencia de los citados tribunales.

[VASILKA IVANOVA GOGOVA Y ILIA DIMITROV ILIEV]

Observaciones: 1. El TJ resuelve, en la sentencia reproducida, las cuestiones prejudiciales planteadas por un juzgado búlgaro al que una mujer búlgara, residente en Italia, solicita autorización para la renovación de un pasaporte para su hija. El padre de la niña, que también tiene nacionalidad búlgara y también reside habitualmente en Italia –aunque no con la madre y la menor– no consiente en dicha renovación, por lo que, con arreglo al Derecho búlgaro, precisan de la intervención de una autoridad judicial para que ésta autorice la emisión del nuevo documento y un viaje de ambas mujeres fuera de su país de residencia. El padre, cuando es requerido ante el juez búlgaro, no comparece, por lo que se nombra un representante *ad litem*. Éste no efectúa ningún tipo de alegación en lo que respecta a la competencia judicial internacional.

La primera de las cuestiones prejudiciales se refiere a si en este supuesto se ha de aplicar o no, a fin de determinar la competencia judicial internacional, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L228, 23.12.2003, en adelante RB II *bis*) (*infra* § 2). Las otras dos cuestiones versan sobre la aplicación de las normas de competencia de este instrumento, en concreto en lo que respecta al foro de la sumisión expresa previsto en el art. 12.3°.b) RB II *bis* (*infra* §3).

2. La duda que surge en torno a la aplicación del Reglamento (primera cuestión prejudicial) es si la solicitud de autorización de renovación de un pasaporte y de un viaje al extranjero es “materia civil” y si forma parte de las “medidas de responsabilidad parental” a que refiere el art. 1.1°.b)

RB II *bis*. Se trata, por tanto, de una cuestión referida al ámbito material de aplicación del instrumento. El Tribunal responde de forma afirmativa, en su línea de interpretación amplia de tal ámbito.

En lo que respecta al concepto “materia civil”, tras recordar que es obligado realizar una interpretación autónoma, advierte el TJ que éste puede abarcar también cuestiones de Derecho público, tal y como ya afirmó en resoluciones anteriores [*vid.* STJ (Gran Sala) 27 noviembre 2007, as. C-435/06: C., y nota de E. Rodríguez Pineau, REDI 2007-19-Pr; STJ 3° 2 abril 2009, as. C-523/07: A.; STJ, Sala Segunda, de 26 abril 2012, Asunto C-92/12, *Health Service Executive y S. C., A. C.* y notas de S. Álvarez González en REDI-2012-22-Pr y A. Durán Ayago en *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 953-960]. Pero el Tribunal no proporciona criterios para determinar autónomamente este concepto, sino que lo reconduce a todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de “responsabilidad parental” (ap. 26). Según el TJ, por tanto, para decidir si una medida en concreto entra o no en el ámbito de aplicación material del Reglamento es necesario (o, más bien, basta con) determinar si es (una medida) sobre “responsabilidad parental”.

Así, lo determinante es el concepto “responsabilidad parental”, en relación con el cual el art. 1.2° RB II *bis* contiene un listado de las medidas que engloba: derecho de custodia y derecho de visita; tutela, curatela u otras instituciones análogas; designación y funciones de la persona u organismo encargado de

ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; acogimiento familiar o residencial; y medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. No obstante, como el propio precepto claramente dispone al advertir que tales medidas entran en el concepto “en particular”, el listado no tiene carácter exhaustivo. Así lo recuerda el TJ (ap. 27), que indica que lo que corresponde (a fin de determinar qué otras medidas pueden ser de “responsabilidad parental”) es atender al objeto de la demanda (ap. 28). Analizando, por tanto, en qué consiste la medida controvertida, el TJ afirma que pertenece a la responsabilidad parental “tal y como se define en el art. 2.7º RB II *bis*” (ap. 29 de la Sentencia), pero no explica por qué, ni tampoco por qué no cabe considerar que la medida más bien entra en la definición del derecho de visita contenida en el art. 2.10 RB II *bis*, que abarca las medidas referidas al derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado (*vid.*, en este sentido, las Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 10 septiembre 2015, www.curia.eu).

3. Como antes se indicó, el demandado en el procedimiento rehusó comparecer, de manera que, con arreglo al Derecho búlgaro, el juez procedió al nombramiento de un representante *ad litem*. Éste no efectuó ningún tipo de alegación en lo que respecta a la competencia judicial internacional del juez búlgaro, a pesar de que, en aplicación del RB II *bis*, carecía de competencia con arreglo al foro general del art. 8: recuérdese que la menor (como sus progenitores) tenía su residencia habitual en Italia en el momento de la demanda. De esta forma, la duda del juez búlgaro (que engloba la segunda y la tercera cuestiones prejudiciales) se refiere a la aplicación del foro alternativo del art. 12.3º RB II *bis*; esto es, a la posibilidad de considerar que es competente por sumisión de las partes. A tal efecto, el precepto establece una triple exigencia. En primer lugar, que la/el menor esté estrechamente vinculada/o a esas autoridades; en segundo lugar, que la competencia sea aceptada “expresamente o de cualquier forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor”; y, finalmente, que la competencia se establezca “en interés del menor”.

En relación con la primera de las condiciones no se plantean interrogantes: la vinculación de la menor con el EM ante el que se presenta la demanda es clara, ya que ostenta la nacionalidad de ese Estado.

La segunda de las condiciones, sin embargo, no concurriría en las circunstancias del caso, dado que la incomparecencia del padre impide considerar que ha aceptado la competencia (ap. 41). El Tribunal, en este punto, se mantiene fiel a lo que había ya afirmado en el marco de la interpretación del foro de la sumisión tácita dispuesto en otro instrumento institucional, esto es, el RB I. En lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional, la voluntad del demandado no puede deducirse de la actuación de su representante; si aquél no comparece, no cabe estimar que se somete a la autoridad, porque el representante lo haga. De otra forma: la sumisión del mandatario no equivale a sumisión de la parte a la que representa: *vid.* STJ 5ª 11 septiembre 2014, as. C– 112/13: A v. B y otros y, sobre esta decisión, la nota de C. Oró Martínez, REDI–2015–7–Pr y el trabajo de FJ Sánchez Barrilao y S. Sánchez Lorenzo, “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”, *La Ley: Unión Europea*, nº 20, noviembre 2014, pp. 5–15). De esta forma, por una parte, el Tribunal descarta, una vez más, que quepa determinar los efectos jurídicos de los actos procesales del representante en aplicación de la ley del Estado miembro ante el que presenta el litigio: la eficacia de los actos del representante, a efectos de determinar si existe sumisión, debe determinarse con arreglo al Reglamento. Y, por otra parte, refuerza la interpretación restrictiva que precisa el foro del art. 12.3º.b) RB II *bis*, al tratarse de un foro que exceptúa el criterio de proximidad basado en la autonomía de la voluntad, por lo que no caben presunciones en lo que respecta a su concurrencia.

Como la segunda de las condiciones no concurre, el TJ no entra en el análisis de la tercera: que la competencia responda al interés de la menor. No obstante, cabe indicar que la respuesta debería darse sobre la base de dos elementos. El primero es la existencia de una norma específicamente aplicable a la cuestión: el art. 12.4º RB II *bis*. Afirma esta disposición que se debe presumir que la competencia basada en la *prorrogatio fori* es en beneficio del/la menor cuando tiene su residencia habitual en el territorio de

un tercer Estado que además no sea parte del Convenio de La Haya de 1996. Así, si concurre esta circunstancia (y se dan las condiciones antes analizadas), la autoridad debe afirmar su competencia, pues hay acuerdo entre las partes, una conexión estrecha de la menor y el tribunal e incertidumbre en relación con qué tribunal pueda resultar competente para conocer de la demanda. Ciertamente, si el menor tiene residencia habitual en un EM (como ocurre en el Asunto) o en un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 la incertidumbre referida no se daría: es indiscutible que los tribunales del Estado de la residencia habitual (en el asunto, los italianos) tendrán competencia en aplicación de esos instrumentos. Pero que la residencia de la menor no se encuentre en un tercer Estado o que, de estarlo, éste sea parte del Convenio de La Haya de 1996, no debe conducir a negar la eficacia de la *prorrogatio fori* porque ésta no responda al interés de dicha menor [como afirman, sin embargo, T. Rauscher, “Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation ‘Brussels IIA’”, *The European Legal Forum*, I-2005, pp. 37-45, p. 41 y la SAP Barcelona 12ª, nº 425/2011, de 21 de julio, JUR/2011/308012]. El segundo de los elementos antes anunciados, que es la necesidad de realizar una interpretación sistemática del funcionamiento del Reglamento, impide alcanzar de manera automática esa conclusión. Afirmar que es contrario al interés del/la menor que un juez de otro EM o de otro Estado parte del Convenio de La Haya conozca en aplicación del art. 12.3º RB II *bis* equivaldría a considerar que la competencia dispuesta en el art. 8 RB II *bis* no es general, sino exclusiva. El legislador ha dotado al Reglamento de otro foro basado en la autonomía de la voluntad (de interpretación, eso sí, restrictiva). Si no concurre la presunción del art. 12.4º RB II *bis*, lo que corresponderá es atender a otros datos que permitan afirmar o descartar la concurrencia de interés. Así, en el caso en concreto, posiblemente cabía entender que sí respondía al interés de la menor que el juez búlgaro se pronunciase sobre el asunto (si ambas partes hubiesen aceptado su competencia), habida cuenta de la relación del objeto del litigio (obtener una autorización para renovar un pasaporte) con el ejercicio del poder público (tal autorización, exigida por el Derecho búlgaro, tenía por destinatario último una autoridad pública búlgara).

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

FECHA EN LA QUE SE CONSIDERA QUE UN TRIBUNAL CONOCE DE UN LITIGIO PARA APRECIAR LA LITISPENDENCIA

2016/21.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 22 octubre 2015. Asunto C-523/14. Ponente: C. Toader.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 1.– **Ámbito de aplicación.**– Denuncia con personación como actor civil.– Art. 27.– **Litispendencia.**– Demanda formulada ante un tribunal de otro Estado miembro.– Instrucción judicial abierta.– Art. 30.– **Fecha en la que se considera que un tribunal conoce de un litigio.**

Normas aplicadas: Arts. 1, 5.4º, 27.1º y 30 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

34. Concretamente, el art. 5, punto 4, del Reglamento nº 44/2001 atribuye al órgano judicial penal, cuyas resoluciones quedan excluidas de forma manifiesta del ámbito de aplicación de ese Reglamento,

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid

la competencia para resolver la acción civil accesoria a la acción penal, lo que tiene como consecuencia que la resolución adoptada sobre la acción civil esté incluida en el ámbito de aplicación del mismo Reglamento. Se desprende por tanto de esta disposición que una pretensión de indemnización accesoria de la acción penal que, por su naturaleza penal, quedaría excluida en otro caso, entra dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

35. Por ello, pese a que una pretensión de indemnización formulada ante un órgano judicial penal sea accesoria a la acción penal, tal pretensión forma parte de la “materia civil y mercantil”, a los efectos del art. 1, ap. 1, del mismo Reglamento.

36. Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que el art. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una denuncia con personación como actor civil presentada ante un juez de instrucción está incluida en el ámbito de aplicación de ese Reglamento en la medida en que tiene por objeto la indemnización pecuniaria del perjuicio alegado por el denunciante.

[...]

52. A la vista del conjunto de consideraciones que preceden, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 27, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una demanda ha sido formulada, a los efectos de esta disposición, cuando se ha presentado una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción, aunque no se haya completado todavía la fase de instrucción del asunto controvertido.

[...]

60. Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 30 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una persona formula una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción mediante presentación de un escrito que, según el Derecho nacional aplicable, no debe notificarse antes de dicha presentación, la fecha en la que procede considerar que ese órgano judicial conoce del litigio es la fecha en la que se formuló la denuncia.

[...]

[AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN NV, AERTSSEN TERRASSEMENTS SA Y VSB MACHINEVERHUUR BV,
VAN SOMMEREN BESTRATING BV, JOS VAN SOMMEREN]

NOTA

1. Una de las peculiaridades que más pueden sorprender del litigio principal que dio origen a la STJ 3ª 22 octubre 2015 (as. C-523/14) es reparar en el hecho de la presentación de una demanda ante un tribunal con la inmediata solicitud de que se abstenga de conocer por estar pendiente otro proceso con el mismo objeto, con la misma causa... y entre las mismas partes que, curiosamente, ocupan también la misma posición procesal. Hay que bucear en el Derecho procesal de los dos Estados miembros implicados para hallar la respuesta. Las demandantes plantearon un procedimiento penal (*denuncia con personación como actor civil*) contra una pluralidad de demandados ante un tribunal belga. En esta denuncia ya se incluía una evaluación provisional del perjuicio patrimonial sufrido por las acciones presuntamente delictivas de los demandados (200.000 Euros). Se denunciaba la existencia de hechos potencialmente constitutivos de delitos, sino que se reclamaba de los denunciados una suma en concepto de daños sufridos por sus conductas.

A continuación, las mismas demandantes solicitaron ante un tribunal holandés un embargo preventivo contra los demandados en el procedimiento belga (o contra algunos de ellos) que se concedió en primera instancia, pero que fue levantado posteriormente ante la alegación de los demandados de que la demanda planteada en Bélgica no era equivalente a la que según el Derecho procesal holandés permitiría el otorgamiento del embargo. Una posterior solicitud de embargo ante el mismo tribunal fue estimada a condición de que se presentase una (la) demanda principal en el plazo de un mes. Esa es la razón que llevó a las demandantes a presentar una segunda demanda principal ante otro tribunal holandés, en la

que reproducían en esencia la pretensión civil (pretensión de condena al pago de 200.000 Euros a espera de determinación definitiva de la cuantía del perjuicio). Esta nueva demanda era claramente instrumental a la consolidación del embargo, por lo que en ella se solicitó que se declarase que la “denuncia con personación como actor civil” del Derecho belga era equivalente a la presentación de la demanda en el asunto principal del Derecho procesal neerlandés y, consiguientemente que el nuevo Tribunal requerido declarase “su falta de competencia” puesto que un tribunal belga estaba conociendo con anterioridad del mismo asunto; todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 27.1º Reglamento 44/2001. Los demandados se opusieron a tal consecuencia alegando que la denuncia con personación como actor civil planteada en Bélgica estaría excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, al ser de naturaleza esencialmente penal y, por lo tanto, no existía la identidad exigida por su art. 27.

2. El tribunal holandés elevó seis cuestiones prejudiciales al TJ, de las que nos interesan las tres primeras, dado que su resolución por el TJ hizo innecesarias las demás:

1) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001 la denuncia con personación como actor civil presentada por las sociedades Aertssen [las demandantes], en el sentido del art. 63 ss del Código de Procedimiento Penal belga, a la vista de la modalidad de presentación y de la fase en que se halla el procedimiento?

En caso de respuesta afirmativa:

2) ¿Debe interpretarse el art. 27, ap. 1, del citado Reglamento en el sentido de que también se ha formulado una demanda ante un tribunal extranjero (en el presente asunto, un tribunal belga) en el caso de que se haya presentado ante un juez de instrucción belga una denuncia con personación como actor civil y no se haya completado todavía la fase de instrucción previa?

3) En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué momento ha de considerarse que se ha formulado la demanda y/o que el tribunal conoce del litigio que ha sido planteado mediante la presentación de una denuncia con personación como actor civil a efectos de la aplicación de los arts. 27, ap. 1, y 30 de dicho Reglamento?

3. La respuesta a la primera cuestión prejudicial fue simple y previsible y se volcó sobre la interpretación del concepto “materia civil y mercantil” del art. 1 del Reglamento. El TJ repite innecesariamente tópicos conocidos sobre la necesaria interpretación autónoma y no dependiente de ley alguna (ni la ley del tribunal que conoce ni la que pueda llegar a ser aplicable a la controversia) de lo que haya de entenderse por materia civil y mercantil; sobre el hecho de que el Reglamento 44/2001 expresamente alude a la materia civil y mercantil “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional” (art. 1) y, además, prevea un foro especial para la acción civil accesoria a la penal (citado art. 5.4º); y sobre que esa accesoriedad no influye en la calificación de la materia. Lo más simple y claro en este contexto de tópicos es lo que se dice en el punto 32 de la Sentencia: se trata de “resolver un litigio que enfrenta a particulares respecto a la indemnización del perjuicio del que uno de ellos se considera víctima por el comportamiento fraudulento de otros”. Se trata de una “relación de Derecho privado”. Como cualquier otro litigio sobre el que no se plantea duda alguna.

4. El TJ también liquida someramente la segunda cuestión prejudicial, aunque en este caso hay que señalar que desvía un tanto sus argumentos. En efecto, el TJ los hace descansar sobre su también archiconocida interpretación de la triple identidad exigida por el art. 27 del Reglamento. La tradicional jurisprudencia del TJ conduce claramente a afirmar la identidad de objeto, causa y partes. Sin embargo, no es esa una respuesta coherente con la pregunta del tribunal holandés. La segunda cuestión no duda sobre la triple identidad sino si existen demandas formuladas o, mejor, si existe demanda formulada en Bélgica (como la realmente formulada en Países Bajos) en los términos del art. 27 del Reglamento. La duda no radica tanto en la triple identidad cuanto en la propia configuración procesal de la *denuncia con personación civil* de conformidad con el Derecho belga. Se trata de algo previo a la triple identidad. Se trata de saber, por ejemplo, si la poco clara participación de la víctima (aquí las demandantes) en el proceso como parte civil es equiparable a la posición y participación del demandante en una formulación de una demanda en materia civil a los efectos del Reglamento. Si lo llevamos al caso concreto, sería como

preguntarse si la estructura de la discusión judicial es la misma en Bélgica y en Países Bajos; si nos encontramos ante el mismo tipo de controversia en la que las partes pueden tener comportamientos procesales equivalentes en orden a defender sus posturas.

Los aps. 48 a 51 de la sentencia parecen orientarse en mejor medida al sentido de la pregunta. El TJ parte del muy conocido criterio de la “interpretación amplia” del art. 27 sobre la base del objetivo perseguido de evitar procedimientos paralelos y resoluciones inconciliables para afirmar que tal objetivo se vería conculcado si “desde el momento en que un interesado se persona como actor civil” (ap. 50) ante un juez de instrucción se pudiese recurrir a cualquier otro juez (al juez de otro Estado miembro). Cierra el razonamiento con una obviedad (si damos por buena la idea de que la personación como actor civil es equivalente a la formulación de la demanda), no es menester introducir elementos valorativos adicionales, como el que parece sugerir el tribunal remitente en orden a la aleatoriedad sobre el resultado de la instrucción, dado que dicha aleatoriedad, señala el TJ, es inherente a cualquier tipo de demanda.

5. La tercera cuestión (cuándo se considera presentada la demanda) puede ser más trascendente en función de cómo se configure el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. El TJ la resuelve de forma simple, en función de la también simple configuración del litigio principal y del entendimiento del TJ sobre su naturaleza civil, la existencia de la triple identidad y la configuración como demandas (la belga y la holandesa) de igual naturaleza. La interpretación el TJ es comprensible a la luz de las circunstancias del caso que, recordemos, parte de una denuncia con personación como actor civil en la que ya se detallaban los hechos, los demandados y la reclamación pecuniaria que se reclamaba. Como según el Derecho nacional aplicable (belga) no era preciso notificar el escrito a los demandados antes de la presentación, la fecha clave es la de formulación de la denuncia. Es, a nuestro juicio, una solución correcta.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la solución uniforme del art. 30 del Reglamento parece descansar más sobre los distintos modelos procesales de los Estados miembros previstos para los procedimientos civiles (ap. 57 y M. Virgós Soriano y FJ Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 370), que para las situaciones de acciones civiles en procedimientos penales. Por ello, la cuestión puede que no esté tan clara en otros supuestos o, si lo está, puede que no responda totalmente a la finalidad de la regla que, además de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten resoluciones inconciliables, se orienta también a combatir los comportamientos oportunistas del demandado. En el caso, el demandante tuvo la posibilidad de elegir el momento y el tribunal y así se lo reconoce el TJ. Sin embargo, en otras ocasiones la acción civil se planteará de forma más compleja.

Sin duda en el órgano remitente estaba presente la situación en la que la denuncia no desemboca en juicio; en la que las actuaciones se sobreseen o se archivan provisionalmente en función del juicio de insuficiencia indiciaria, pero siempre en relación con la responsabilidad penal. El ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal puede presentar características que alteren en cierto modo la lógica de los arts. 27 ss del Reglamento (29 ss del nuevo Reglamento 1215/2012). Por ceñirnos al tema de la tercera cuestión parece que no sería inverosímil que archivándose la denuncia decayese la prioridad del juez belga y “reviviese” el procedimiento holandés como el primero (realmente el único), tal cual parece entender la STJ octubre 2015 (as. C-489/14: A y B). Se lee en ella que “En tal supuesto [la extinción del procedimiento ante el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda], el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la segunda demanda se convierte, en la fecha de dicha extinción, en el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda”. Consecuencia razonable en muchos casos pero que no es tan clara en supuestos como el que nos planteamos. Si, por ejemplo, el proceso penal en el que se ejercita la acción civil llega a su fin con una sentencia absolutoria por falta de tipo, y un sistema procesal –como el español– impide el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil por parte del juez penal (responsabilidad que habría de ser llevada ante un juez civil en una nueva demanda), quizá no esté tan clara la preferencia del segundo tribunal, que pasa automáticamente a ser el primero; tribunal por otro lado, “inhibido” durante todo el tiempo que haya durado la sustanciación del proceso penal.

Las anteriores y otras consideraciones similares, ponen de manifiesto que el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede dar aún quebraderos de cabeza al sistema de la competencia judicial internacional en materia civil en la UE. El caso resuelto podríamos calificarlo como “fácil”. Pero existen otras posibles variantes menos claras. Sin salir de nuestro sistema procesal, nos podemos plantear distintos problemas en relación tanto con la identidad de partes cuanto del momento en que se haya de entender entablada: la acción civil puede ser ejercitada en el proceso penal por el Ministerio Fiscal o por el perjudicado; y, cuando correspondiere, será ejercitada en todo caso por el primero si el segundo no se persona o no renuncia o la reserva para su ejercicio en el correspondiente procedimiento civil. La legitimación del Ministerio Fiscal podría deparar una duda razonable sobre la identidad de partes (que, a mi juicio, debería negarse, dado que sus intereses no son “idénticos e indisociables” en el sentido exigido por la STJ 19 mayo 1998, as. C-351/96: *Drouot assurances SA y Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites), Protea assurance, Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne*). Desde el punto de vista temporal, cuando es el Ministerio Fiscal el que procede a su ejercicio, éste tiene lugar tras la conclusión de la instrucción, en el momento de la calificación (aunque también se ha defendido que dicho momento sería cuando dicha calificación se eleva a definitiva en el acto del juicio penal). En todo caso, se trata de momentos en los que el procedimiento lato sensu considerado está en curso. Cuando el procedimiento comienza por querella o denuncia de ofendido o perjudicado (cierta analogía con el caso conocido por el TJ), también se generan dudas sobre si puede entenderse que es ese el momento de “presentación de la demanda” a efectos de litispendencia. Se trata de un acto de activación potencial de una instrucción. Sí cabría pensar en el momento de su posterior admisión a trámite, que ha sido considerado como momento crítico en materia de prejudicialidad penal en el proceso civil. Pero tampoco es esta una conclusión que se acomode a las exigencias de la litispendencia que analizamos a la luz del contenido típico de la querella (arts. 277 ss LECrim), donde, por ejemplo, no aparece la necesidad interponer acción civil (aunque tampoco se excluye y resulta perfectamente posible), y menos aún de la denuncia (arts. 259 ss LECrim). Probablemente una querella en la que se articule la acción civil pueda equivaler a la denuncia con personación civil del Derecho belga en su interpretación por el TJ.

6. En definitiva, podemos concluir que el tema de la acción civil en el procedimiento penal, al menos a efectos de litispendencia en la regulación del Reglamento 44/2001 (y del Reglamento 1215/2012), es un caso no cerrado.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN MARRUECOS

2016/22.- Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Auto nº 191/2015, de 12 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Covadonga Sola Ruiz. JUR 2016\58421.

Competencia de jueces y tribunales.- Competencia de los tribunales españoles: inexistencia.- Culpa extracontractual.- Accidente de circulación, ocurrido en Marruecos, lugar en que tenía su domicilio la víctima.- Acción directa del art. 76 LCS.- Acción no derivada del contrato de seguro.

Normas aplicadas: Arts. 22.2º, 3º y 4º LOPJ (1985); art. 22 *quinquies*, e) LOPJ (2015); art. 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

[...]

* Catedrático de Derecho internacional privado. Santiago de Compostela.

Centrado así los términos de la presente alzada, el recurso no puede prosperar desde el momento en que la dicción del art. 22.3º LOPJ es clara a la hora de establecer que en supuesto de responsabilidad extracontractual los tribunales españoles tan sólo son competentes: o bien cuando el hecho dañoso del que se derive haya ocurrido en territorio español (que no resulta de aplicación pues el accidente acaeció en Marruecos); o bien cuando tanto la víctima como el autor del daño tengan su residencia habitual común en España, y en el caso, no se discute que tanto la víctima como la accionante tienen su domicilio fuera del territorio español.

No compartimos tampoco que puede determinarse la competencia de los Tribunales españoles, al amparo de lo establecido en el art. 22.4º LOPJ, que establece la competencia a su favor “en materia de seguros, cuando el asegurado y asegurador tenga su domicilio en España”, por cuanto que la acción directa que concede el art. 76 Ley de Contrato de Seguros al perjudicado frente al asegurador en materia de responsabilidad civil, conforme tiene declarada reiteradamente la doctrina jurisprudencial (por todas STS 25 abril 2002), no se deriva del contrato de seguro, puesto que el tercero perjudicado no ha intervenido en el contrato y su derecho a recibir una indemnización del asegurador, nace del hecho culposo y de la Ley, lográndose así liberar al causante del daño (asegurado) frente al perjudicado. Entre asegurador y asegurado media la relación contractual, pero ambos son deudores directos frente al perjudicado por ministerio de la Ley, lo que significa que respecto de esta acción no sería aplicable el ap. 4 del art. 22 citado, que exige que el objeto de litigio verse sobre algún aspecto atinente al contrato de seguro; es más las dudas que pudieran existir al respecto, han quedado claramente despejadas por el legislador, tras la nueva redacción dada por LO 7/2015 de 21 de julio, al establecer en el art. 22 quinquies, ap. e) una clara diferenciación entre lo que es materia propia de seguros, y los supuestos en los que el asegurador puede ser demandado ante los Tribunales españoles, a saber, a) si el hecho dañoso se produjera en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o seguro relativo a inmuebles; b) tratándose de un seguro de responsabilidad civil, siempre y cuando los tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado (en materia de responsabilidad extracontractual, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español).

Es claro que esta nueva normativa no resulta de aplicación al caso, pues la demanda se presentó con anterioridad a su entrada en vigor, pero si sirve para ahondar en la idea de que el fuero que se establece en materia de seguros (art. 22.4º) no resulta de aplicación al caso que nos ocupa, por tratarse de un supuesto de una acción de responsabilidad extracontractual.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida, sin que proceda efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada, dado que no es unitario el criterio interpretativo seguido por las distintas Audiencias Provinciales, respecto a los preceptos citados

Observaciones: 1. Tras un accidente de circulación ocurrido en Marruecos, el hijo de una víctima fallecida interpone una demanda contra el conductor y la entidad aseguradora, que tienen su domicilio en España. El Juzgado de Primera Instancia estima la declinatoria considerándose incompetente y la Audiencia Provincial ratifica esta conclusión en unas actuaciones con errores en la determinación del instrumento aplicable, en la interpretación de las normas de competencia y en la fundamentación de la acción ejercitada.

El primer error de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Primera Instancia es la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en detrimento de las normas europeas de competencia judicial internacional, que resultaban aplicables con preferencia al Derecho estatal. En este sentido, no consta la fecha de interposición de la demanda, pero, en cualquier caso, si la demanda en primera instancia se hubiera presentado con anterioridad al 10 enero 2015, como parece probable, sería de aplicación el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre (RB I); si se hubiera presentado a partir de esa fecha, sería de aplicación el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 (RB I bis). Ambos, *ratione materiae*, se refieren a la competencia judicial, el reconoci-

miento y la ejecución de resoluciones judiciales tanto en materia extracontractual como en materia de demandas contra las aseguradoras por seguros de responsabilidad civil. Ambos, *ratione loci*, son de obligada aplicación cuando los demandados tengan su domicilio en un Estado miembro, como ocurre en este supuesto, pues en ningún caso se duda de que el domicilio de las partes demandadas se halla en España. A lo sumo, puede llamar la atención que el demandante equipare la presencia del domicilio a la posibilidad de ser emplazado, lo que no puede considerarse sinónimo.

Quizá “despista” a la Audiencia Provincial en la selección del instrumento aplicable el hecho de que el accidente se haya producido en un tercer Estado, con lo que las normas europeas de competencia basadas en el lugar de producción del daño no atribuyen competencia a ningún órgano de la UE y carecen de toda utilidad –los órganos del tercer Estado donde se ha producido el daño aplicarán sus propias normas, y no las europeas–. Pero esta circunstancia no es suficiente para dejar de aplicar la normativa europea cuando los demandados tienen su domicilio en el territorio de la UE y se trata de dilucidar la competencia de un juez de un Estado miembro de la UE.

2. El segundo error de la Audiencia es la propia interpretación de las normas de competencia. Señala el órgano juzgador que no procede aplicar las normas de competencia sobre seguros en la medida en que estas se refieren a aspectos relacionados con el contrato de seguro y no a aspectos íntegramente vinculados a la responsabilidad extracontractual, que se deberían dirimir ante los tribunales españoles solo si el accidente se ha producido en España o si autor y víctima residen en España. La principal crítica que cabe hacer a este razonamiento es que en modo alguno los foros del lugar del accidente o de la residencia común son los únicos que atribuyen competencia a los tribunales españoles. No se trata de una competencia exclusiva sino alternativa, de manera que es totalmente compatible con la posibilidad de presentar una demanda en España si los demandados tienen su domicilio en España. Cuestión distinta, pero solo de matiz, es la exacta base jurídica a favor del domicilio del demandado en la LOPJ; bien el ap. 2 del art. 22 como fuero general (domicilio del demandado), como parece lo más correcto, bien el ap. 4 como fuero especial (domicilio del asegurado y del asegurador). La duda se produce porque el ap. 4 del art. 22 no aclara si su ámbito de aplicación está vinculado exclusivamente al contrato de seguro, como sostiene la Audiencia –en cuyo caso hubiera sido interesante una referencia al tomador contratante del seguro–, o si afecta a las acciones del perjudicado por seguros de responsabilidad civil –en cuyo caso también se hubiera agradecido una referencia al perjudicado–.

La Audiencia Provincial trata de corroborar su posicionamiento contrario a la competencia de los tribunales españoles con una alusión a mayor abundamiento a la reciente reforma de la LOPJ, no aplicable al caso *ratione temporis*. Pero tampoco en este punto la Audiencia resulta convincente, ya que es pacífico que el nuevo art. 22.*quinquies* sobre seguros no afecta a la competencia de los tribunales españoles si el domicilio de los demandados está en España [art. 22.*quinquies*: “(...) aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes (...)”]. Ello no obsta reconocer, y aquí es donde el Auto tiene un mínimo interés *pro futuro*, que la reforma de la LOPJ presenta ciertos defectos, pues únicamente se refiere a la posibilidad de ejercer la acción conjunta contra la aseguradora y asegurado ante los tribunales españoles si el accidente ha ocurrido en España [art. 22.*quinquies*.e) que remite a la letra b)]. Desafortunadamente, la reforma no aclara si se podría traer a España a una aseguradora domiciliada en un tercer Estado con base en el domicilio en España del asegurado. Sea como fuere, se trata de un caso totalmente ajeno al enjuiciado, en el que asegurado y aseguradora parecen tener domicilio en España.

Todas estas dudas se hubieran disipado si la Audiencia hubiera recurrido a la normativa europea que realmente debía aplicarse. En efecto, tanto en la versión original como en la consolidada del RB I el régimen de las acciones conjuntas contra el asegurado y el asegurador es más claro que en el Derecho estatal. Por un lado, la acción del perjudicado contra el asegurado se regirá por las normas de responsabilidad extracontractual, porque, efectivamente –y esta es una de las pocas coincidencias con el Auto– no está en juego una reclamación en materia de seguros sino una reclamación para la reparación de un daño no contractual. Los tribunales españoles serían competentes, en consecuencia, por la presencia del domicilio del asegurado demandado en España. Por otro lado, la acción del perjudicado contra la asegu-

radadora también podría ser ejercitada en España por el propio domicilio de la aseguradora (art. 9 RB I y art. 11 RB I bis) o incluso por el principio de que el juez que conoce de la acción de responsabilidad también es competente para conocer del aseguramiento de dicha responsabilidad (art. 11 RB I y art. 13 RB I bis, si la *lex fori* permite la acumulación).

3. El tercer y último error del Auto tiene que ver con la fundamentación de la acción ejercitada, ya que, según la Audiencia Provincial, la acción directa en España no se deriva del contrato del seguro sino del hecho culposo y de la ley. Sorprende la contradicción de aplicar la ley española a la acción directa para negar su relación con el contrato de seguro, cuando precisamente la ley española en este caso solo parece aplicable como Derecho aplicable al contrato de seguro. En efecto, conforme al Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación, la acción directa procede si así lo dispone la ley rectora de la responsabilidad extracontractual, que en este caso sería la ley marroquí como ley del lugar del accidente. Solo si esta ley no reconoce el derecho a la acción directa, se podría recurrir a la ley rectora del contrato de seguro, que todo parece indicar que es la española.

En resumen, no es el mejor exponente de nuestra jurisprudencia un Auto que, obviando los instrumentos europeos e internacionales, considera incompetente a los tribunales españoles cuando el domicilio de los demandados está en España y ni siquiera se invoca una competencia exclusiva de tribunales de terceros Estados.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS. LITISPENDENCIA

2016/23.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 710/2015, de 16 diciembre 2015. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. RJ 2015/6185.

Competencia internacional de jueces y tribunales españoles: procedencia.– Procesos de separación y de divorcio promovidos ante los tribunales españoles y portugueses.– Procedimientos de medidas provisionales.– Litigio sobre la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes.– Litispendencia: relevancia de la suspensión del proceso español por breve plazo para negociación entre los litigantes: no.– Interés superior del menor.

Normas aplicadas: Arts. 3, 8, 9, 10, 12, 16 y 18 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 2 Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero; arts. 92.2º y 6º Cc.

[...]

Estamos ante unos niños, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar en lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante unos menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padres, que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín, que necesita una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado en el Juzgado. En cualquier caso, este sistema de guarda no se ha interesado en el recurso.

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

Y si se ha resuelto en favor de la madre y no del padre es porque el interés de los menores así lo demandaba, sin que sea posible revisar la decisión tomada en la sentencia porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; interés que aparece en el enunciado del motivo pero sobre el que no se razona de una forma rigurosa, ni con el respeto debido a los Tribunales, pues nada se dice sobre cómo beneficia a los niños una solución distinta, ni como se evita un posible factor de riesgo o peligro para su evolución psico-física después de unos años de estabilidad con su madre en España, prolongada por la toma de decisión del TJ sobre la cuestión prejudicial.

[...]

Observaciones: 1. La presente sentencia del Tribunal Supremo resulta de interés por varios motivos. En primer lugar, porque contiene un pronunciamiento en relación a una situación de litispendencia que se resuelve conforme a las pautas proporcionadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ATJ 10ª 16 julio 2015 (as. C-507/14: *P v. M*), con la particularidad de que el recurso prejudicial fue planteado por el *Supremo Tribunal de Justiça* portugués. Y en segundo término, porque se examina la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental en un supuesto difícil, pues los esposos nunca habían tenido un domicilio conyugal común y los menores habían cursado un año escolar en Portugal, precisamente inmediatamente antes de que se planteara la demanda de divorcio en España.

2. Las vicisitudes del divorcio de Dª Crescencia y D. Cayetano y de la controversia respecto a sus dos hijos menores se relatan en el fundamento primero de la sentencia. Comprenden cuatro procedimientos distintos, dos en cada una de las jurisdicciones afectadas, España y Portugal. La litispendencia se plantea en relación a dos de ellos, un procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (771 LEC) iniciado por la esposa el 7 julio 2011 en España y un procedimiento en materia de responsabilidad parental iniciado por el marido en Portugal el 31 agosto del mismo año.

El Tribunal Supremo portugués planteó el recurso prejudicial para que se valorara si la suspensión del procedimiento de medidas previas solicitada por Dª Crescencia y acordada el 17 julio 2011 permitía considerar que no se había, de hecho, iniciado en España un procedimiento en primer lugar, habida cuenta que dicha suspensión tuvo como consecuencia que también se aplazara la notificación de la demanda. Conforme al art. 16.1º Reglamento 2201/2003 un procedimiento se considera iniciado ante un órgano jurisdiccional desde el momento en que se presente la demanda o escrito equivalente siempre que con posterioridad el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito al demandado. Por tanto, lo que se había de dilucidar es si podía interpretarse que la petición de suspensión por parte de Dª Crescencia significaba que no había realizado lo necesario para que la demanda fuera notificada a D. Cayetano.

El Tribunal de Justicia en el Auto dictado el 16 julio 2015 (disponible únicamente en francés y portugués) señala que el art. 16.1º RB II *bis* ha de interpretarse teniendo en cuenta la evolución de la cuestión en el Derecho Procesal civil internacional europeo. Existe una única fecha de iniciación del procedimiento, la fecha de interposición de la demanda, que se somete a la condición de que el demandante tome las medidas necesarias para la notificación de la demanda. El art. 16 no prevé que una solicitud de suspensión sea un elemento que incida sobre la determinación de la fecha de inicio del procedimiento, salvo que dicha suspensión y el subsiguiente aplazamiento de la notificación obedezca a una conducta negligente del actor. Y en relación a esa cuestión el TJ precisa que es el órgano nacional quien ha de valorar los hechos.

El Tribunal Supremo español, tomando el testigo, concluye que la Sra. Crescencia no actuó de forma negligente al utilizar una posibilidad que está prevista legalmente y que resulta común y conveniente en este tipo de procedimientos, como es la suspensión del procedimiento para llegar a acuerdos. Consta asimismo que en el caso de autos el Sr. Cayetano remitió por correo una propuesta de convenio regulador el 28 julio 2011 lo cual demostraría la veracidad de las razones alegadas por Dª Crescencia para justificar la petición suspensión. Puesto que con frecuencia se arguye que el RB II *bis* tiene un impacto

negativo sobre la consecución de acuerdos entre los progenitores ha de saludarse esta interpretación pues resulta coherente con uno de los principales objetivos del Derecho de familia en relación a los supuestos de disputa en materia de responsabilidad parental.

3. Resulta menos convincente la argumentación del Tribunal Supremo por lo que respecta a la falta de competencia de los tribunales españoles para dirimir en la materia. Como ya se apuntaba antes estamos ante un supuesto difícil pues los niños, nacidos respectivamente en 2001 y 2005, habían estado escolarizados en Lisboa durante el curso 2010–2011. Con anterioridad al mismo habían residido en Madrid durante al menos tres años.

Llama la atención que el Tribunal Supremo no intente argumentar que la estancia en Portugal no significó la adquisición de la residencia habitual en Portugal o que de haber significado tal adquisición, la residencia habitual se modificó con el nuevo traslado de los menores a Madrid en junio de 2011, aunque al referirse a mayor abundamiento al art. 9 del Reglamento parece estar sugiriendo que esta es su interpretación. El Tribunal evita, no obstante, esta vía de transito difícil habida cuenta que la residencia ha de valorarse desde la perspectiva de los menores y no de sus progenitores y fundamenta la competencia en la prórroga del art. 12. Se interpreta que puesto que el padre compareció a la vista sobre las medidas previas celebrada en Madrid en septiembre de 2011 y no impugnó la competencia de los tribunales españoles habría aceptado de forma inequívoca dicha competencia.

La sentencia del Supremo se inscribe, por consiguiente, en una línea interpretativa que considera aplicables a la prórroga del art. 12 RB II *bis* las reglas básicas de la sumisión tácita. Esta línea puede, no obstante, contestarse, en primer lugar, por la distinta redacción de la sumisión en el RB II *bis* y el RB I, de la que se deduciría un plus de exigencia en materia de responsabilidad parental. Y en segundo término porque el TJ ha señalado en el asunto *Gogova* (as. C–215/15) que “el requisito relativo al carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio debe interpretarse... de manera estricta”.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS *

LA EROSIÓN DE LA EXCLUSIVIDAD DEL *FORUM REI SITAE* EN LAS ACCIONES REALES INMOBILIARIAS

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. Existe la opinión ampliamente extendida de que la competencia exclusiva de los tribunales del país en donde estén emplazados los bienes inmuebles para el conocimiento de las acciones referentes a los mismos es una suerte de “ley natural”. No obstante, esta apreciación concuerda más con la experiencia del *common law* –en el que, a propósito de los litigios inmobiliarios, se ha hablado de un “*land taboo*” [expresión original de A.A. Ehrenzweig (*Conflict of Laws, Part One, Jurisdiction and Judgments*, St. Paul–Minnesota–, West, 1959, p. 190), difundida pocos años más tarde por M. Hancock en una serie de cuatro artículos publicados entre 1964 y 1967 en la *Stanford L. Rev.*]– que con la tradición continental, porque, en Europa, la exclusividad del *forum rei sitae* ha sido una opción regulatoria menos generalizada y evidente de lo que en principio cabría imaginar, como prueba su aparición en los trabajos de la Conferencia de La Haya y la evolución de su implantación en el Derecho comunitario (*vid.* D.P. Fernández Arroyo, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours*, t. 323, 2006, pp. 84–86). Sin embargo, por inconsistente que fuera la base de partida para su adopción, lo cierto es que la regla se introdujo en el Convenio de Bruselas primigenio

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida

y, desde entonces, con algún notorio retoque –al que luego aludiremos (*infra*, nº 3)–, se ha ido perpetuando en las sucesivas versiones del art. 16.1º CB y en el articulado de los reglamentos que lo han ido sustituyendo [art. 22.1º Reglamento 44/2001, Reglamento “Bruselas I” (RB I) y art. 24.1º Reglamento 1215/2012, Reglamento Bruselas I bis (RB I bis)]. En este marco normativo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJ] se ha dedicado durante cuatro décadas a interpretar este criterio con fidelidad al Informe Jenard (P. Jenard, “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, DO C 189 28.7.1990, pp. 122–179) y a la línea argumental en el mismo recogida. Dos son, fundamentalmente, los motivos en los que el *Rapport* basa la necesidad de contar con un foro exclusivo en las controversias atinentes a derechos sobre bienes inmuebles: el carácter imperativo que este tipo de competencias tienen en algunas legislaciones nacionales –que, en los países en que así sucede, priva de eficacia a las sentencias extranjeras que lo hayan desconocido– y el interés en una buena administración de justicia –que coloca al Estado de situación de los bienes en la mejor posición para dirimir el pleito, porque, para el correcto desarrollo de éste, se exige frecuentemente la realización sobre el terreno de comprobaciones, encuestas o peritajes, la observancia de usos peculiares del lugar y la práctica de inscripciones en los registros de la propiedad de las demarcaciones en las que están ubicados los inmuebles (P. Jenard, *loc. cit.*, p. 153). Diluido el argumento de la naturaleza cogente de este foro exclusivo, el Tribunal de Justicia se ha centrado, para defender su continuidad, en las consideraciones de índole práctica ya enumeradas en el *Rapport Jenard* y que el TJ ha ido repitiendo, a modo de letanía, en todas y cada una de las decisiones que ha tomado en la materia.

2. No habiendo contribuido a ampliar las razones de tal exclusividad competencial, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha concentrado sus esfuerzos en procurar flexibilizar y particularizar una regla pensada en términos rígidos y generales. Para ello, el Tribunal se ha servido de la calificación de las acciones ejercitadas por las partes a fin de aprobar o desaprobado su encaje en el supuesto de hecho del art. 16.1º CB –más tarde, el 22.1º RB I y el 24.1º RB I bis–, interpretado siempre de forma “contenida” (F. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 164), lo que le ha permitido dejar fuera de su radio de actuación las reclamaciones no comprendidas estrictamente en él. A título ilustrativo, cabe recordar litigios, de distinta tensión califcatoria, en los que, a veces, se han instado acciones, como la *action paulienne* prevista por el Derecho francés que, al tener su fundamento en el derecho personal del acreedor frente al deudor, parecía ser un dominio abonado a la exclusión [STJ 5ª 10 enero 1990, as. C–115/88, *Mario P. A. Reichert, Hans-Heinz Reichert e Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank (Reichert I)*, analizada por J.J. Fomer Delaygua, “La acción pauliana ante el TJCE (Comentario a la STJCE de 10 enero 1990, as. C 115/88, Reichert)”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 18, 1990–2, pp. 625–637]; en otras ocasiones, se ha tratado de acciones derivadas de una figura de tan compleja categorización como el *timesharing*, cuyo contenido obligacional –consistente usualmente en el pago de una cuota a cambio de la utilización en régimen de tiempo compartido de un bien inmueble genéricamente designado y de la adhesión a un club en el que, además de disfrutar de determinados servicios, puedan intercambiarse los apartamentos de vacaciones– ofrecía argumentos suficientes para dejarlas al margen del funcionamiento de las competencias exclusivas [STJ 1ª 13 octubre 2005, as. C–73/04: *Brigitte y Marcus Klein v. Rhodos Management Ltd (Klein)*, anotada por D.P. Fernández Arroyo, *REDI*, vol. LVII, 2005–2, pp. 961–967]; ha habido, en fin, supuestos de acciones de configuración innegablemente real, como la *Eigentumsfreiheitsklage* (acción de cesación frente a inmi-siones) propia del Derecho austriaco, cuyo discutible traslado a la órbita de los daños extracontractuales, la ha expulsado del ámbito de aplicación del art. 16.1º CB (STJ 1ª 18 mayo 2006, as. C–343/04: *Land Oberösterreich c. ČEZ as (ČEZ)*, comentada por S. Álvarez González, *REDI*, vol. LVIII, 2006–2, pp. 944–947, lo que, naturalmente, también vale para el art. 22.1º RB I y el art. 24.1º RB I bis).

3. El recurso a la calificación para modular el alcance del foro de competencia –por otra parte, habitual en el modo de proceder del Tribunal de Justicia– no siempre ha sido posible, de ahí que se hayan dado casos en los que por esta vía no ha podido escaparse a la atracción de la competencia exclusiva. Uno de los más conocidos es el que resolvió la Corte europea como consecuencia de una demanda por daños y perjuicios resultante del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de una vivienda

situada en Italia de tres semanas de duración concluido por dos ciudadanos alemanes, ambos domiciliados en la República Federal (*Rösler*). Con el Convenio de Bruselas en la mano, la solución parecía obvia: los tribunales italianos eran exclusivamente competentes para conocer del litigio, pues, si bien el Informe Schlosser decía que “la *ratio legis* de la disposición no exig[ía] en modo alguno que [fuera] aplicable a los contratos de cesión de uso celebrados para una duración limitada y, en particular, a los fines de una estancia de vacaciones” (P. Schlosser, “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia”, DO C 189 28.7.1990, p. 228, n° 164), el art. 16.1° CB no hacía ningún tipo de distinguos, de manera que el mismo debía aplicarse “a cualquier contrato de arrendamiento de propiedad inmobiliaria, independiente de sus características particulares” (ap. 24 STJ 4ª 15 enero 1985, as. 241/83; *Erich Rösler v. Horst Rottwinkel*, revisada por A. Borrás, *RJC*, LXXXVI, 1987-1, pp. 257-259). Con todo, la cuestión prejudicial que abrió la puerta al pronunciamiento del TJ no cayó en saco roto, ya que, gracias al caso *Rösler* el legislador comunitario se dio cuenta de lo insatisfactorio –y difícilmente justificable en un espacio de creciente integración jurídica– que era ese estado de cosas, por lo que, tan pronto como pudo –en el Convenio de San Sebastián que revisaba el Convenio de Bruselas–, introdujo en éste una regla especial que, en tales supuestos, creaba un foro alternativo en favor de los órganos jurisdiccionales del país del domicilio del demandado para que, bajo ciertas condiciones, las partes pudieran dirimir sus diferencias ante ellos (M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real y P. Jenard, “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el TJ, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica”, DO C 189, 28.7.1990, p. 46, n° 25).

4. Las reflexiones vertidas en los apartados anteriores, bien conocidas, adquieren, a nuestro juicio, una nueva proyección a la luz de la STJ 7ª 17 diciembre 2015, as. C-605/14: *Virpi Komu, Hanna Ruotsalainen y Ritva Komu v. Pekka Komu y Jelena Komu (Komu)*. El origen de la *litis* se halla en la demanda presentada ante el *Etelä-Savon käräjäoikeus* (Tribunal de primera instancia de Savonia meridional, Finlandia) por tres de los copropietarios –domiciliados, al igual que los demandados, en el país nórdico– de una casa y un apartamento situados en Torrevieja (Alicante, España) al objeto de que, dada la falta de acuerdo entre los cotitulares sobre la disolución del condominio, el órgano jurisdiccional proceda, de conformidad con el art. 11 de la *Laki eräistä yhteisomistussuhteista* (Ley finlandesa de copropiedad), a nombrar a una persona para que lleve a cabo la venta de los bienes y reparta entre los comuneros el precio obtenido. A la petición de los actores se oponen los dos restantes copropietarios de los inmuebles alegando la falta de competencia judicial internacional de los tribunales finlandeses, puesto que, tratándose de una acción real inmobiliaria concerniente a bienes radicados en España, la competencia para conocer de ella corresponde, ex art. 22.1° RB I, a los órganos jurisdiccionales españoles con carácter exclusivo; exclusividad que, por otro lado, viene a confirmar el hecho de que una de las demandantes era titular de un derecho real limitado de goce –no identificado con exactitud, puesto que la versión española y la italiana de la sentencia aluden a un derecho de usufructo, mientras que en la alemana, la francesa, la inglesa y la portuguesa se habla de un derecho de uso– sobre las cuotas de las otras dos actoras que estaba inscrito en el Registro de la Propiedad español pertinente. A despecho de haberse impugnado su competencia por parte de los demandados, el *Etelä-Savon käräjäoikeus* rechaza abstenerse de conocer del asunto y, al pronunciarse sobre el fondo del mismo, resuelve, el 9 julio 2012, estimar la demanda, accediendo, pues, a designar un tercero para que se encargue de vender en subasta los inmuebles litigiosos, fijar el precio mínimo de venta y distribuir lo que se obtenga entre los copropietarios. En desacuerdo con este veredicto, los demandados lo recurren ante el *Itä-Suomen hovioikeus* (Tribunal de apelación de Finlandia oriental), el cual, en una resolución de 7 mayo 2013, deja sin efecto la decisión del órgano jurisdiccional de instancia al considerar que, teniendo por objeto un derecho real inmobiliario, la acción instada por los demandantes está comprendida dentro del ámbito material cubier-

to por el art. 22.1º RB I, de suerte que su conocimiento es de la exclusiva competencia de los tribunales del Estado miembro en donde se localicen los bienes inmuebles concernidos, que no son los finlandeses sino los españoles. Disconformes con el fallo de segunda instancia, los apelados –iniciadores del proceso– interponen un recurso ante el *Korkein oikeus* (Tribunal supremo finlandés), que, en vista de las dudas que le suscita la acción ejercitada por los demandantes a la hora de su adscripción a la categoría de las acciones reales inmobiliarias para cuyo conocimiento son exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentren emplazados los bienes raíces litigiosos, acuerda, el 22 diciembre 2014, suspender el procedimiento en curso y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial siguiente: “¿Debe interpretarse el art. 22, punto 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001 [...] en el sentido de que la acción por la que una parte de los copropietarios de un bien inmueble solicita que se ordene su venta con el fin de disolver la copropiedad y que se nombre a un fideicomisario para llevar a cabo esa venta constituye una acción en materia de derechos reales inmobiliarios a efectos del referido art. 22, punto 1?”.

5. Antes de entrar en el examen propiamente dicho de la respuesta que el TJ da a la pregunta del *Korkein oikeus*, vale la pena interrogarse acerca de cuáles han podido ser las razones que han llevado al Tribunal supremo de Finlandia a formular la cuestión. De entrada, es lógico creer que, ante la disparidad de criterio de los órganos jurisdiccionales fineses en cuanto a su competencia o incompetencia para conocer del asunto –solamente comprensible a partir de las dudas que les suscita la calificación de la acción ejercitada–, la más alta instancia del país se haya visto en la necesidad de requerir una interpretación “autorizada”. Lo más probable, empero, es que, al actuar, el *Korkein oikeus* haya tenido en mente las semejanzas y desemejanzas que el presente litigio guarda con otros que, en los últimos tiempos, ha resuelto el Tribunal de Luxemburgo. En efecto, por una parte, el caso *Komu* diverge de asuntos precedentes [*GAT* y *BVG*; respectivamente, STJ 1ª 13 julio 2006, as. C-4/03: *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG v. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG* (*GAT*) y STJ 3ª 12 mayo 2011, as. C-144/10: *Berliner Verkehrsbetriebe v. JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch* (*BVG*); para un contraste entre las dos decisiones, vid. R. Arenas García, “El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales: dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio. (Comentario a la STJ de 12 mayo 2011, As. C-144/10, *Berliner Verkehrsbetriebe* (*BVG*), *Anstalt des öffentlichen Rechts* y *JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*)”, *Diario La Ley*, XXXII, nº 7684, 29 julio 2011, pp. 1–13], en que el alcance de las competencias exclusivas se discute como cuestión incidental a una principal referente a materias a las que la exclusividad no afecta en absoluto; y, por otra parte, es similar a una controversia en la que, por más que la cuestión debatida podía haberse considerado suscitada a título incidental, el TJ concluye que la misma constituye, en verdad, el “objeto exclusivo del procedimiento” [ap. 30 STJ 3ª 3 octubre 2013, as. C-386/12: *Siegfried János Schneider* (*Schneider*); cuyos puntos en común con las resoluciones *GAT* y *BVG* han sido puestos de relieve por S. Corneloup, “Note sous l’arrêt de la Cour de Justice de l’Union Européenne du 3 octobre 2013 – Aff. C-386/12 (*Siegfried János Schneider*)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 103, 2014–1, pp. 186–187]. Ahora bien, descartado el trasvase de la –contradictoria (vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 8–10, nºs 18–22)– doctrina del TJ a raíz de los casos *GAT* y *BVG* –teniendo en cuenta, además, que, de haber sido posible, esta proyección representaría una incógnita, porque la Corte europea no se ha pronunciado todavía sobre el régimen de las cuestiones incidentales referentes a derechos reales inmobiliarios (R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 8, nº 19)–, el dilema de los magistrados del Tribunal supremo finlandés seguramente se ha debido a las marcadas concomitancias existentes entre el asunto *Schneider* y el *Komu*, dado que, en uno y en otro, se plantea una única cuestión –en el primero, la obtención de una autorización judicial para que una persona parcialmente incapacitada pueda enajenar bienes de su propiedad y, en el segundo, el nombramiento judicial de un administrador encargado de poner fin a una comunidad de bienes–, que, si bien acaba incidiendo sobre inmuebles, no pertenece a la categoría de litigios propios de las competencias exclusivas, por lo que, en el caso que nos interesa, su conocimiento bien pudiera corresponder a los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio de los demandados. Sin embargo, aun dando por buena la tesis de que, en este procedimiento, hay una única cuestión realmente ventilada, el Tribunal de Justicia la incluye, como veremos acto seguido, en el supuesto de hecho del art. 22.1º RB I, con la exclusividad competencial que de ello resulta.

6. El TJ zanja el asunto en una sentencia con escasas aportaciones originales, ya que, esencialmente, el veredicto se limita a una mínima adaptación de la jurisprudencia anterior en la materia al caso. Ante todo, partiendo de la premisa de que el conocimiento de las demandas en las que se ejerciten acciones reales inmobiliarias [“aquellas (...) que estén destinadas, por una parte, a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y, por la otra, a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos” (ap. 26)] es de la competencia exclusiva de los tribunales del país en el que estén ubicados los bienes concernidos, lo que hace el Tribunal es, por una parte, calificar la acción en cuestión [“una demanda de disolución de la copropiedad sobre bienes inmuebles como la ejercida en el litigio principal constituye una acción comprendida en la categoría de los litigios en materia de derechos reales inmobiliarios, correspondiente a la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que está situado el inmueble” (ap. 28)]; y, por otra parte, justificar la calificación consumada [se trata de una “demanda dirigida a causar una transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, afecta a derechos reales que producen efectos frente a todos y constituye una acción tendente a asegurar a los titulares de los derechos la protección de las prerrogativas inherentes a su título” (ap. 29)]. El TJ completa su labor exegética precisando que circunstancias como la de “que los derechos de propiedad de [los] inmuebles, así como los derechos de usufructo que gravan esos derechos, [figuran inscritos] en el Registro de la Propiedad español conforme al Derecho español”, la de “que los procedimientos que regulan la venta, en su caso en subasta, de estos inmuebles son los del Estado miembro en el que están situados éstos”, así como la de “que, en caso de controversia, la obtención de pruebas se facilitará por la proximidad de ese lugar de ubicación” (ap. 31), son una manifestación *in casu* de “las consideraciones de buena administración de justicia”, que avalan la idoneidad del *forum rei sitae* en litigios como el presente (ap. 30).

7. Vista la calificación efectuada por el TJ –que hacemos nuestra, porque creemos que el examen de los dos preceptos de la Ley finlandesa de copropiedad afectados (arts. 9 y 11 de la *Laki eräistä yhteismistussuhteista*) lleva indefectiblemente a la conclusión de que, por estar dirigida a la designación judicial de un mandatario que, mediante la venta de los bienes concernidos, lleve a cabo la disolución de la comunidad constituida sobre ellos, la acción ejercitada por los demandantes tiene que estimarse una “modalidad” de *actio communi dividundo* [no contemplada expresamente en el Derecho español, pero que bien pudiera encajar en éste sin especiales dificultades prácticas (*vid.* M.C. Gete-Alonso y Calera, “Modos de practicar la división”, en M. C. Gete-Alonso y Calera *et al.*, *División de la comunidad de bienes*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 119–124)]–, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de situación de los inmuebles se impone. La “inexorabilidad” del fallo –que, *de lege lata*, no admite discusión–, no obsta para que, más allá de lo que diga la norma comunitaria vigente, podamos preguntarnos si la solución es satisfactoria, en el sentido de si, en la actual UE, es razonable que, en un litigio –derivado presumiblemente de una herencia compleja (G. van Calster, “The Lady is Not for Turning. CJEU Sticks to Classic Application of Exclusive Jurisdictional Rule for Rights in rem in Immoveable Property”, <https://gavclaw.com/tag/rights-in-rem>)– que enfrenta a ciudadanos finlandeses –con toda probabilidad, familiares muy directos–, domiciliados en Finlandia –seguramente en la misma área geográfica–, por la división de unas propiedades inmobiliarias –que todo da entender que no son la vivienda habitual de ninguno de ellos– sitas en España haya de dirimirse obligatoriamente ante los tribunales españoles, porque son los correspondientes al Estado miembro en donde están ubicados los bienes raíces. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser negativa por las razones que exponen a continuación.

8. Desde un punto de vista teórico, el foro exclusivo de los órganos jurisdiccionales del lugar de situación de los bienes se justifica, en esta materia, por el interés público del Estado donde radiquen los inmuebles en gobernar toda la existencia jurídica de éstos, al cual se concede preferencia sobre el interés de las partes –singularmente, la demandada– en litigar ante los tribunales del país de su domicilio (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 73 y 629). Como quiera que este argumento está ligado a una concepción medieval de la soberanía territorial, hoy del todo anacrónica (D.P. Fernández Arroyo, “Compétence...”, *loc. cit.*, pp.

84-86), para fundamentar la exclusividad del foro de situación se ha recurrido al filón de las razones de índole práctica, que tienen como común denominador la “proximidad” entre los bienes inmuebles y el tribunal del lugar de su emplazamiento, lo que permite a éste estar en las mejores condiciones para apreciar, en orden a una buena administración de justicia, el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que concurren en el caso. En la sentencia *Komu*, el TJ, luego de invocarlos genéricamente (ap. 25), adecúa estos motivos prácticos a las características del litigio, manteniendo que, en apoyo de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españoles por ser los del Estado de situación de los bienes incumbidos, cabe citar aspectos como la necesaria inscripción en el registro español de los actos y contratos de trascendencia real relativos a inmuebles sitos en España, la obligada subordinación del procedimiento de venta y de la práctica de la prueba al Derecho español, la frecuente realización de comprobaciones, investigaciones y peritajes privativos del lugar en donde estén ubicados los bienes (ap. 31). Estos argumentos, empero, están lejos de ser convincentes, porque no salen airoso de las objeciones que, en términos generales, les han formulado los expertos al subrayar que dichas ventajas prácticas se arguyen usualmente de manera sesgada –como si fueran privativas de los pleitos inmobiliarios, lo que no se ajusta a la verdad –, fatalista –como si no hubiera alternativas a las mismas dentro del sistema europeo de cooperación entre autoridades– y abstracta –como si sus réditos fueran inherentes a su razón de ser, sin que cupiera su puesta en entredicho de resultados de las particularidades del caso concreto– (ibíd., p. 89). Desde esta perspectiva, tampoco parece, por consiguiente, lógico que se impida a los tribunales fineses el conocimiento de un asunto como el que focaliza nuestra atención sobre la base de que los derechos reales comprometidos figuran inscritos en un registro español –la respuesta sería naturalmente distinta si se discutiera la validez de la inscripción registral– o de que ciertas actuaciones procesales sólo pueden llevarse a cabo en España –sin parar mientes en que, gracias a la integración judicial europea, la realización de las mismas puede hacerse a requerimiento de un juez finlandés en comunicación permanente con su homólogo español–, pero, hoy por hoy, la reglamentación comunitaria no admite más que esta interpretación.

9. Si no hay razones teóricas ni prácticas que, en casos como el presente, justifiquen la competencia exclusiva de los tribunales del país de situación de los bienes inmuebles, ¿cómo podría alterarse este resultado en la línea antes apuntada? Habida cuenta de que la opción preferible, la supresión del foro exclusivo existente en la materia, no parece viable en el inmediato futuro, cabría pensar, *de lege ferenda*, en una solución menos radical, y, entonces, hay que fijarse de nuevo en el caso *Rösler*. Aun siendo muy conscientes de las diferencias entre *Rösler* y *Komu* –en el primero, se trata de una acción personal derivada de un incumplimiento contractual, mientras que, en el segundo, la acción es real, ya que persigue la división de un condominio–, nos interesa ahora remarcar las similitudes que muestran los dos asuntos, que tienen en común unos litigantes domiciliados en el mismo país que discuten acerca de inmuebles ubicados en otro Estado europeo, una calificación relativamente pacífica de la acción ejercitada, una atribución de la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del lugar de situación de los bienes, pero –y esto es lo verdaderamente digno de enfatizar–, el empleo del foro exclusivo no responde a las peculiaridades que presentan ambos supuestos. A consecuencia del caso *Rösler*, que puso el problema al descubierto, el legislador comunitario tomó la iniciativa de remozar la normativa hasta ese momento vigente, decantándose por la implantación de un nuevo foro exclusivo que, para los arrendamientos de temporada que cumplieran determinados requisitos, autorizara a las partes a litigar alternativamente ante los tribunales del país del domicilio del demandado. ¿Por qué no ha de ser posible arbitrar una solución equiparable para asuntos como el aquí reseñado? Bastaría con que, bajo ciertas condiciones –que en *Komu* aparecen ya esbozadas: las partes residen en el país del domicilio del demandado, todos los copropietarios son personas físicas, los bienes se hallan en otro Estado miembro, los inmuebles no están destinados a vivienda habitual [y lo mismo valdría para supuestos en los que los bienes se han adquirido, por ejemplo, como segunda residencia, con fines comerciales o de cara a la jubilación de sus titulares]–, las reclamaciones en materia de derechos reales inmobiliarios se pudieran dilucidar ante los órganos jurisdiccionales del país del domicilio del demandado. Negar esta posibilidad apelando a las consideraciones de buena administración de justicia no sería de recibo, porque, como ilustra una vez más el caso *Rösler*, estas razones de orden práctico no son concluyentes. Así, por un lado, en *Komu* se

da como argumento de este tipo el hecho de que “los derechos de propiedad de esos inmuebles, así como los derechos de usufructo que gravan esos derechos, son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad español conforme al Derecho español”; mas si un hipotético nuevo caso *Rösler* involucrase a una casa situada en España y el contrato de arrendamiento que reglamentase las relaciones entre las partes estuviese inscrito en el registro público, tal como permite la legislación hipotecaria española, nadie vería en ello un impedimento para que los tribunales del Estado del domicilio del demandado también pudieran conocer del asunto. Por otro lado, en *Komu*, al igual que en otras sentencias, el papel del *forum rei sitae* se reivindica a partir de las “comprobaciones, investigaciones y peritajes que deben realizarse *in situ*”; pero, en un eventual caso *Rösler II* localizado en suelo español, estaría fuera de lugar poner en tela de juicio el juego concurrente del *forum domicilii* debido a la valoración, a efectuar sobre el terreno, de los daños causados en la vivienda arrendada por el desbordamiento de una fosa séptica. Vistos estos paralelismos, no parece que los motivos mencionados ni otros similares tengan la fuerza suficiente para vetar la instauración, en esta materia y con las condiciones expresadas, de un criterio de competencia alternativo basado en el domicilio del demandado.

10. La Sentencia *Komu* –como en su momento la *Rösler*– tiene la virtud de llamar la atención sobre la conveniencia de superar el “*land taboo*” todavía imperante en la Unión Europea [en el contexto del Derecho procesal comunitario, la existencia del tabú ha sido recurrentemente evocada por H. Muir Watt, “Note sous l’arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 13 octobre 2005 (aff. C–73/04, Brigitte et Marcus Klein c. Rhodos Management Ltd)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 95, 2006–1, p. 192]. Desestimada por inviable, al menos a corto plazo, la eliminación del foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios –lo que comportaría “romper el tabú territorial”–, el caso *Komu* nos abre los ojos a una alternativa más asumible por los Estados que permitiría dar pasos en la buena dirección. A semejanza de la reforma del CB efectuada tras la sentencia *Rösler*, la fórmula de compromiso pasaría por “agrietar el tabú territorial”, lo que se conseguiría incorporando a una futura versión revisada del RB I la novedad de que, cuando se dieran condiciones comparables a las experimentadas en el asunto *Komu*, el foro del domicilio del demandado compartiera la exclusividad del foro del lugar de situación de los bienes inmuebles para, de esta manera, poder atender mejor a los intereses de las partes que, en litigios de estas características, no habrían de quedar sistemáticamente supeditados a los intereses estatales.

11. Una reforma legislativa de mínimos como la sugerida encuentra apoyos en otros instrumentos comunitarios –el Reglamento 650/2012, relativo a las sucesiones por causa de muerte, o los recentísimos Reglamento 2016/1103 y Reglamento 2016/1104, en materia de régimen económico–matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas, respectivamente–, los cuales, para el conocimiento de las acciones judiciales tendentes a la división del patrimonio hereditario, conyugal o convivencial –por más que el mismo contenga bienes inmuebles–, atribuyen, con carácter general, competencia a los órganos “jurisdiccionales del país de residencia del causante, los esposos o los convivientes [debe matizarse, sin embargo, que, en el caso de las sucesiones, es posible una *professio fori* a favor de los tribunales del Estado de la nacionalidad del *de cuius* vinculada a una previa designación por éste de su ley nacional como *lex hereditatis*, y, tratándose de las uniones matrimoniales y extramatrimoniales, puede darse, en primer término, una agrupación de litigios para que dirima la controversia patrimonial entre cónyuges o *partenaires* el juez de la sucesión o, si las partes así lo convienen, el del divorcio o el de la disolución de la pareja; y, en segundo lugar, cabe una elección limitada de foro por medio de una fórmula que, con diferencias significativas, se inspira en el Reglamento 650/2012]. Nuestro breve análisis se centrará en el Reglamento de sucesiones [RS], si bien sus resultados pueden, en la medida de lo posible, extrapolarse a los otros dos instrumentos. Aunque el Reglamento 650/2012 sólo alude a la partición a propósito del Derecho aplicable, para incluirla en su esfera de influencia [art. 23.2º.j)], parece fuera de duda que el Reglamento, basado en las premisas de unidad y de coincidencia entre *forum* e *ius* [que, por un lado, llevan a “someter a una única autoridad y a única ley todos los asuntos que surgen en la liquidación de una sucesión, desde su apertura a la partición y la transmisión de los bienes a los herederos”, y, por otro lado, hacen “que la autoridad encargada de la sucesión aplique en la mayoría de los casos la ley del foro” (A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento*

(UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012, versión traducida y adaptada al Derecho español por S. Álvarez González *et al.*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 51)], optimiza sus mecanismos cuando los tribunales del país de la última residencia habitual del causante, competentes para conocer de su sucesión con carácter general (art. 4 RS) y a título particular de las controversias particionales (*ibíd.*, p. 149), apliquen para la resolución de éstas el Derecho del Estado donde el *de cuius* ha residido al final de su vida [art. 21.1º RS en relación con el art. 23.2º.j) RS]. Para lo que aquí nos interesa, el Reglamento 650/2012 pone en evidencia que, para el conocimiento de una reclamación referente a la partición de una herencia, el juez natural es del Estado de la última residencia del difunto, sin que la radicación en otro país de bienes inmuebles integrantes de la masa hereditaria atribuya competencia exclusiva alguna en la materia a los órganos jurisdiccionales del *situs*. Podría objetarse, con cierta razón, que la asimilación que tratamos de hacer entre la *actio familiae erciscundae* –cubierta por el Reglamento de Sucesiones– y la *actio communi dividundo* –protagonista del caso *Komu*– no es acertada. En efecto, las divergencias entre ambas acciones, en especial en cuanto a su fundamento y objeto y a la legitimación para ejercitarlas, son tan considerables que, a primera vista, impedirían supeditarlas a un régimen equivalente de competencia judicial internacional. Ahora bien, la jurisprudencia civil demuestra –y, en España, es altamente ilustrativa al respecto la STS 25 junio 2008 (RJ\2008\4270)– que, bajo determinadas circunstancias (en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo, se solicitaba la extinción de la comunidad existente sobre un inmueble integrante de una herencia aún no repartida), el procedimiento de partición hereditaria y el de división de cosa común se pueden acabar confundiendo (en el ejemplo mencionado, el segundo acaba por absorber el primero). Si trasplantamos estas reflexiones al tema que nos ocupa, no es difícil sugerir hipótesis interesantes. Imaginemos, primeramente, que, en el caso *Komu*, los actores, en vez de ejercitar una *actio communi dividundo*, hubieran decidido plantear, sobre la base del capítulo 23 del Código de sucesiones de Finlandia (*Perintökaari*), de 5 febrero 1965, que la disciplina (<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf>), una *actio familiae erciscundae*, concierne a los bienes inmuebles sitos en España. Presumiendo que el causante tuvo su última residencia habitual en el país nórdico, no hay duda de que los tribunales finlandeses serían, de acuerdo con el art. 4 RS, los competentes para conocer de la demanda, y, si de la partición efectuada derivaran condominios como los del caso *Komu*, los órganos jurisdiccionales españoles tendrían, *ex art. 24.1º RB I bis*, competencia exclusiva para dirimir cualquier eventual acción de división de las copropiedades. Sin embargo, esta secuencia argumental, que respeta el orden lógico de los problemas jurisdiccionales suscitados, se compadece mal con los parámetros de economía procesal exigibles en un espacio, como es el europeo, cada vez más integrado jurídicamente. Avancemos un paso más y supongamos, segundamente, que, en este hipotético caso *Komu II*, luego de ejercitarse en Finlandia la *actio familiae erciscundae* y tras las valoraciones y peritajes oportunos –verificados mayormente en España–, de la división resultara una distribución de los bienes entre los coherederos que no diera lugar a ninguna comunidad ordinaria. En este supuesto, la resolución de los jueces finlandeses que atribuiría titularidades y derechos de naturaleza real sobre inmuebles emplazados en el territorio de otro Estado miembro sería jurisdiccionalmente incontestable, sin que las estimaciones y comprobaciones realizadas en España o la obligatoriedad de inscribir en el registro español el título judicial –particional– extranjero interfiriesen para nada en la competencia asignada con arreglo al art. 4 RS.

12. De lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la exclusividad de los tribunales del país de situación de los bienes inmuebles a la hora de conocer de las acciones reales que les afectan muestra síntomas de una creciente erosión. Efectivamente, por un lado, casos como el *Komu* revelan hasta qué punto una solución tan rígida como la consagrada en el RB I puede resultar inapropiada cuando las circunstancias del litigio aconsejan facilitar a las partes –al menos– una vía alternativa que satisfaga mejor sus intereses; por otro lado, reglamentos como el tocante a las sucesiones, que permiten que órganos jurisdiccionales que no son los del *locus situs* puedan verse atribuida competencia y, consiguientemente, tomar decisiones en asuntos que inciden sobre la titularidad de bienes inmuebles corroboran la impresión de que, en Europa, el tabú territorial comienza a resquebrajarse.

2016/24.– Tribunal de Justicia, Sala Séptima, Sentencia de 17 diciembre 2015. Asunto C-605/14.
Ponente: C. Toader.

Reglamento (CE) nº 44/2001.– Ámbito de aplicación.– Competencias exclusivas– Art. 22, punto 1.– Litigio en materia de derechos reales inmobiliarios.– Concepto.– Demanda de disolución de una copropiedad indivisa sobre bienes inmuebles mediante su venta.

Normas aplicadas: Art. 22, punto 1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

31. *En efecto, la transferencia del derecho de propiedad de los inmuebles objeto del litigio principal implicará la consideración de circunstancias de hecho y de derecho propias del factor de vinculación, tal y como se establece en el art. 22, punto 1, párrafo primero, del Reglamento nº 44/2001, a saber, el lugar de ubicación de los inmuebles. Ello incluye, en especial, la circunstancia de que los derechos de propiedad de esos inmuebles, así como los derechos de usufructo que gravan esos derechos, son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad español conforme al Derecho español, o el hecho de que los procedimientos que regulan la venta, en su caso en subasta, de estos mismos inmuebles son los del Estado miembro en el que están situados éstos, o también el hecho de que, en caso de controversia, la obtención de pruebas se facilitará por la proximidad de ese lugar de ubicación. En ese sentido, el Tribunal de Justicia ya ha apreciado que, tratándose, en particular, de los litigios relativos a los derechos reales inmobiliarios, éstos deben, en general, juzgarse según las normas del Estado en el que esté situado el inmueble, y las controversias a las que den lugar requieren con frecuencia que se efectúen comprobaciones, investigaciones y peritajes que deben realizarse in situ (sentencia ČEZ, C-343/04, EU:C:2006:330, ap. 29 y la jurisprudencia citada).*

32. *Esa jurisprudencia se puede trasponer al litigio principal en el que, a diferencia del litigio que dio lugar a la sentencia Lieber (C-292/93, EU:C:1994:241, ap. 21), relativa a la indemnización debida por el uso de una vivienda, la determinación del alcance de las condiciones legales para la disolución de la relación de copropiedad, que puede producir efectos frente a todos, corresponde a la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que están situados los inmuebles objeto del litigio principal, como resulta de la jurisprudencia citada en el ap. 26 de esta sentencia. Así, en caso de que las reglas de Derecho material aplicables en el asunto principal impliquen una evaluación del carácter divisible o indivisible de estos inmuebles con ocasión de la disolución de la relación de copropiedad, esa evaluación podría dar lugar a verificaciones, mediante peritajes, que el tribunal del Estado miembro en el que están situados dichos inmuebles está en mejores condiciones de ordenar.*

33. *Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la cuestión planteada que el art. 22, punto 1,º Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción de disolución de la copropiedad indivisa de un inmueble mediante su venta, encomendada a un fideicomisario, pertenece a la categoría de los litigios “en materia de derechos reales inmobiliarios” prevista en esa disposición.*

[VIRPI KOMU, HANNA RUOTSALAINEN, RITVA KOMU / PEKKA KOMU, JELENA KOMU]

COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES: CONCEPTO DE ACTIVIDAD COMERCIAL O PROFESIONAL

Beatriz AÑOVEROS TERRADAS *

1. Con esta ya son muchas las ocasiones en las que el TJ se ha pronunciado sobre la interpretación de las normas de competencia judicial internacional, contenidas en el RB I *bis* (art. 17–19 [ex. art. 15 RB I norma a la que se refiere propiamente la sentencia. En el comentario utilizaremos la numeración del RB I *bis*]), cuyo objetivo es la protección del consumidor contratante. El *iter* jurisprudencial respecto de los foros de protección, evidencia un cambio de paradigma que lleva a la superación de la tradicional distinción entre consumidor pasivo y activo. Ello supone un abandono de la lógica clásica de dichas normas protectoras y, como consecuencia, una enorme extensión de los supuestos de consumidor protegido por el Derecho internacional privado comunitario. La sentencia objeto del presente comentario es una muestra más de este cambio pues a través de la misma el TJ permite la aplicación de los foros protectores a contratos no directamente vinculados con la actividad dirigida por el empresario o profesional al Estado del consumidor pero que presentan una identidad causal con otro contrato sí enmarcado en dicha actividad.

2. La decisión del TJ da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de un litigio entre por un lado, el Sr. Hobohm, con domicilio en Alemania, y, por otro lado, el Sr. Kampik, con domicilio en España. En el año 2005 el Sr. Kampik, agente inmobiliario, intermedió en nombre del Sr. Hobohm frente a la sociedad Kampik Immobilien FG, en la compra de la mentada vivienda que debía construirse (España) por un promotor alemán. Dicho complejo se comercializaba, entre otros países, en Alemania, a través de un folleto publicitario escrito en alemán. Además, el Sr. Kampik desarrollaba una actividad publicitaria en Internet en la que ofrecía intermediación en negocios inmobiliarios en España. El 17 junio de 2006, el Sr. Hobohm y su esposa, en calidad de compradores, celebraron con el promotor del complejo de vacaciones, un contrato de compraventa del apartamento de Denia a que se refiere el contrato de intermediación (en lo sucesivo “contrato de compraventa”). En 2008, tras haber pagado los dos primeros plazos por importe total de 62.490 euros, la vendedora (promotora del complejo) entró en dificultades económicas que pusieron en peligro la terminación del complejo. El Sr. Kampik ofreció entonces a los Srs. Hobohm encargarse de procurar la habitabilidad de la vivienda. El matrimonio Hobohm se desplazó a España y otorgó a favor del Sr. Kampik un poder notarial para la defensa de sus intereses en relación con el contrato de compraventa celebrado en 2006 (en lo sucesivo, “contrato de mandato”). El Sr. Hobohm extendió al Sr. Kampik un cheque al portador por importe de 27.647 euros, en concepto de una parte del tercer plazo de la compraventa, que éste ingresó en la cuenta de la también demandada sociedad Mar Mediterráneo. Finalmente, en el año 2009, el Sr. Hobohm transfirió al Sr. Kampik una cantidad de 1.448,72 euros que, según este último, era necesaria para pagar una hipoteca inscrita a cargo del demandante. No obstante, la cancelación de dicha hipoteca no se produjo. Tras una serie de desavenencias entre el matrimonio Hobohm y el Sr. Kampik, el contrato de mandato fue revocado por el matrimonio. Con posterioridad el Sr. Hobohm presentó una demanda ante los tribunales alemanes (tribunales del domicilio del demandante) para obtener la devolución de los importes entregados al Sr. Kampik. Los tribunales alemanes de primera instancia inadmitieron la demanda por considerarse incompetentes. El recurso de apelación fue nuevamente desestimado y finalmente en tribunal de casación planteó la cuestión prejudicial que motivó la sentencia objeto de este comentario.

3. Está claro que el contrato de mandato celebrado entre el Sr. Hobohm y el Sr. Kampik no está directamente comprendido en el marco de las actividades que el Sr. Kampik dirigió a Alemania. No obs-

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas. (Universitat Ramon Llull).

tante, existe una vinculación estrecha entre el contrato de mandato y el contrato de intermediación inmobiliaria que podría justificar la extensión del foro protector permitiendo al Sr. Kampik litigar en Alemania.

Para la aplicación del foro protector previsto en el art. 17 RB I *bis* se exigen tres condiciones: a) en primer lugar, una de las partes en el contrato debe tener la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; b) en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional, y, c) en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el ap. 1, letras a) a c), del referido art. 17. Las dos primeras no se discuten en la sentencia objeto de comentario. Centrándonos, por tanto, en el último de los requisitos, y siguiendo lo establecido en la letra c) del art. 17 (habida cuenta de que de las circunstancias del caso los apartados a y b quedan descartados) para que el contrato en cuestión pueda quedar comprendido en el ámbito de aplicación de dicha disposición, deben darse nuevamente dos condiciones: a) que el profesional ejerza actividades comerciales o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último y b) el contrato debe haberse concluido en el marco de tales actividades. Existe una relación intrínseca expresa entre ambas condiciones que constituye el quid de la cuestión planteada en el asunto que comentamos. De hecho, el TJ se centra en la segunda condición, *v.gr.*, la expresión “el contrato debe haberse concluido en el marco de tales actividades”. No obstante, dada la estrecha relación entre ambas condiciones es importante conocer su alcance y el nexo que debe existir entre ellas.

4. *Actividad del empresario en el Estado del consumidor.* Es el primer y fundamental elemento; la actividad del empresario debe estar vinculada al Estado del consumidor. Se prevén dos supuestos: a) que el empresario profesional ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor; b) que el empresario o profesional por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. El Reglamento no aclara ni define el concepto de actividad “dirigida”. Al respecto, el TJ ha insistido en que la noción de “actividad dirigida” debe interpretarse de forma autónoma haciendo referencia, principalmente, al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, con el fin de garantizar su plena eficacia (asuntos acumulados C 585/08 y C 144/09: *Peter Pammer v. Reederei Kart Schüller GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH v. Oliver Heller*, ap. 55 (en adelante, Asunto *Pammer*). Entre los objetivos especialmente vinculados a los foros protectores destacan, la protección del consumidor y la reducción al máximo de la posibilidad de procedimiento paralelos así como la previsibilidad de las reglas de competencia (as. *Hobohm*, ap. 30.). Además, al constituir una excepción tanto al foro general (art. 4.1º RB I *bis*), como a la regla de competencia especial en materia de contratos (art. 7.1º RB I *bis*), debe ser interpretada restrictivamente (as. C 89/91: *Shearson Lehman Hutton v. TVB*, ap. 16.).

El órgano de apelación alemán consideró que la actividad de intermediación inmobiliaria ejercida por el Sr. Kampik en España estaba efectivamente “dirigida” a Alemania. Para ello aplicó la doctrina elaborada por el TJ en el asunto *Pammer* donde se afirma la necesidad de que exista una voluntad por parte del empresario de actuar y captar consumidores de un determinado Estado. Para considerar que existe tal la voluntad se hace referencia en primer lugar, al hecho de que el Sr. Kampik ofrecía sus servicios en Internet a través de un sitio registrado con un nombre dominio de primer nivel “.com” redactado en alemán; en segundo lugar, este sitio indicaba una dirección electrónica de contacto situada en un servidor que utiliza un nombre dominio de primer nivel “.de”; en tercer lugar, el número de teléfono de contacto era un número alemán (de Berlín) y, finalmente, el Sr. Kampik utilizaba para publicitar su actividad folletos escritos en alemán. Queda, por tanto, probado que el contrato de intermediación inmobiliaria sí cumplía con el primer requisito de aplicación del art. 17 RB I *bis*. No obstante, la actividad de gestión de negocios asumida a través del contrato de mandato no puede considerarse que estuviese “dirigida” ni encuadrarse en el marco de la actividad de intermediación en contratos de adquisición de inmuebles dirigida a Alemania.

6. *Vinculación del contrato con la actividad “dirigida” por el empresario.* Debe existir un vínculo claro entre las actividades que el profesional ejerce o dirige al Estado del consumidor y el contrato

celebrado por el consumidor. El TJ se ha pronunciado en dos ocasiones respecto de tal vínculo. En la primera, a raíz del asunto *Mühlleitner* (as. C-190/11: *Daniela Mühlleitner v. Ahmad Yusufi y Wadat Yusufi*), el TJ consideró que del art. 17 RB I *bis* no puede desprenderse la exigencia de que el contrato se celebre a distancia. El lugar donde se celebra el contrato es irrelevante, lo que conlleva que la distinción tradicional entre consumidores activos y pasivos queda claramente desdibujada. Lo relevante y determinante no es si el consumidor se desplaza o no, si no si el empresario dirige o no su actividades al estado del domicilio del consumidor y existe un contrato de consumo en el marco de dichas actividades, i.e., un contrato de consumo vinculado o ligado a las mentadas actividades. Por otro lado, en el asunto *Emrek* (as. C-218/12: *Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic*), el TJ, negó la necesidad de que existiera un nexo de causalidad entre las dos condiciones (actividad dirigida y vinculación del contrato con esa actividad) para poder aplicar la norma tuitiva. El hecho de que la relación de causalidad no actúe como requisito, no significa que no pueda ser utilizado como indicio ‘cualificado’, susceptible de ser apreciado por el juez nacional de la existencia o inexistencia del segundo elemento condicionante de la norma, *v.gr.*, que el “contrato esté en el marco de las actividades del empresario”. Ahora bien, en el asunto *Emrek* se planteaba si la ausencia de nexo de causalidad podía impedir la aplicación del art. 17 RB I *bis* mientras que en el asunto *Hobohm*, el planteamiento es el contrario pues es la existencia de nexo de causalidad lo que permite utilizarlo como indicio de la existencia del segundo elementos de la norma.

7. La actividad de intermediación inmobiliaria dirigida por el Sr. Kampik a Alemania, así como el contrato de intermediación celebrado entre las partes, son elementos que se encuentran vinculados con el contrato de mandato por una relación de causalidad casi mecánica (Conclusiones AG, asunto *Hobohm*, ap. 42). Dicha causalidad puede utilizarse como indicio de que el contrato se enmarca efectivamente en la actividad dirigida por el empresario o profesional. Para ello, se requiere la existencia de un intenso vínculo material interno entre las relaciones jurídicas. La actividad de intermediación inmobiliaria permitió la celebración del contrato de compraventa que a su vez motivó la celebración del contrato de mandato. Si no se hubiera celebrado el contrato de intermediación inmobiliaria y la compraventa, el contrato de mandato no existiría. Aun cuando las obligaciones de las partes en el contrato de intermediación se cumplieron con la celebración del contrato de compraventa, no llegó a cumplirse el objetivo económico del contrato de intermediación, *v.gr.*, obtener por el Sr. Hobohm el disfrute efectivo de la casa. La cuestión que se plantea es si la existencia de ese nexo entre los contratos justifica que el contrato de mandato pueda quedar comprendido en el ámbito de aplicación del art. 17 RB I *bis* al igual que el contrato de intermediación. El Tribunal admite tal posibilidad siempre que exista un nexo estrecho con otro contrato celebrado con anterioridad por las mismas partes en el ámbito de una actividad dirigida por el profesional al Estado del domicilio del consumidor. En el caso en cuestión, el contrato de intermediación. A partir de aquí, lo relevante será determinar en qué casos existe ese nexo o vínculo esencial. Para determinar la existencia de este nexo, el juez nacional debe tener en cuenta los elementos constitutivos del mismo, elementos de los el que el tribunal ofrece una lista no exhaustiva como la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos o la identidad del objetivo económico.

8. En el caso en cuestión, aun cuando el contrato de mandato no se inscriba como tal en el ámbito de la actividad dirigida por el profesional al Estado del consumidor, se celebró como prolongación directa de dicha actividad y es complementario del contrato de intermediación, pues su objetivo es la satisfacción del objetivo económico que subyace al contrato de intermediación, *v.gr.*, el disfrute del apartamento. Por tanto, cuando el contrato conexo tenga por finalidad la satisfacción del objetivo económico del otro contrato, el Tribunal considera que su celebración es una prolongación directa de la actividad dirigida al Estado del consumidor y que dio lugar a la celebración del primer contrato. Aunque no existe interdependencia jurídica entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato, sí hay un fuerte vínculo económico entre ambos contratos, que consiste la satisfacción del objetivo económico del contrato de intermediación. Es, por tanto, la identidad causal entre ambos contratos, entendida como función económico-social perseguida por las partes, lo que permite considerar que se trata de contratos conexos.

9. Una interpretación teológica aboga por este resultado que comparto y considero coherente con la política comunitaria de protección del consumidor. Ahora bien, la protección no puede ser absoluta e

ilimitada. Uno de los límites claros se encuentra en la necesaria previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional a que alude el cdo. 17 RB I bis. El empresario debe confiar en el mercado único para poder asumir el riesgo de la ‘internacionalidad’ de la transacción. En este sentido es fundamental el respeto al principio de ‘previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional’. Esa necesaria ‘previsibilidad’ queda garantizada por el hecho de que el empresario asume el riesgo de la internacionalidad al ejercer o dirigir sus actividades al Estado del domicilio del consumidor. En el asunto Hobohm, el TJ considera garantizada tal previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional pues en circunstancias como las que concurren en el caso, el foro del domicilio del consumidor es competente para conocer de un litigio relativo a un contrato de intermediación que se enmarca en la actividad del profesional “dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor. Si posteriormente este profesional celebra con el mismo consumidor un contrato para alcanzar el objetivo o causa esencial del primer contrato, es razonable que cuente con que ambos contratos quedarán sujetos al mismo régimen de competencia judicial internacional.

Se ha producido, como adelantábamos, una extensión más del ámbito de aplicación de las normas de competencia judicial internacional tuitivas. En esta ocasión la extensión me parece coherente con la política comunitaria de protección del consumidor y ponderada con el principio de previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional.

2016/25.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 23 diciembre 2015. Asunto C-297/14. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores.– Arts. 15, ap. 1, letra c), y 16, ap. 1.– Concepto de actividad comercial o profesional “dirigida al” Estado miembro del domicilio del consumidor.– Contrato de mandato celebrado para lograr la consecución del objetivo económico subyacente a un contrato previo de intermediación concluido en el marco de una actividad comercial o profesional dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor.– “Nexo estrecho”.

Normas aplicadas: Art. 15, ap. 1, letra c) y 16, ap. 1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

36. Por consiguiente, aun siendo cierto que no existe interdependencia jurídica entre el contrato de intermediación y el contrato de mandato, no deja de haber un nexo económico entre ambos. Este nexo reside en la satisfacción del objetivo económico que subyace al contrato de intermediación, que no era otro que garantizar el disfrute efectivo del apartamento cuya terminación peligraba por la insolvencia del promotor. Dado que no se llevaron a cabo las obras de terminación pactadas entre las partes en virtud del contrato de mandato, el disfrute efectivo del apartamento quedó frustrado.

37. Al examinar, en el marco de su apreciación global sobre las circunstancias en que se celebró el contrato de mandato, si existe un nexo estrecho entre el contrato de mandato y el contrato de intermediación, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta los elementos constitutivos de ese nexo y, en particular, la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del contrato de mandato con respecto al contrato de intermediación, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato.

38. El órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta estos datos para decidir si el art. 15, ap. 1, letra c), del Reglamento no 44/2001 es aplicable al contrato de intermediación (véase, por analogía, la sentencia Emrek, C-218/12, ap. 31).

39. Por otro lado, procede destacar, en lo que atañe a la garantía de previsibilidad de las normas de competencia judicial a que alude el cdo. 11 del Reglamento nº 44/2001, que en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, el foro del domicilio del consumidor es competente para conocer de un litigio relativo a un contrato de intermediación que se enmarca en la actividad del profesional “dirigida al” Estado miembro del domicilio del consumidor. Si posteriormente este profesional propone celebrar y, en su caso, celebra con el mismo consumidor un contrato para alcanzar el objetivo esencial que se pretendía conseguir con el primer contrato, es razonable que cuente con que ambos contratos quedarán sujetos al mismo régimen de competencia judicial.

40. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, procede responder a la cuestión planteada que el art. 15, ap. 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, en la medida en que contempla los contratos celebrados en el marco de una actividad comercial o profesional “dirigida” por un profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, en relación con el art. 16, ap. 1, de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que puede aplicarse a un contrato, celebrado entre un consumidor y un profesional, que no se halla comprendido como tal en el ámbito de la actividad comercial o profesional “dirigida” por ese profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, pero que presenta un nexo estrecho con un contrato celebrado anteriormente entre las mismas partes en el marco de dicha actividad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si concurren los elementos constitutivos de ese nexo y, en particular, la identidad fáctica o jurídica de las partes de los dos contratos, la identidad del objetivo económico que ambos contratos, orientados al mismo objeto concreto, se proponen conseguir y la complementariedad del segundo contrato con respecto al primero, en la medida en que tiene por fin facilitar la satisfacción del objetivo económico subyacente a este último contrato.

[RÜDIGER HOBOHM Y BENEDIKT KAMPIK LTD & CO. KG, BENEDIKT ALOYSIUS KAMPIK, MAR MEDITERRANEO WERBE- UND VERTRIEBSGESELLSCHAFT FÜR IMMOBILIEN, S.L.]

DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA. PACTO DE ELECCIÓN DE LEY Y DE TRIBUNAL. POSTERIOR SUMISIÓN TÁCITA. INTERPRETACIÓN

2016/26.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, Sentencia nº 431/2015, de 30 diciembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Guglieri Vázquez. JUR 2016/40200.

Contrato de distribución en exclusiva: resolución por incumplimiento del distribuidor en el régimen de exclusividad pactado.– Competencia judicial internacional.– Cláusula de sometimiento a los tribunales ingleses.– Sumisión tácita a los tribunales españoles.– Ley aplicable.– Cláusula de sometimiento a la ley inglesa: interpretación.– Vinculación entre la cláusula jurisdiccional y la cláusula de ley aplicable.– Novación subjetiva en el contrato inicial, donde una de las partes inicialmente era inglesa y ahora ambas son españolas.

Normas aplicadas: Arts. 1124, 1203.1º y 1204 Cc; art. 465 LEC.

[...]

Planteado el sometimiento del contrato a la legislación inglesa conviene precisar que ese sometimiento quedaba condicionado “... por todo a la jurisdicción de los tribunales ingleses” (Cláusula 10.2). En efecto “Este acuerdo... entre los partidarios será gobernado e interpretado de acuerdo con leyes inglesas. El distribuidor por eso somete por todo...”. El “por eso” es la razón de someterse a la competencia de los tribunales ingleses. Es decir, serían competentes estos tribunales por esa sumisión. Sin embargo, en el Auto de esta Sección 25ª de 11 enero 2013 se hacía hincapié en el “acto de admisión” (de Cervezas Universales) de una competencia por reconocimiento propio de que son competentes los juzgados y tribunales españoles... y constitutivo de una sumisión más que tácita”. A partir de esa conclusión se produce un efecto directo sobre la cláusula 10.2 más allá de la determinación de la compe-

tencia territorial y es que decae por completo la razón del sometimiento a los tribunales ingleses. Si “por eso” se justificaba el sometimiento, desaparecida la competencia inglesa desaparece la razón de aplicar el Derecho inglés.

Además y fundamental, habiéndose producido una novación subjetiva, al ser ambas partes españolas es aplicable la ley nacional común, es decir, la española (art. 10.5º Cc). Ya no hay conexión inicial con el negocio por razón de la nacionalidad de uno de los contratantes y es la propia Heineken España quien invoca en su reconvencción el Código civil Español (FD de fondo, Primero).

[...]

[ANTONIO PERELLO DISTRIBUCIONES S.L. / HEINEKEN ESPAÑA, S.A.]

**SOLICITUD DE INTERVENCIÓN O ACCIÓN DE REGRESO EJERCITADA POR UN
TERCERO CONTRA UNA DE LAS PARTES DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE
EL TRIBUNAL QUE CONOZCA DE LA ACCIÓN PRINCIPAL**

2016/27.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 21 enero 2016. Asunto C-521/14.
Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 6, punto 2.– Competencia judicial.– Solicitud de intervención o acción de regreso ejercitada por un tercero contra una de las partes de un procedimiento seguido ante el tribunal que conozca de la acción principal.

Normas aplicadas: Art. 6, punto 2 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

45. Dado que el art. 6, punto 2, del Reglamento nº 44/2001 exige un vínculo entre, por un lado, la demanda principal y, por otro, la demanda para la intervención de terceros o la demanda sobre obligaciones de garantía previstas en dicho artículo, corresponde al juez nacional que conoce de la demanda principal comprobar si existe tal vínculo, en el sentido de que debe asegurarse de que la demanda para la intervención de terceros en el proceso o la demanda sobre obligaciones de garantía no persiguen únicamente que se emplace al demandado ante un tribunal distinto del que le corresponde (véase, en ese sentido, la sentencia GIE Réunion européenne y otros, C-77/04, EU:C:2005:327, aps. 30 y 32).

46. A este respecto, el hecho de que una norma nacional, como la incluida en el art. 5.2º, del capítulo 18 LEC finlandesa, supedita la posibilidad de que un tercero ejercite una acción en el marco de un procedimiento judicial ya iniciado a la existencia de un vínculo con la acción principal constituye con total probabilidad un modo de evitar el uso inadecuado del art. 6, punto 2, del Reglamento nº 44/2001.

47. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el art. 6, punto 2, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que su ámbito de aplicación comprende una acción que haya sido ejercitada por un tercero, con arreglo a la legislación nacional, contra el demandado del procedimiento principal y que esté estrechamente relacionada con este procedimiento, en reclamación del reembolso de la indemnización satisfecha por dicho tercero al demandante del referido procedimiento principal, siempre y cuando aquella no se haya formulado con el único objeto de que se emplace al demandado ante un tribunal distinto del que le corresponde.

[SOVAG – SCHWARZMEER UND OSTSEE VERSICHERUNGS–AKTIENGESELLSCHAFT E
IF VAHINKOVAKUUTUSYHTIÖ OY]

NOTA

1. A sufre un accidente de circulación en Alemania y demanda a SOVAG, asegurador alemán del vehículo causante del daño, ante los tribunales finlandeses. If, asegurador finlandés que había indemnizado a A por los daños sufridos en el mismo accidente, ejerce posteriormente acción de reembolso contra SOVAG en virtud de la ley finlandesa del seguro de accidentes. If pide la acumulación de los autos al primer procedimiento seguido contra SOVAG, que se opone alegando la falta de competencia de los tribunales finlandeses para conocer de la demanda de If. Se plantea la aplicabilidad del art. 6.2º RB I (art. 8.2º RB I *bis*) en los supuestos en los que un tercero ejerce, de acuerdo con la legislación nacional, una acción de regreso o análoga contra una de las partes en el procedimiento principal, con que está relacionada dicha acción, para que se resuelva en el mismo procedimiento. El TJ afirma esta posibilidad, lo que sin embargo tiene como consecuencia que el asegurador del Estado de domicilio del perjudicado acabe beneficiándose de un *forum actoris* en virtud de la aplicación de los arts. 9.1º.b) y 11.2º RB I, beneficio que desde luego no le correspondería de ser parte en el litigio principal. El análisis de la Sentencia va empezar tratando del ámbito de aplicación de los foros en materia de seguros (nº 1) y va a continuar con la admisibilidad de la intervención de terceros en el proceso en base al art. 6.2º RB I / 8.2º RB I *bis* y sus posibilidades de configuración de acuerdo con los derechos nacionales (nº 2). Por último, se va tratar del control de posible utilización fraudulenta de la intervención procesal (nº 3).

La aplicabilidad del art. 6.2º RB I en el presente contexto se afirma por el TJ al considerar, en la línea de lo establecido previamente en las sentencias *GIE Réunion européenne y otros* (C-77/04) y *Voralberger Gebietskrankenkasse* (C-347/08), que las normas de la sección tercera del Reglamento no se aplicarán a ulteriores actuaciones procesales que afecten exclusivamente a las relaciones entre profesionales. En esta sentencia, el TJ afirmó *obiter dicta* la aplicabilidad de los citados artículos a otros sujetos que podían ser considerados parte débil, como por ejemplo los herederos de la víctima (*vid.* en detalle sobre esta sentencia Á. Espiniella, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1004-1007).

De la Sentencia se deriva que la aplicabilidad de la sección tercera se debe determinar exclusivamente a la vista de los sujetos que intervienen en la demanda en obligación de garantía o intervención, uno de los cuales habrá de ser tomador del seguro, asegurado o beneficiario. Por tanto, parece que no sería posible aplicar el art. 6 RB I (art. 8 RB I *bis*) en el marco de un hipotético litigio principal entre aseguradores si el tercero (demandante o demandado) fuera parte débil en el sentido de la sección 3 del capítulo II. Dado que el art. 8 RB I solo remite a los arts. 4 y 5.5º y no al art. 6 y que art. 11 RB I no prevé la posibilidad de la intervención de una parte débil en este supuesto, sería posible como máximo una sumisión tácita del tomador del seguro, asegurado, beneficiario o persona perjudicada, que requiere ahora la información del órgano jurisdiccional sobre la posibilidad de impugnar la competencia y de las consecuencias de comparecer o no (art. 26.2º RB I *bis*). Un problema parecido se planteaba en relación con los litigios sobre contratos individuales de trabajo. En la Sentencia *Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline / Jean-Pierre Rouard* (C-462/06), el TJ consideró que no se podía aplicar el art. 6.1º para permitir la acumulación de dos demandas de un trabajador frente a dos empresas del mismo grupo puesto que la aplicación de este artículo estaba excluida por el art. 18 RB I. Frente a este resultado, claramente desfavorable para el trabajador, se ha reaccionado con la nueva redacción del art. 20 RB I *bis*, que permite la aplicación del art. 8.1º RB I *bis* en demandas interpuestas contra un empresario. De ello deriva la imposibilidad de que el empresario acuda al art. 8.1º, pero debe entenderse que ello solamente en cuanto su demanda se dirigiera contra un trabajador, de modo que pudiera considerarse materia de contratos individuales de trabajo. Visto esto, cabe plantearse la necesidad de una reforma en el mismo sentido del art. 8.2º RB I *bis* para eliminar la desventaja comparativa que supone la imposibilidad de una remisión al art. 8 RB I cuando la demanda en obligación de garantía o intervención recae dentro del ámbito de aplicación de la sección tercera del Reglamento. La aplicabilidad del art. 9.1º.b) en relación con un perjudicado había sido previamente admitida en la controvertida sentencia del TJ en el asunto *FBTO / Jack Odenbreit* (C-463/06) (*vid.* sobre esta sentencia entre otros F. Garau Sobrino, *RES*, nº 140, 2009, pp. 681-693).

2. Determinada la aplicabilidad del art. 6.2º a litigios entre aseguradores, se plantea en la Sentencia si este precepto se aplica también a las demandas presentadas por terceros, cosa que no se desprende con claridad de todas las versiones lingüísticas del RB I. El Tribunal constata que, pese a la necesaria aplicación restrictiva de las reglas de competencia especiales, determinados objetivos del Reglamento permiten entender que el ámbito de aplicación del art. 6.2º abarca también las demandas presentadas por terceros. A favor de ello hablan, por un lado, la exigencia de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos (cdo. 15 RB I) y, por el otro, la necesidad de completar el foro del demandado con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente en el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de la justicia. De no admitir, en el presente supuesto, la acumulación de los autos en base al art. 6.2º, se correría el riesgo de obtener resoluciones divergentes.

El TJ continúa haciendo referencia a la sentencia en el asunto *GIE Réunion européenne y otros* (C-77/04) (*vid.* al respecto R. Arenas García, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 872-875), que en relación con el Convenio de Bruselas ya había afirmado que se podían considerar, respectivamente, demanda principal y demanda sobre obligaciones de garantía la acción ejercitada por el asegurado contra el asegurador y la acción de rescabimiento ejercitada por dicho asegurador, en el mismo procedimiento contra otro asegurador que cubre la misma contingencia. Por último, se cita el Informe *Jenard* sobre el Convenio de Bruselas, que recoge expresamente la posibilidad de la intervención de terceros en el procedimiento con el fin de salvaguardar sus propios intereses. En dicho Informe se definen las demandas en obligación de garantía como aquellas entabladas contra un tercero por el demandado en un proceso con vistas a no verse afectado por las consecuencias de dicho proceso.

Se trata de un supuesto de intervención provocada, regulada en España en el art. 14.2º LEC. En el mismo Informe *Jenard* se concede que, aunque pareció recomendable recoger de forma expresa a la demanda en obligación de garantía, este no es sino uno de los supuestos posibles de intervención procesal, y se remite, para el concepto de intervención en general, a los arts. 15 y 16 *Code Judiciaire* belga. De ahí puede deducirse sin más la posibilidad de aplicar el art. 6.2º para propiciar la intervención voluntaria del tercero en un litigio, que el juez español podría autorizar en base al art. 13 LEC. Sin embargo, el art. 6.2º se aplica solo a supuestos de intervención dirigidos a la obtención de un título ejecutivo y no a supuestos como la *intervention volontaire accessoire* francesa o la intervención adhesiva simple española. Se ha afirmado que tal vez no es necesario que el art. 6.2º contemple la intervención voluntaria de un tercero puesto que el mismo resultado se obtendría a través de una sumisión expresa, pero con ello se olvida que esto vale solamente para intervenciones del tercero en calidad de demandado.

La posibilidad de la intervención voluntaria o provocada de un tercero no es conocida en todos los ordenamientos de los Estados miembros: especialmente en los Estados del área germánica la intervención de un tercero en un litigio solamente es posible mediante una *litisdenuntiatio*, de modo que el tercero no es parte procesal sino que simplemente puede demandársele con el fin de obtener una declaración judicial que podrá hacerse valer en un posterior procedimiento judicial contra él pero que no constituye título ejecutivo. Del art. 65 RB I / RB I *bis* se deriva que los foros de vinculación procesal de los arts. 6.2º (art. 8.2º RB I *bis*) y 11 (art. 13 RB I *bis*) solamente podrán ser invocados frente a los órganos jurisdiccionales de aquellos Estados miembros en los que la *lex fori* prevea la posibilidad de una intervención procesal. Ahora bien, las personas domiciliadas en Estados miembros que han notificado normas sobre *litisdenuntiatio* podrán ser llamadas a intervenir como parte en procedimientos sustanciados en otro Estado miembro que concluyen con un título ejecutivo. España es un caso un poco especial, ya que había excluido la aplicación del art. 6.2º Convenio de Lugano de 1988 con remisión al art. 1482 Cc, sin que una disposición en el mismo sentido se hubiese introducido en otras normas de competencia civil internacional. Debe entenderse que de conocer el derecho procesal civil de un Estado miembro tanto la posibilidad de una intervención procesal como una *litisdenuntiatio* es posible recurrir alternativamente a los arts. 6.2º (art. 8.2º RB I *bis*) y 11 (art. 13 RB I *bis*) o al art. 65 RB I / RB I *bis*.

Aunque los conceptos de demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros deben interpretarse de forma autónoma, el Informe *Schlosser* afirma con razón que el foro del art. 6.2º “debe completarse necesariamente con normas que determinen quiénes son las personas que pueden ser llamadas y a qué título y con qué fines pueden serlo.” La competencia no es sino uno de los aspectos que

determinan la admisibilidad de la demanda, cuestión que por lo demás debe regularse en la *lex fori*. Es necesario sin embargo un control de la conformidad de los derechos civiles procesales nacionales con el principio de efectividad del Derecho de la UE, de modo que pueda asegurarse el efecto útil del Reglamento. No en vano se había afirmado que el art. 6.2º establece el deber de los Estados miembros que no habían comunicado normas sobre litisdenuntiatio de permitir la intervención de terceros en el proceso. Esta cuestión se planteó en el asunto *Kongress Agentur Hagen GmbH / Zeehaghe BV* (C-365/88), que parte de la inadmisión de una demanda en garantía al considerarse que su admisión habría retrasado y complicado el procedimiento en el litigio principal. Entonces, el TJ afirmó que no cabe fundamentar explícita o implícitamente la desestimación de una demanda sobre obligaciones de garantía en el hecho de que los terceros demandados residan o estén domiciliados en otro Estado contratante distinto del Estado del Juez que esté conociendo de la demanda principal. A la hora de controlar la conformidad de las normas procesales nacionales con el principio de efectividad resulta útil analizar si equivaldrían funcionalmente al recurso a una norma de *forum non conveniens* y si son fruto del tratamiento uniforme de la admisibilidad de demandas en intervención dentro del mismo Estado.

3. Tras haber reconocido la posibilidad de la intervención de un tercero en base al art. 6.2º RB I, el Tribunal termina recordando que, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia *GIE Réunion européenne y otros*, dicho artículo exige un vínculo entre la demanda principal y la demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, exigencia cuyo cumplimiento debe ser controlado por el juez nacional. Dicho juez tiene en particular el deber de comprobar que la demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso no persiguen exclusivamente que se emplace al demandado ante un tribunal distinto del que le corresponde. En el supuesto que sirve de base a la cuestión previa, el Derecho procesal nacional constituye, en opinión del TJ, un modo de evitar el uso inadecuado del art. 6.2º RB I “con total probabilidad”, puesto que exige también la existencia de un vínculo con la acción principal.

A diferencia del art. 6.1º, el art. 6.2º no contiene una referencia expresa al vínculo que tiene que existir entre las demandas. La existencia de un vínculo es implícita en las demandas en obligación de garantía; en los demás tipos de intervención, debe entenderse que existe un vínculo cuando la demanda persiga una compensación en relación con las consecuencias del proceso originario. Aunque se defiende que la existencia del vínculo debe controlarse de forma autónoma, en la Sentencia comentada el TJ se refiere a lo que dice la ley procesal del foro sobre este requisito. Es evidente que las leyes procesales nacionales pueden ser más o menos laxas en este punto, pudiendo requerir una mera vinculación fáctica, una vinculación procesal o una vinculación jurídica. Así, por ejemplo, el art. 14.2º LEC exige una norma material que permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso. Resulta interesante plantearse cómo se aplica el art. 14.2º LEC cuando la *lex causae* no permite ni prohíbe expresamente una llamada a terceros. Tal vez en el futuro se plantee si esta norma, en su redacción actual, es conforme con el principio de efectividad y no vulnera el efecto útil del art. 8.2º RB I *bis*. Como indicaba el AG Jacobs en el asunto *GIE Réunion européenne y otros*, no hay ninguna necesidad de vincular la existencia de un vínculo con la inexistencia de ánimo fraudulento. La existencia de intención fraudulenta es muy probable si se presenta una demanda que tiene un vínculo insuficiente con la demanda principal, pero si esta demanda se inadmite por esta razón ya no hay ocasión de entrar a controlar la intención que motivó su interposición. Sin embargo, sería un error negar completamente a los tribunales nacionales el control de un fraude aun habiendo apreciado vinculación, puesto que también en este caso sería posible una intención fraudulenta del demandante, aunque desde luego improbable y de difícil prueba. En la sentencia en el asunto *GIE Réunion européenne y otros* se dice que el juez nacional debe asegurarse de que no existe fraude, pero parece más razonable entender que es el demandado quien tiene que probar, en su caso, la existencia de fraude, o pedir al demandante que justifique su elección de foro. El fraude podría derivar de una colusión de las partes en la demanda principal. Por tanto, un indicio de intención fraudulenta sería la fijación de la competencia en el primer procedimiento mediante una elección de foro.

Existen dudas sobre si el control de la intención fraudulenta debe realizarse en relación a la demanda principal o en relación con la demanda en intervención. En el informe *Jenard* se establecía que el control se tenía que realizar sobre la demanda original, aunque en el asunto *GIE Réunion européenne y otros* se

afirmó que el control se debía realizar sobre la demanda en obligación de garantía. Parece que lo más acertado sería entender que la intención fraudulenta puede darse en relación con la primera o con la segunda demanda. Si es un tercero quien demanda a una de las partes procesales en la demanda principal, está claro que la existencia de un fraude difícilmente tendrá relación con la demanda principal, a no ser que hubiera un pacto previo entre el demandante del proceso principal y el demandante-interviniente, que desde luego tendría que resultar probado. De afirmarse la existencia de un vínculo entre demanda principal y demanda en intervención, el control de un fraude se centrará aquí en determinar si la demanda en intervención se interpuso con la única finalidad de llevar al demandado ante un tribunal distinto del que habría resultado competente para conocer del litigio con el tercero de no haberse solicitado la intervención en el proceso que decidía sobre la demanda principal.

4. El resultado a que llega el TJ en la Sentencia objeto de comentario no es del todo convincente. La aplicación combinada de los arts. 9.1º, 11.2º y 6.2º RB I supone que un asegurador que tenga su sede en el Estado miembro del domicilio del perjudicado podrá beneficiarse del foro de ataque que se concede al mismo y llevar a un asegurador extranjero ante los tribunales de su propio Estado. A favor de la corrección de este resultado podría aducirse que en la sección 3 del capítulo II RB I se asume que los aseguradores están en condiciones de litigar en el extranjero y que como consecuencia de la sentencia comentada podrían también eventualmente beneficiarse de la aplicación del art. 6.2º (art. 8.2º RB I *bis*) para demandar a otros aseguradores. Ello dependerá, claro está, de si en el Estado miembro en el que se demanda es posible una intervención voluntaria y no simplemente una *litisdenuntiatio*. Por último, si el asegurador ha sido ya emplazado ante un tribunal extranjero en aplicación de los foros especiales en materia de seguros, una demanda adicional de otro asegurador que tiene su sede en el domicilio del tomador, asegurado, beneficiario o perjudicado no le supondrá una carga tan importante como la que le supondría acudir por primera vez a un tribunal extranjero, como ocurría en el asunto *GIE Réunion européenne y otros*. En relación con el supuesto de la intervención provocada, el mismo art. 11.3º rompe con el objetivo de proteger a la parte débil cuando permite al asegurador demandar a un tomador o a un asegurado y hacerlos comparecer ante el tribunal que está conociendo de la acción directa. Si dentro de la sección 3 del capítulo II se permite esto, parece que con mayor razón se tendría que permitir que aseguradores se demanden entre sí.

No obstante, estos argumentos no eliminan toda posibilidad de crítica a la sentencia comentada, que contradice, en cierta manera, lo establecido anteriormente por el mismo TJ. En efecto, si en la sentencia *Voralberger Gebietskrankenkasse* el TJ no permitió a una cesionaria litigar en el foro del perjudicado alegando que no le eran aplicables las normas en materia de seguros al no poderse considerar perjudicada, ahora le permite beneficiarse de la aplicación del art. 9.1º en relación con el art. 11.2º como tercero demandante en base al art. 6.2º. Claro que ello presupone una demanda previa del perjudicado, pero desde luego esto es casi lo mismo que lo que no se había permitido previamente y pone además al juez ante la difícil tarea de controlar si la demanda principal ha tenido como objeto propiciar la demanda del tercero asegurador en su propio foro. Por último, al igual que en el contexto de la sentencia *Voralberger Gebietskrankenkasse*, puede afirmarse que no era necesaria la acumulación de los autos, sino que era posible una coordinación de procesos. Cabe lamentar que esta importante cuestión no se hubiese identificado y abordado en la sentencia comentada. Finalmente, se ha destacado también (A. Staudinger, *Deutsches Autorecht*, 2, 2016, p. 81) que debido a la falta de un régimen conflictual unitario (algunos Estados miembros aplican el RR II y otros el Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera o incluso sus propias normas de Derecho autónomo) el hecho de que un órgano jurisdiccional del Estado miembro del domicilio del perjudicado pueda decidir ahora sobre el litigio entre los dos aseguradores puede tener importantes consecuencias prácticas.

Rosa MIQUEL SALA *

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Universität Bayreuth.

RECLAMACIÓN POR CANCELACIÓN EN CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

2016/28.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 9/2016, de 29 enero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García. AC 2016\430.

Competencia judicial internacional.— Reclamación por transporte aéreo: cancelación de vuelo.— Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional.— Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.— Domicilio en España del demandado.— Verificación de la competencia judicial internacional: momento y condiciones.

Normas aplicadas: Art. 4 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 28 Convenio de Varsovia para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional, de 12 octubre 1929; art. 22.3º LOPJ; arts. 36.2º y 38 LEC.

[...]

Tratándose de un litigio en el que concurre elemento extranjero está justificado el plantearse si el juzgado ostenta competencia judicial internacional para su conocimiento. Ahora bien, resultaría fuera de lugar prejuzgar en el incidente competencial sobre el fundamento de las acciones ejercitadas, en lo que se incurriría si se acometiese el análisis de la cuestión de fondo que motiva el litigio. No es esa la labor que incumbe realizar al órgano judicial en una declinatoria, en la que bastará que por éste se compruebe que las acciones que esgrime la parte actora son competencia del juzgador, siendo suficiente, a tal fin, con que las pretensiones planteadas por el demandante justifiquen, según reglas legales predeterminadas, la intervención de determinado juzgado.

[...]

conforme a lo previsto en los arts. 36.2º y 38 LEC y en los arts. 21 y 22 LOPJ, en su redacción vigente al tiempo de la interposición de la demanda, que es la anterior a la reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, resultaría prematuro que el juez, a la vista de los datos que se le expusieron, hubiera cuestionado de oficio su falta de competencia internacional. Esto sólo debería haberlo hecho de tal modo en muy determinados casos que no concurren aquí (en concreto, si: a) se hubiera formulado la demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho internacional público; b) cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; y c) cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes). En el supuesto de autos, no gozando de inmunidad de jurisdicción la entidad demandada ni entrando en juego fueros exclusivos, nada impediría la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en virtud de sumisión tácita. En consecuencia, solo después de emplazarse a la parte demandada y si ésta no compareciese (pues si lo hiciera sería ésta la que tendría la oportunidad de denunciar el defecto mediante declinatoria) es cuando el juez podría plantearse una polémica como la que se suscita en la resolución apelada, es decir, la eventual declaración de su falta de competencia internacional si es que entendiera entonces, en el desempeño de sus atribuciones en el momento en el que está legalmente habilitado para hacerlo, que los tribunales españoles no debieran conocer de este asunto.

[...]

CONTRATOS QUE PREVEN LA OBLIGACIÓN DE UNA EMPRESA RUMANA DE CEDER LOS DERECHOS SOBRE UNA MARCA A UNA EMPRESA CON DOMICILIO SOCIAL EN UN ESTADO TERCERO

2016/29.– Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Sentencia de 17 marzo 2016. Asunto C-175/15. Ponente: J.-C. Bonichot.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Contratos que prevén la obligación de una empresa rumana de ceder los derechos sobre una marca a una empresa con domicilio social en un Estado tercero.– Denegación.– Cláusula atributiva de competencia en favor del Estado tercero.– Comparecencia del demandado ante los tribunales rumanos sin impugnar la competencia.– Reglas de competencia aplicables.

Normas aplicadas: Arts. 22, punto 4, 23, ap. 5, y 24 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

23. Por consiguiente, la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio se aplica, salvo en los casos que figuran expresamente entre las excepciones previstas en la segunda frase del citado art. 24. En la medida en que la prórroga de competencia mediante acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del art. 23 del Reglamento n° 44/2001, no figura entre esas excepciones, el Tribunal de Justicia declaró que ninguna razón relacionada con el sistema general o con los objetivos del mencionado Reglamento llevaba a considerar que a las partes les estuviera vedado someter un litigio a un órgano jurisdiccional distinto del estipulado en su acuerdo (véase, en este sentido, la sentencia *ÖPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, EU:C:2010:290, ap. 25).

24. Este razonamiento se aplica tanto a los acuerdos atributivos de competencia a los tribunales de un Estado miembro como a los que la atribuyen a los tribunales de un Estado tercero, ya que la prórroga tácita de competencia en virtud del art. 24, primera frase, del Reglamento n° 44/2001 se basa en una elección deliberada de las partes del litigio relativa a dicha competencia (véase la sentencia *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, ap. 54). Por lo tanto, como se desprende del apartado precedente de la presente sentencia, la cuestión relativa a la aplicabilidad del art. 23 de ese Reglamento es irrelevante.

25. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, letra a), que los arts. 23, ap. 5, y 24 del Reglamento n° 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un litigio relativo al incumplimiento de una obligación contractual, en el que el demandante ha sometido el litigio a los tribunales del Estado miembro en que el demandado tiene su domicilio social, la competencia de esos tribunales puede resultar del art. 24 de dicho Reglamento, siempre que el demandado no impugne su competencia, aunque el contrato entre esas dos partes contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero.

[...] 31. Como se desprende de la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas, la existencia de una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero no se opone a la aplicabilidad del Reglamento n° 44/2001.

32. Además, de los considerandos segundo y undécimo del Reglamento n° 44/2001 resulta que éste tiene por objeto unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil a través de reglas de competencia judicial que presenten un alto grado de previsibilidad. El Reglamento n° 44/2001 persigue de este modo un objetivo de seguridad jurídica que consiste en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (sentencia *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C-533/07, EU:C:2009:257, aps. 21 y 22).

33. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró que, en la medida que las reglas de competencia exclusiva conforme al art. 22 del Reglamento nº 44/2001 no se aplican, el juez al que se ha sometido un litigio debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia en el sentido del art. 24 de dicho Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia ČPP Vienna Insurance Group, C-111/09, EU:C:2010:290, aps. 26 y 33).

34. Por otra parte, lo mismo sucede exactamente cuando la competencia del juez que conoce del asunto resulta del art. 22 del Reglamento nº 44/2001.

35. En efecto, a la vista del lugar que este precepto ocupa en el sistema de dicho Reglamento y de la finalidad perseguida, las reglas de competencia que establece dicho precepto tienen carácter exclusivo e imperativo que se impone con una fuerza específica tanto a las partes como al juez (véase, en este sentido, la sentencia Solvay, C-616/10, ap. 44).

36. Teniendo en cuenta estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 24 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone, en el marco de un litigio entre las partes de un contrato que incluye una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales de un Estado tercero, a que el tribunal del Estado miembro en el que el demandado tiene su domicilio social, al que se ha sometido el litigio, se declare incompetente de oficio, aunque el demandado no impugne la competencia de éste.

[TASER INTERNATIONAL INC. Y SC GATE 4 BUSINESS SRL, CRISTIAN MIRCEA ANASTASIU]

VALIDEZ Y Oponibilidad a Terceros de las Cláusulas Atributivas de Competencia Incluidas en Folletos de Emisión de Bonos

Javier MASEDA RODRÍGUEZ *

1. De nuevo una resolución del TJ en el ámbito de la emisión de obligaciones, esta vez al hilo de un litigio relativo a la emisión por parte del banco Commerzbank de una serie de instrumentos financieros. En el folleto de emisión de estos bonos, aprobado por la *Irish Stock Exchange* (Bolsa de Dublín, Irlanda) y a disposición del público en su sitio de Internet, se recoge una cláusula atributiva de competencia a favor de los Tribunales ingleses para resolver cualquier litigio derivado de los títulos o vinculado a ellos. En 2004, la sociedad Redi, con domicilio en el Reino Unido y autorizada por la Financial Services Authority a realizar actividades de intermediación financiera, suscribió en el mercado primario todos los títulos controvertidos emitidos por el Commerzbank, cediendo en el mercado *secundario* una parte a la sociedad italiana Profit, con domicilio en Italia. Un evento de crédito relativo a los títulos controvertidos conllevó la liquidación administrativa forzosa de Profit, que interpuso ante el *Tribunale di Milano* una reclamación contra el banco emisor Commerzbank, la sociedad matriz Profit Holding, la empresa de intermediación financiera Redi y la entidad de referencia E3, así como contra varias personas físicas. Por un lado, reclamaba la nulidad, por desequilibrio contractual, insuficiencia o inexistencia de causa, de los acuerdos que la llevaron a adquirir los títulos controvertidos emitidos por el Commerzbank y vendidos por Redi y, con ello, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas. Por otro, solicitaba indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la mala gestión realizada por la sociedad matriz Profit Holding, que llevó a su filial a celebrar las transacciones en cuestión. Ante la alegación de incompetencia de los órganos jurisdiccionales italianos con base en la cláusula de competencia contenida en el folleto, Profit solicitó ante la *Corte suprema di Cassazione* italiana que se resolviera previamente la cuestión de la competencia judicial, lo que generó una serie de cuestiones prejudi-

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

ciales que comentamos en el orden propuesto por el TJ (FD 21) y el Abogado General (ap. 29 Conclusiones).

2. La segunda pregunta de la cuestión prejudicial tiene que ver con las condiciones de validez de la cláusula atributiva de competencia incluida en el folleto de emisión de los bonos *ex art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001* (actual, art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012): por una parte, cumplimentación del requisito de forma escrita del art. 23.1.º.a Reglamento (CE) n° 44/2001, ya que el folleto fue elaborado unilateralmente por la entidad emisora de estos títulos; por otra, invocación de esta cláusula respecto de todo suscriptor de los títulos, esto es, si es oponible al tercero que los adquirió de un intermediario financiero; y, finalmente, adecuación de su inclusión en el folleto de emisión como una forma ajustada a los usos del comercio internacional del art. 23.1.º.c Reglamento (CE) n° 44/2001.

A) La validez de un pacto de elección de foro pasa por la existencia de un acuerdo entre las partes a partir de su consentimiento manifestado de manera clara y precisa (FD 24; *aps. 26 a 28 STJ 7 febrero 2013; Refcomp*; ap. 13; *STJ 9 noviembre 2000: Coreck*): las exigencias de forma del art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001, la más estricta de por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o la más flexible de adecuación a los hábitos particulares de las partes o usos del comercio internacional, pretenden garantizar la prueba efectiva de su existencia, y, con ello, la eficacia de la cláusula, imposible de no respetar las referidas exigencias formales. No puede hablarse de existencia de este acuerdo “...por escrito...”, en los términos del art. 23.1.º.a Reglamento (CE) n° 44/2001, cuando existe una mera confirmación por escrito de la recepción de una oferta conteniendo una cláusula de elección de foro o cuando la cláusula se halla ubicada en una parte del contrato donde no tiene sentido su inclusión, ni, como en el caso que nos ocupa, cuando este pacto se halla incluido en un folleto de emisión de bonos que es elaborado unilateralmente por la entidad emisora, incompatible con la exigencia de un consentimiento expreso del art. 23.1.º.a Reglamento (CE) n° 44/2001. Sólo podría considerarse forma escrita si el contrato firmado por las partes al emitir los títulos en el mercado primario menciona la aceptación de dicha cláusula o recoge una remisión expresa a dicho folleto; y, de ser así, consta asimismo mención a la aceptación de dicha cláusula o se contiene remisión expresa al folleto donde figura tal cláusula en el contrato firmado entre las sociedades Redi y Profit al hilo de la cesión de los títulos en el mercado secundario: en este caso, el pacto de elección de foro se debería considerar oponible respecto a Profit (FD 29 y 30; ap. 45 Conclusiones AG; ap. 10 STJ 14 diciembre 1976: *Estasis Saloti di Colzani*; no válida por no remisión, en STS 20 julio 2011, RJ 2011\6139), lo que debe comprobar el Tribunal remitente (FD 29) y no está claro que suceda en este caso. Sólo evitando el consentimiento tácito o deducido de las circunstancias del caso resulta posible proteger a aquel contratante que se ve sorprendido por la existencia de una cláusula que desconocía y que le obliga a un comportamiento procesal determinado (ap. 17 STJ 20 febrero 1997, *MSG*).

B) De no considerarla recogida “...por escrito...”, que Commerzbank, emisor de los títulos, pueda oponer la cláusula atributiva de competencia incluida en el folleto de emisión de bonos a Profit, último suscriptor, que los adquirió a través de un contrato celebrado con Redi y que no la consintió expresamente (FD 35), depende, a juicio del TJ, de varios factores (FD 37). Por una parte, del conocimiento por parte de Profit de la cláusula incluida en el folleto, facilitado por un acceso sencillo al documento, lo que parece verificarse positivamente en este caso ya que dicho folleto fue aprobado previamente por la Bolsa de Dublín y puesto a disposición del público en su sitio de Internet, lo que Profit no parece haber cuestionado en el procedimiento relativo al fondo. Por otra, validez de la cláusula en la relación contractual entre el Commerzbank y Redi, como intermediario financiero que actúa como primer suscriptor de esos títulos, que exige la valoración de las exigencias formales y de fondo recogidos en el art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 entendido de acuerdo con los criterios interpretativos del TJ. Y, finalmente, que Profit, suscribiendo en el mercado secundario dichos títulos de Redi, haya sucedido a ésta última en los derechos y obligaciones ligados a esos mismos títulos en virtud del Derecho nacional aplicable.

No extraña la respuesta del TJ. Existe jurisprudencia comunitaria en tal sentido, como en materia de suscripción de acciones de una sociedad (FD 34; *aps. 19 y 28 STJ 10 marzo 1992: Powell Duffryn*), o de

contratos de transporte marítimo (ap. 24 STJ 19 junio 1984, *Russ*). Además, no son infrecuentes los casos en los que un tercero pasa a ocupar la posición original de uno de los contratantes, asumiendo, con ello y respecto de la otra parte, su régimen en términos de competencia judicial internacional, como en cambio en la persona del acreedor por subrogación o cesión, contratos a favor de tercero, o en sede de títulos-valor. En todos estos casos, es común, asimismo, el recurso a la ley aplicable a la hora de valorar la extensión de una cláusula de elección de foro a terceros: un tercero podría invocar esta cláusula no sólo cuando la propia cláusula o el contrato del que forma parte recoge un derecho a favor del tercero (STJ 14 julio 1983, as. C-201/82: *Gerling Konzern*), también cuando este tercero pasa a ocupar la posición de una de las partes de acuerdo con lo determinado por la ley aplicable a la relación entre esta parte y el tercero (conocimientos de embarque; cesión de créditos; representación).

No obstante, esta jurisprudencia del TJ para justificar la extensión de la cláusula al tercero tiene su origen en casos muy particulares, lo que puede generar dudas a la hora de emplearla en supuestos diferentes (ap. 54 Conclusiones AG). Así, respecto de los conocimientos de embarque (ap. 35, STJ 7 febrero 2013: *Refcomp*): el conocimiento conforma un título negociable que permite a su titular ceder las mercancías, en tanto están en camino, a un adquirente que se convierte en titular de todos los derechos y obligaciones del cargador con respecto al transportista (ap. 24, STJ 19 junio 1984: *Russ*; ap. 41, STJ 16 marzo 1999: *Castelletti*; aps. 23 a 27 STJ 9 noviembre 2000: *Coreck*), mientras la emisión de unos títulos pertenece a la categoría de los títulos de crédito, esto es, ajenos a los contratos de transporte como contrato tripartito en el que se inserta el conocimiento de embarque (ap. 55 Conclusiones AG; no extrapolación en ap. 37, STJ 7 febrero 2013: *Refcomp*). O en los casos relativos al accionista de una sociedad: el propietario de un título de crédito, a diferencia del accionista, que es titular de un derecho sobre el capital de la sociedad, sólo dispone de un derecho de crédito, esto es, las personas que se adhieren a la entidad jurídica a través de la adquisición de acciones pasan a ser parte en el contrato de constitución de la sociedad, lo que no sucede en el contexto de la adquisición de títulos (ap. 55 Conclusiones AG). Además, no parece la mejor solución recurrir al Derecho nacional a la hora de determinar el alcance de las normas del Reglamento (CE) n° 44/2001, lo que tampoco casa con la regla de interpretación autónoma de las normas de los instrumentos comunitarios (muy explícito, ap. 39 STJ 7 febrero 2013: *Refcomp*).

No piensa así el TJ (FD 33 y 37), lo que supone, como vemos, hacer depender la extensión de la cláusula de elección de los Tribunales ingleses respecto de Profit a la probatura de una relación de subrogación en los derechos de Redi determinada por el Derecho nacional, y no a la verificación de que Profit prestó su consentimiento expreso a este pacto en las condiciones formales y de fondo exigidas en el art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 (ap. 56 Conclusiones AG; ap. 26, STJ 9 noviembre 2000, *Coreck*; o ap. 33, STJ 7 febrero 2013, *Refcomp*).

C) Ubicado el contrato por medio del cual la empresa suscriptora adquirió los bonos en el mercado secundario en el ámbito del comercio internacional, lo que consta (FD 42), corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, siguiendo las pautas autónomas del TJ, comprobar, además del conocimiento efectivo o presunto de las partes de dicho uso, si la inclusión de una cláusula de prórroga de la competencia en el documento destinado a determinar las condiciones de emisión de unos títulos, se ajusta a un uso en el sector del comercio internacional en el que operan las partes en litigio. Este examen tiene sentido sólo tras descartar la existencia de un acuerdo atributivo de competencia celebrado "...por escrito..." entre el emisor y el último suscriptor de los bonos, siendo asimismo un pacto no oponible respecto de éste último al no verificarse las condiciones exigidas por el TJ para considerarlo como sucesor del intermediario.

El conocimiento efectivo o presunto del uso puede acreditarse por la prueba por el órgano jurisdiccional nacional de la existencia de relaciones comerciales anteriores entre las partes o con otros operadores que actúen en el sector de las inversiones financieras, o bien que este comportamiento puede ser considerado como práctica consolidada al ser suficientemente conocido y seguido de modo general y regular al celebrar esta clase de contratos (FD 49; ap. 24, STJ 20 febrero 1997: *MSG*; o ap. 43, STJ 16 marzo 1999: *Castelletti*). Considerar la emisión de bonos en el mercado en este sector de las inversiones

financieras, acompañada de manera general y regular de un folleto que incluye una cláusula de elección de foro, como uso comercial del sector, depende, por su parte, de que este comportamiento resulte seguido de modo general y regular, a modo de práctica consolidada, por los operadores del sector concreto de la emisión de bonos u obligaciones (FD 49; ap. 23, STJ 20 febrero 1997: *MSG*; o aps. 25, 26 y 39, STJ 16 marzo 1999: *Castelletti*). Al respecto, habría que tener en cuenta el hecho de que dicho folleto fue aprobado previamente por la Bolsa de Dublín y puesto a disposición del público en su sitio de Internet, circunstancia que la sociedad Profit no parece haber cuestionado en el procedimiento relativo al fondo (FD 49), no siendo necesario que este uso se halle acreditado en determinados países ni, específicamente, en todos los Estados miembros (ap. 30, STJ 16 marzo 1999: *Castelletti*), ni que se ajusten a este comportamiento los operadores de países que ocupan una posición preponderante en este sector del comercio internacional, lo que, por otra parte, sí puede servir de indicio que facilite la prueba de la existencia del uso concreto (FD 45).

3. La tercera pregunta de la cuestión prejudicial se refiere a la calificación como materia contractual ex art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 (actual art. 7.1º Reglamento (UE) nº 1215/2012), de la acción que persigue la anulación de un contrato y la restitución de las cantidades pagadas en virtud de un título nulo, a la que responde afirmativamente el TJ (FD 58).

A) Las acciones que afectan a la totalidad de un contrato, como la reclamación de la inexistencia del contrato, las acciones declarativas de validez o, en lo que ahora interesa, de nulidad, se ubican en el ámbito del foro contractual del art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001, más todavía cuando este precepto no exige que formalmente se haya celebrado un contrato. Partiendo de que la nulidad es la sanción al incumplimiento de las normas de su formación, una reclamación de nulidad de un contrato se halla indefectiblemente vinculada a la relación contractual en tanto que se basa en la violación de tales normas, siendo irrelevante que la reclamación pretenda el cumplimiento del contrato o, por el contrario, la declaración de su nulidad: estando íntimamente vinculadas, no tiene sentido condicionar la aplicación del foro contractual al tipo de acción interpuesta por el demandante, respondiendo afirmativamente cuando la pretensión fuese el cumplimiento del contrato y de manera negativa cuando se solicite su nulidad (aps. 71 y 75, Conclusiones AG). Coherente con el art. 10.1º RR I, que incluye dentro del ámbito material de la *lex contractus* "...la existencia y la validez del contrato...", permite al órgano jurisdiccional analizar todas aquellas cuestiones de fondo que pueden afectar a su competencia, entre ellas, las relativas a la existencia y/o la validez del contrato, esto es, "...la existencia de los elementos constitutivos del propio contrato..." resulta "...indispensable para permitir al órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda comprobar su competencia..." (ap. 7, STJ 4 marzo 1982: *Effer*). Así lo entiende el TJ cuando lo que está en juego es la existencia o inexistencia del contrato, en orden a evitar que la simple alegación de la inexistencia del contrato sirva para desvirtuar la regla de competencia contenida en esta norma (FD 54; aps. 7 y 8, STJ 4 marzo 1982: *Effer*); en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, cuando consideró inalterada la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado de situación del inmueble aun cuando esta competencia se impugnó con base en la existencia del contrato objeto del litigio (ap. 22, STJ 14 diciembre 1977: *Sanders*); o respecto de una acción declarativa negativa para declarar la inexistencia de responsabilidad delictual, incluida en el ámbito de la "...materia delictual o cuasidelictual..." del art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 (aps. 43 y 44, STJ 27 octubre 2012: *Folien Fischer AG y Fofitec AG*; también, ap. 45, STJ 6 diciembre 1994: *Tatry*).

Ubicada la acción de nulidad en el art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 y como consecuencias derivadas de la anulación de la relación contractual, tiene sentido una calificación semejante respecto de la restitución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de un título nulo, coherente, asimismo, con el art. 12.1º RR I, que incluye en la ley rectora del contrato las consecuencias de su eventual nulidad. La acción de restitución de las cantidades abonadas no tiene una naturaleza independiente y autónoma respecto de la acción de nulidad, como considera el *Commerzbank*, que la fundamenta no en una obligación contractual libremente consentida entre las partes, sino directamente en la ley, atendiendo a lo que considera inexistencia de causa de la aportación patrimonial. El derecho de una de las partes a la restitución de una prestación viene precedido por el hecho de que esta parte ha realizado previamente, en

virtud del contrato, la prestación por la que solicita la restitución; o, lo que es lo mismo, la ausencia de un vínculo contractual libremente asumido por las partes hubiera impedido la ejecución de la obligación, no generando tampoco el derecho a la restitución: por ello, en cuanto a la relación entre la acción de nulidad y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, resulta suficiente este nexo de causalidad entre el derecho a la restitución y el vínculo contractual para ubicar la acción de restitución en el ámbito de las relaciones contractuales (FD 55; ap. 80 Conclusiones AG). Además, la obligación de interpretación autónoma del art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 no casa con la propuesta de Commerzbank, que condiciona su calificación al fundamento jurídico de la acción de acuerdo con el Derecho nacional aplicable, no siendo determinante, en consecuencia y a tales efectos, que la acción de restitución pueda tener un fundamento legal atendiendo a la normativa doméstica. Tampoco se adecúa a la buena administración de justicia ubicar en un órgano jurisdiccional la acción de nulidad para obligarlo después a declinar su competencia respecto de las consecuencias de la anulación del contrato, teniendo que reclamar ante otro órgano jurisdiccional la cuestión relativa a las consecuencias de la referida nulidad (ap. 81 Conclusiones AG).

B) Esta cuestión relativa a la naturaleza de la acción de nulidad de un contrato y la devolución de los importes indebidamente abonados y, con ello, la aplicación del art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 al discutir entre las partes la celebración del contrato, fue planteada por el Abogado General en el contexto de la relación entre Profit y Redi: a su entender, debería excluirse de tal calificación la acción ejercitada por Profit frente a Commerzbank en lo que considera ausencia de vínculo contractual entre la demandante y el banco emisor de los bonos (ap. 64 conclusiones AG), ubicándose, por tanto, en el foro extracontractual del art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 (actual art. 7.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012). Sería el foro operativo de considerarse ausente el pacto de elección de foro a favor de los Tribunales ingleses por no respetar las condiciones de forma del art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 o inoperativo respecto de las acciones interpuestas por Profit respecto de Commerzbank.

Estando de acuerdo en que las sociedades Profit, demandante, y Redi, intermediaria, se hallan vinculadas por un contrato, el TJ introduce más matices a la hora de valorar la naturaleza de las relaciones entre Profit, demandante, y el Commerzbank, emisor de los títulos: a su juicio, existiría una relación contractual entre Profit y el Commerzbank y, con ello, resultaría aplicable el art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001, una vez que el órgano jurisdiccional remitente compruebe, de acuerdo con su Derecho nacional, que Profit, al adquirir los títulos en el mercado secundario, sucedió a Redi en los derechos y obligaciones ligados a los títulos controvertidos (FD 56 y 57). Al respecto, sigue llamando la atención que el TJ, aun cuando la invocación de la interpretación autónoma de los términos del Reglamento nº 44/2001, no valore las relaciones entre Profit y Commerzbank en orden a su ubicación dentro o fuera de aquellas obligaciones derivadas de un compromiso libremente establecidos entre las partes o por una frente a la otra, que es el parámetro conforme al cual se define autónomamente el concepto de relación contractual/extracontractual desde la óptica de la normativa comunitaria, y, en cambio, subordine la determinación de la competencia (y del foro operativo) a una valoración dependiente de la eventual sucesión de Profit en la posición de Redi conforme a la legislación nacional aplicable (téngase en cuenta, al respecto, la STJ 28 enero 2015: *Kolassa*, con nota de P.A. de Miguel Asensio, *REDI*, 2015–II, p. 189).

4. La primera pregunta de la cuestión prejudicial plantea la aplicabilidad del art. 6.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 (actual art. 8.1º Reglamento (UE) nº 1215/2012), al haber varios demandados y a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables de juzgar separadamente los asuntos, respecto de las dos reclamaciones interpuestas por Profit: la primera, contra Commerzbank y la sociedad Redi, solicitando la nulidad, por desequilibrio contractual, insuficiencia o inexistencia de causa, de los acuerdos que la llevaron a adquirir los títulos controvertidos emitidos por el banco y vendidos por Redi y, con ello, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas; y una segunda, contra Profit Holding, en la que solicitaba indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la mala gestión realizada por la sociedad matriz. Sólo operaría este art. 6.1º Reglamento (CE) nº 44/2001, en todo caso, de entender que el pacto a favor de los Tribunales ingleses no puede invocarse válidamente frente a Profit: en caso contrario, obligaría a declarar incompetente al *Tribunale di Milano* a la hora de pronun-

ciarse sobre la acción de nulidad y de devolución del precio de venta, con independencia de su competencia objetiva (o no) ex art. 6 Reglamento (CE) n° 44/2001 por su relación estrecha con la acción de responsabilidad.

No puede cuestionarse la existencia de relación entre la demanda de nulidad y de restitución del precio, y la demanda de indemnización por daños por responsabilidad: la eventual estimación de la acción de nulidad y, con ello, la obligación de restitución del precio pagado, podría repercutir en la valoración del perjuicio concretamente sufrido por Profit, de reconocerse su derecho a una indemnización frente a Profit Holding. Ahora bien, la aplicabilidad del art. 6 Reglamento (CE) n° 44/2001 no se basa en criterios de mera oportunidad, sino en la evicción del riesgo de resoluciones inconciliables entre sí desde el punto de vista lógico y jurídico, esto es, que puedan derivar en resoluciones incoherentes y contradictorias, sin necesidad de que vayan a producir consecuencias jurídicas radicalmente inconciliables (FD 66; sí hay relación en el sentido del art. 6.1° Reglamento (CE) n° 44/2001 en STJ 14 octubre 2004: *Maersk*; respuestas excluyentes e incompatibles, por el contrario, en STJ 8 diciembre 1987: *Gubisch*); que la eventual estimación de una de demanda pueda reflejarse, en la práctica, en la magnitud del interés para cuya protección se ha presentado la otra demanda no es suficiente para considerar que existe relación entre dos demandas planteadas contra varios demandados, más todavía cuando son distintos el objeto de las pretensiones formuladas en las dos demandas y el título en virtud del cual se formulan las pretensiones y no existe entre ellas una relación de subordinación o incompatibilidad (FD 67). Esta interpretación estricta de la conexión entre demandas, además de favorecer la previsibilidad de los foros de competencia, es coherente con toda norma que aleje al demandado del foro natural de su domicilio (FD 62; ap. 36, STJ 11 octubre 2007: *Freeport*; ap. 74, STJ 1 diciembre 2011: *Painer*; aps. 20 y 21, STJ 12 julio 2012: *Solvay*), evitando la utilización del art. 6.1° Reglamento (CE) n° 44/2001 sólo para privar a una parte de la competencia de los Tribunales de su domicilio (ap. 9, STJ 27 septiembre 1988: *Kalfelis*, si bien las dudas en este punto introducidas en ap. 51, STJ 11 octubre 2007: *Freeport*).

Se limita la respuesta del TJ en este caso a lo expuesto, dejando al órgano jurisdiccional nacional la valoración de la existencia de conexión entre las referidas demandas (FD 64) de acuerdo con la línea perfilada por su jurisprudencia en esta sede. Con todo, no parece existir riesgo de resoluciones inconciliables ex art. 6.1° Reglamento (CE) n° 44/2001, más siendo cuestionable que se trate de una misma situación de hecho y de Derecho (ap. 26, STJ 13 julio 2006: *Roche Nederland BV*; ap. 43, STJ 11 abril 2013: *Land Berlin*; ap. 79, STJ 1 diciembre 2011: *Painer*): de hecho, porque la acción de responsabilidad se basa en la concepción y ejecución por la sociedad matriz de una operación en su propio interés o en interés de terceros, actuando intencionadamente en perjuicio de los intereses de su filial, que es una circunstancia independiente de la mera suscripción de los bonos; y de Derecho: porque las acciones interpuestas son distintas en fundamentos jurídicos y en objeto, pudiendo prosperar la acción de responsabilidad al margen del éxito o del fracaso de la acción de nulidad (aps. 98 y 99 Conclusiones AG).

2016/30.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 20 abril 2016. Asunto C-366/13. Ponente: S. Rodin.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Concepto de “resoluciones inconciliables”.– Recursos que no tienen el mismo objeto, dirigidos contra varios demandados domiciliados en distintos Estados miembros.– Requisitos de la prórroga de competencia.– Cláusula atributiva de competencia.– Concepto de “materia contractual”.– Comprobación de que no existe vínculo contractual válido.

Normas aplicadas: Arts. 5.1°, 6.1° y art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

51. Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, procede responder a la segunda cuestión prejudicial planteada que el art. 23 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que:

– en caso de insertar una cláusula atributiva de competencia en un folleto de emisión de bonos, únicamente se cumple el requisito de forma escrita establecido en el art. 23, ap. 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 si el contrato firmado por las partes al emitir los títulos en el mercado primario menciona la aceptación de dicha cláusula o contiene una remisión expresa a dicho folleto;

– cabe oponer al tercero que adquirió unos bonos de un intermediario financiero una cláusula atributiva de competencia incluida en el folleto de emisión de los mismos redactada por el emisor de dichos títulos si se acredita, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, en primer lugar, que esta cláusula es válida en la relación entre el emisor y ese intermediario financiero, en segundo lugar, que dicho tercero, suscribiendo en el mercado secundario los títulos en cuestión, sucedió a dicho intermediario en los derechos y obligaciones ligados a esos títulos en virtud del Derecho nacional aplicable y, por último, que el tercero interesado pudo conocer el folleto que incluye dicha cláusula;

– la inserción de una cláusula atributiva de competencia en un folleto de emisión de bonos puede ser considerada una forma admitida por un uso del comercio internacional, en el sentido del art. 23, ap. 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, que permite presumir el consentimiento de aquel frente a quien se invoca, siempre que quede acreditado, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional, por un lado, que los operadores del sector considerado siguen tal comportamiento de modo general y regular al celebrar contratos de este tipo y, por otro lado, bien que las partes mantenían con anterioridad relaciones comerciales continuadas entre ellas o con otras partes que operaban en el sector considerado, o bien que el comportamiento de que se trata es lo bastante conocido como para poder considerarlo una práctica consolidada. [...]

56. En el litigio principal, si no plantea dudas que Profit y Redi estén vinculadas por un contrato, corresponderá al tribunal remitente comprobar, como se ha expuesto en el ap. 36 de la presente sentencia, si Profit sucedió a Redi en los derechos y obligaciones ligados a los títulos controvertidos en virtud del Derecho nacional, de modo que existiría entre Profit y el Commerzbank una relación de naturaleza contractual.

57. De los aps. 54 y 55 de la presente sentencia resulta que, en un litigio como el principal, Profit disfruta en sus relaciones con Redi y, sin perjuicio de las comprobaciones que ha de efectuar el tribunal remitente, como se expone en el apartado anterior de la presente sentencia, en sus relaciones con el Commerzbank, del foro del lugar de cumplimiento del contrato según el art. 5, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001, aun cuando se discute entre las partes la celebración del contrato que está en el origen del recurso.

58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial planteada que el art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que las acciones que persiguen la anulación de un contrato y la devolución de los importes indebidamente abonados sobre la base de dicho contrato se incluyen en la “materia contractual”, en el sentido de dicha disposición. [...]

66. Para apreciar, en una situación como la controvertida en el litigio principal, si existe un punto de conexión entre las distintas demandas presentadas ante él, y por tanto, un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado, el órgano jurisdiccional nacional deberá tener en cuenta, en particular, como puso de relieve el Abogado General en los puntos 95 a 100 de sus conclusiones, la diferencia de hecho y de Derecho entre, por una parte, el procedimiento por la responsabilidad derivada de una mala administración y, por otra, el procedimiento de nulidad de uno de los contratos y de devolución de las cantidades indebidamente pagadas, cuyos resultados son independientes. A este respecto, el solo hecho de que el resultado de uno de los procedimientos pueda influir en el del otro, en particular, la potencial repercusión del importe que haya que devolver en una demanda de nulidad y de devolución de las cantidades indebidamente pagadas en la evaluación del eventual perjuicio en una demanda de responsabilidad no basta para calificar de “inconciliables” las

resoluciones que se dicten en esos dos procedimientos, en el sentido del art. 6, punto 1, del Reglamento nº 44/2001.

67. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 6, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de dos recursos interpuestos contra varios demandados, con objeto y fundamento distintos, no vinculados entre sí por una relación de subsidiariedad o de incompatibilidad, para que exista riesgo de resoluciones inconciliables en el sentido de dicha disposición no basta con que la eventual estimación de cualquiera de ellos pueda potencialmente reflejarse en la magnitud del derecho cuya protección se solicita en el caso del otro.

[PROFIT INVESTMENT SIM SPA, EN LIQUIDACIÓN, Y STEFANO OSSÌ, COMMERZBANK BRAND DRESDNER BANK AG, ANDREA MIRONE, EUGENIO MAGLI, FRANCESCO REDÌ, ANDREA MIRONE, PROFIT HOLDING SPA, EN LIQUIDACIÓN, REDÌ & PARTNERS LTD, ENRICO FIORE, E3 SA]

**INCLUSIÓN EN A MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL DETERMINADOS
ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD
DE LA INFORMACIÓN**

2016/31.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 21 abril 2016. Asunto C-572/14. Ponente: R. Silva de Lapuerta.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.— Art. 5, punto 3.— **Concepto de “materia delictual o cuasidelictual”.**— Directiva 2001/29/CE.— **Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.**— Art. 5, ap. 2, letra b).— **Derecho de reproducción.**— **Excepciones y limitaciones.**— **Reproducción para uso privado.**— **Compensación equitativa.**— **Impago.**— **Eventual inclusión en el ámbito de aplicación del art. 5, punto 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001.**

Normas aplicadas: Art. 5, punto 3 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 5, ap. 2, letra b) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[...]

46. En efecto, como se ha expuesto en el ap. 26 de esta sentencia, el art. 42b, ap. 5, de la UrhG dispone que sólo las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor pueden invocar el derecho a la compensación establecida en el referido art. 42b. Por tanto, como sociedad de gestión colectiva de derechos de autor en Austria, únicamente Austro-Mechana puede invocar ese derecho en el mencionado sistema.

47. De igual forma, habida cuenta en particular de la jurisprudencia citada en el ap. 21 de esta sentencia, la circunstancia de que Amazon no sea un usuario final que ha efectuado reproducciones de obras protegidas para su uso privado no impide que, en el sistema previsto por el Derecho austriaco, el pago de la compensación establecida en el art. 42b, ap. 1, de la UrhG recaiga no obstante en dicha empresa.

48. Por otro lado, si bien es cierto, como alega Amazon, que la puesta en circulación de soportes de grabación no constituye en sí un acto ilícito y que, como la República de Austria ha decidido aplicar la excepción de copia privada contemplada en el art. 5, ap. 2, letra b), de la Directiva 2001/29, la realización de reproducciones para uso privado mediante esos soportes es un acto autorizado por el Derecho

austriaco, no es menos cierto que esa disposición del Derecho austriaco supedita la realización de esas copias privadas al requisito de que los titulares de derechos reciban una “compensación equitativa”, es decir, en el presente caso, la compensación establecida en el art. 42b, ap. 1, de la UrhG.

49. *Ahora bien, con su demanda, Austro-Mechana no reprocha a Amazon que ponga en circulación soportes de grabación en el territorio austriaco, sino que incumpla la obligación de pagar la compensación que le corresponde en virtud de la UrhG.*

50. *Así pues, con su demanda Austro-Mechana pretende exigir la responsabilidad del demandado, puesto que esta demanda se basa en que Amazon ha infringido las disposiciones de la UrhG que le imponen tal obligación, y esa infracción constituye un acto ilícito que causa un perjuicio a Austro-Mechana.*

51. *Por consiguiente, tal demanda está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 es aplicable.*

52. *De ello se sigue que, si el hecho dañoso objeto del litigio principal se produjera o se pudiera producir en Austria, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente, los tribunales de ese Estado miembro serían competentes para conocer de la demanda de Austro-Mechana.*

53. *A la vista de estas circunstancias, se ha de responder a la cuestión planteada que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en la “materia delictual o cuasidelictual”, en el sentido del mencionado art. 5, punto 3, una demanda para la condena al pago de una compensación debida en virtud de una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, que da aplicación al sistema de “compensación equitativa” contemplado en el art. 5, ap. 2, letra b), de la Directiva 2001/29.*

[AUSTRO-MECHANA GESELLSCHAFT ZUR WAHRNEHMUNG MECHANISCH-MUSIKALISCHER URHEBERRECHTE GMBH Y AMAZON EU SÀRL, AMAZON SERVICES EUROPE SÀRL, AMAZON.DE GMBH, AMAZON LOGISTIK GMBH, AMAZON MEDIA SÀRL]

Observaciones: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los diez últimos años sobre competencia judicial internacional en litigios de propiedad industrial e intelectual es abundante. En las SSTJ de 13 julio 2006, as. C-4/03: *GAT*, y C-539/03: *Roche Nederlanden*, el Tribunal adoptó una interpretación estricta de los arts. 16.4º y 6.1º Convenio de Bruselas (actuales arts. 24.4º y 8.1º Reglamento nº 1215/2012) respectivamente, con la que se perseguía garantizar la seguridad jurídica y el derecho de defensa del demandado. Posteriormente, esta interpretación de los foros de competencia se ha ido flexibilizando para favorecer la tutela efectiva de la propiedad industrial e intelectual. Esta tendencia se observa claramente en las SSTJ 12 julio 2012, as. C-616/10: *Solvay* –en la que se flexibiliza la aplicación del foro exclusivo del actual art. 24.4º cuando la nulidad de la patente se cuestiona a efectos de la adopción de una medida cautelar–, de 1 diciembre 2011, as. C-145/01: *Painer* –en la que se flexibiliza la interpretación de las condiciones que deben darse para acumular acciones contra múltiples demandados en atención al actual art. 8.1º– y las numerosas sentencias que existen en relación con la determinación del “lugar de producción del hecho dañoso” en el sentido del actual art. 7.2º Reglamento nº 1215/2012, que llegan hasta el extremo de otorgar la jurisdicción a tribunales de Estados miembros con una escasa vinculación con el litigio poniendo, a mi modo de ver, en peligro el derecho de defensa del demandado. En este sentido pueden consultarse las SSTJ 19 abril 2012, as. C-523/09: *Wintersteiger*, 3 octubre 2013, as. C-170/12: *Pinckney*, 16 mayo 2013, as. C-228/11: *Melzer*, 3 abril 2014, as. C-387/12: *Hi Hotel*, y 22 enero 2015, as. C-441/13: *Hedjuk*. Un tercer grupo de sentencias, menos numeroso, se refieren a la interpretación del concepto de “materia civil y mercantil”. En él se incluyen, además de la sentencia objeto del presente comentario, las SSTJ 25 octubre 2012, as. C-133/11: *Folien Fischer* –en la que se indica que las acciones declarativas de no infracción se consideran “materia delictual o cuasidelictual” en el sentido del art. 7.2º– y de 13 marzo 2014, as. C-548/12: *Borgsitter* –en la que se establece que es contractual la acción de competencia desleal cuando para su resolución es preciso interpretar un contrato existente entre las partes con carácter previo–.

El comentario de la sentencia *Austro-Mechana* debe partir de una constatación: la mayoría de legislaciones sobre derechos de autor de nuestro entorno establecen la llamada excepción de copia privada de acuerdo con la cual los usuarios pueden hacer copias de las obras adquiridas legalmente para su uso privado. Esta excepción de copia privada viene acompañada de un sistema de pago de una compensación equitativa –un canon– a favor de los titulares de esas obras que se encargan de cobrar las entidades de gestión colectiva. Dicho canon corresponde pagarlo a los fabricantes o distribuidores de dispositivos y aparatos en los que se pueden almacenar y copiar esas obras. La demandante en el procedimiento, “Austro-Mechana”, es una entidad de gestión colectiva en Austria, que dirigió una acción judicial contra dos empresas del grupo Amazon (con domicilio social en Luxemburgo y Alemania) por la que se reclamaba el pago del canon adeudado desde hace varios años. Debe recordarse que este procedimiento lleva varios años en liza, habiendo dado lugar a otra sentencia del TJ (STJ 11 julio 2013, as. C-512/11: *Amazon International*) en la que Amazon discutía infructuosamente que fuera ella la encargada de pagar dicho canon.

Ante el planteamiento de la acción por parte de Austro-Mechana, Amazon alegó la falta de competencia de los tribunales austriacos para conocer de la misma con base en tres argumentos: a) el único acto relevante que había llevado a cabo en Austria era la comercialización de teléfonos móviles, lo que no constituye un ilícito; b) la obligación de compensación equitativa constituye una obligación de retribución por actos de reproducción de los usuarios permitidos por la ley, por lo que no tiene naturaleza extracontractual; b) el origen de la compensación equitativa no reside en una violación de los derechos de los titulares, pues éstos ya no cuentan con el derecho de prohibir o autorizar las copias privadas (aps. 77–79, Conclusiones del Abogado General de 17 febrero 2016). Habiendo tenido éxito estos argumentos en primera y segunda instancia, el asunto llegó al Tribunal supremo austriaco, el cual planteó la siguiente cuestión prejudicial al TJ: ¿debe interpretarse que una demanda para la condena al pago de la compensación equitativa es una acción en materia delictual o cuasidelictual en el sentido del actual art. 7.2º Reglamento Bruselas I?

El Tribunal, acertadamente, adopta una decisión afirmativa en atención a tres argumentos. En primer lugar, el TJ recuerda que el concepto de “materia delictual y cuasidelictual” es especialmente amplio pues comprende toda demanda con la que se pretenda exigir la responsabilidad del demandado y que no se considere “materia contractual”. Tal y como expresa el Tribunal, la acción iniciada por Austro-Mechana no puede considerarse contractual en la medida en que la obligación de pago del canon compensatorio que recae sobre Amazon no se deriva de una obligación libremente consentida por ésta. Ésta viene impuesta por el Derecho austriaco por el hecho de poner en circulación, para fines comerciales y a título oneroso, unos soportes de grabación que puede servir para la reproducción digital de obras protegidas.

En segundo lugar, por la naturaleza indemnizatoria de la acción ejercitada. Al contrario de lo que opina Amazon, el sistema de copia privada está destinado a compensar a los titulares de derechos de los perjuicios sufridos por ellos como consecuencia de las reproducciones realizadas sin su autorización (y de la reducción de ingresos que esto conlleva). Esta naturaleza indemnizatoria no se ve alterada por el hecho de que los que abonen el canon compensatorio no sean los usuarios que realizan las reproducciones, sino los fabricantes y distribuidores de los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital. Tampoco se ve alterada porque dicho canon no lo reciba los perjudicados por dichas reproducciones, sino entidades de gestión colectiva que actúan en su nombre.

En fin, tampoco es aceptable el argumento esgrimido por Amazon de que no ha cometido ningún hecho dañoso. Ciertamente ni la comercialización de los teléfonos móviles en el territorio austriaco ni la realización de copias de las obras por los usuarios, pueden considerarse actos ilícitos. Ahora bien, el hecho de que Amazon haya dejado de pagar la compensación por copia privada a “Austro-Mechana” sí que lo es. Y dicho hecho dañoso no ha podido tener lugar más que en el territorio de Austria, país que establece dicha obligación para los distribuidores de aparatos de reproducción digital.

Poco aporta esta sentencia a la peligrosa jurisprudencia del TJ sobre la aplicación del *forum delicti commissi* a infracciones de propiedad industrial e intelectual. Bien es cierto, que la cuestión enjuiciada no se prestaba a grandes construcciones teóricas. Habrá que esperar a un nuevo asunto para ver si el TJ

restringe los supuestos en los que se puede considerar que el hecho dañoso se ha producido en un Estado miembro tomando en consideración criterios de vinculación sustancial.

Aurelio LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ *

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. LUGAR DONDE SE HA PRODUCIDO EL HECHO DAÑOSO

2016/32.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 16 junio 2016. Asunto C-12/15. Ponente: C. Toader.

Competencia judicial internacional en materia extracontractual.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– **Competencias especiales.** – Art. 5, punto 3: **materia delictual o cuasidelictual.**– **Hecho dañoso.**– **Negligencia de un abogado en la redacción de un contrato.**– **Lugar donde se ha producido el hecho dañoso cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante y que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro.**

Normas aplicadas: art. 5, punto 3 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

38. Por consiguiente, un daño meramente económico que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante no puede, por sí solo, ser calificado de “punto de conexión pertinente” con arreglo al art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001. A este respecto, procede igualmente señalar que no cabe descartar que una sociedad como Universal Music haya elegido entre varias cuentas bancarias a partir de las cuales podía ordenar el pago del importe transaccional, de modo que el lugar donde se halla abierta dicha cuenta no constituye necesariamente un criterio de conexión fiable.

39. Sólo en el supuesto de que las demás circunstancias particulares del asunto contribuyan también a atribuir la competencia al tribunal del lugar donde se haya materializado un daño meramente económico, ese daño podría permitir al demandante, de manera justificada, interponer la demanda ante dicho tribunal.

40. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, no puede considerarse como “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, a falta de otros puntos de conexión, el lugar situado en un Estado miembro donde se haya producido un daño, cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante y que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro.

41. A la vista de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial.

[...]

45. Aunque el tribunal nacional que conoce del asunto no esté obligado, en el supuesto de que el demandado refute las alegaciones del demandante, a llevar a cabo una práctica de la prueba en la fase

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

de determinación de la competencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que tanto el objetivo de una buena administración de la justicia, que subyace en la aplicación del Reglamento n° 44/2001, como el respeto debido a la autonomía del juez en el ejercicio de sus funciones exigen que el tribunal que conoce del asunto pueda examinar su competencia internacional a la luz de toda la información de la que dispone, incluidas, en su caso, las objeciones expuestas por el demandado (sentencia de 28 enero 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, ap. 64).

46. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto debe examinar, a la hora de comprobar si es competente con arreglo al Reglamento n° 44/2001, todos los elementos de que disponga, incluidas, en su caso, las objeciones formuladas por el demandado.

[UNIVERSAL MUSIC INTERNATIONAL HOLDING BV
Y MICHAEL TÉTREAU SCHILLING, IRWIN SCHWARTZ, JOSEF BROŽ]

CONSENTIMIENTO Y VALIDEZ DE CLÁUSULA JURISDICCIONAL CONTENIDA EN CONDICIONES GENERALES

2016/33.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-222/15. Ponente: C. Toader.

Competencia judicial internacional.— Cláusula atributiva de competencia.— Reglamento (CE) n° 44/2001: Art. 23.— Cláusula incluida en unas condiciones generales de la contratación.— Consentimiento de las partes a dichas condiciones: régimen aplicable.— Designación de tribunal o tribunales: validez y precisión de una cláusula de este tipo.

Normas aplicadas: Art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 1 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

[...]

41. En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que la cláusula atributiva de competencia se estipuló en las condiciones generales de contratación de Technos, mencionadas en los instrumentos en los que constan los contratos entre las partes y transmitidas cuando se concluyeron.

42. Por consiguiente, resulta de lo anterior que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, responde a los requisitos formales establecidos en el art. 23, ap. 1, del RB I.

43. En lo referente a la precisión del contenido de una cláusula atributiva de competencia, en cuanto a la determinación del tribunal o tribunales de un Estado miembro competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o pueda surgir entre las partes, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, por lo que respecta al art. 17 del Convenio de Bruselas, que los términos de esta disposición no pueden interpretarse en el sentido de que exigen que tal cláusula se formule de manera que, por su propio tenor, sea posible identificar el órgano jurisdiccional competente. Basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o puedan surgir. Estos elementos, que deben ser suficientemente precisos para permitir al Juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación (sentencia de 9 noviembre 2000, Coreck, C-387/98, EU:C:2000:606, ap. 15).

44. Tal interpretación, inspirada en la práctica más habitual en el tráfico económico, se justifica por el hecho de que el art. 23 del RB I, como confirman los considerandos 11 y 14, se basa en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de atribución de competencia a favor de los órganos jurisdiccionales que deben conocer de los litigios comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 noviembre 1978, Meeth, 23/78, EU:C:1978:198, ap. 5, y de 21 mayo 2015, El Majdoub, C-322/14, EU:C:2015:334, ap. 26).

45. En el presente caso, según las declaraciones del tribunal remitente, en virtud de la cláusula atributiva de competencia controvertida en el litigio principal, los litigios que surjan entre las partes quedan sometidos a la “jurisdicción exclusiva y definitiva de los tribunales de París”.

46. Por lo tanto, si bien dicha cláusula no designa expresamente al Estado miembro al que pertenecen los tribunales cuya competencia pactaron las partes, los tribunales mencionados son los de la capital de un Estado miembro, que, en el caso de autos, es también el de la ley que las partes designaron aplicable al contrato, de modo que no cabe duda alguna de que la referida cláusula, contenida en un contrato como el controvertido en el litigio principal, pretende conferir competencia exclusiva a los tribunales del sistema jurisdiccional propio de dicho Estado miembro.

47. Por consiguiente, de las circunstancias específicas del presente caso, como vienen declaradas por el tribunal remitente, se desprende que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, cumple los requisitos de precisión, recordados en el ap. 43 de la presente sentencia.

48. Por otra parte, como ha señalado el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, es necesario destacar que una cláusula atributiva de competencia en la que se hace referencia a “los tribunales” de una ciudad de un Estado miembro se remite implícita pero necesariamente, para poder determinar exactamente el tribunal ante el cual debe entablarse la acción, al sistema de normas de competencia vigentes en dicho Estado miembro.

49. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el art. 23, ap. 1 RB I debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, que, por un lado, viene estipulada en las condiciones generales de contratación de la entidad contratante, mencionadas en los instrumentos en los que constan los contratos entre las partes y transmitidas cuando se concluyeron, y que, por otro lado, designa como tribunales competentes a los de una ciudad de un Estado miembro, cumple los requisitos de la citada disposición relativos al consentimiento de las partes y a la precisión del contenido de dicha cláusula.

[...]

[HÖSZIG KFT. Y ALSTOM POWER THERMAL SERVICES]

CONTRATOS

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS. ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

2016/34.– Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 168/2015, de 15 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Carmen Martelo Pérez. JUR 2015\174767.

Compraventa mercantil.– Sumisión tácita a los tribunales españoles.– Aplicación del Derecho extranjero.– Desestimación.– Alegación y prueba por la parte que interese su aplicación.

Normas aplicadas: Art. 4.1º.a Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 22 LOPJ/1985; arts. 10.5º y 12.6º Cc; art. 63 Ccom; arts. 56, 218, 281, 282, 400 y 465, 533 LEC.

[...]

Sentado lo que antecede, en lo que se refiere a la alegación por la apelante de que invocó que la actora estaba domiciliada en Portugal por lo que la ley aplicable era la portuguesa, y que para poder aplicar el derecho extranjero ha de ser probado por la parte a quien interese, por lo que la falta de prueba, por la parte actora, del derecho portugués impide al Tribunal aplicarlo aunque éste sea el derecho que ha de resolver la cuestión objeto de litigio. El motivo se desestima, tanto porque es la demandada/apelante quien nada alegó en la contestación a la demanda sobre que la Ley aplicable era la portuguesa como porque no mencionó, y sigue sin mencionar, norma o precepto alguno, y sabido es, conforme a reiterada jurisprudencia, que la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca (es la parte que lo invoca la que debe acreditar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, mediante la documentación fehaciente, de manera que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles), pues, como dice el art. 12.6 Cc “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”, así resulta de reiteradas sentencias del TS (...).

Por todo ello, sin olvidar que la demandada ha aceptado, como ha quedado anteriormente expuesto, la competencia de los Tribunales españoles, no estaríamos ante un auténtico problema de conflicto de normas a nivel internacional, y aun cuando pudiese estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas a nivel internacional, la alegación debe ser desestimada, puesto que el art. 10.5º Cc, en el párrafo primero, fija que “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato “, es decir, como fuero principal el determinado por la voluntad de las partes y, como subsidiario, en defecto de este, la Ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato, lo que tuvo lugar en España, que unido a que el ap. 3 del art. 22 LOPJ indica la competencia de los tribunales españoles “en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España “, lo que acontece en el supuesto presente, y en todo caso la entrega de las mercancías adquiridas fueron puestas a disposición de la demandada en España; determina que, mire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas.

En cuanto al motivo en el que se alega infracción del art. 218 LEC (las sentencias han de ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito) con fundamento en que la demandada dedujo oportunamente la pretensión jurídica referida al derecho aplicable sin que en la sentencia aparezca mención alguna a la fundamentación jurídica esgrimida, lo así alegado no debe ser estimado, tanto porque, como queda dicho anteriormente, la demandada/apelante no solo nada alegó en la contestación a la demanda sobre que la Ley aplicable era la portuguesa sino que no mencionó, y sigue sin mencionar, norma o precepto alguno al respecto, por lo que si la infracción denunciada consiste en que la pretensión no ha ofrecido respuesta, esto es, que habría incurrido en incongruencia omisiva, difícilmente se compadece con ello el que, como aquí acontece, la sentencia apelada decida todos los puntos litigiosos que han sido objeto de debate, constatándose –sin olvidar que la congruencia no alcanza a los razonamientos o argumentación de la sentencia, sino al fallo o parte dispositiva– la necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito, la causa de pedir y la condición en que se pide, con la parte dispositiva de la sentencia, es decir, clara correlación tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos de la relación jurídico–

procesal, como en lo que atañe a los pedimentos de las partes, oportuna y convenientemente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida (SSTS 2 marzo 2011, 13 octubre 2010 y 4 noviembre 2010).

[...]

[SOCIEDAD INDUSTRIAL DE TREFILARIA S.A. FRENTE A PREFABRICADOS RODIÑAS S.L.]

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. PAGO DEL PRECIO

2016/35.– Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, Sentencia nº 167/2015, de 21 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Marín Fernández. AC 2015\1362.

Compraventa mercantil: obligaciones del comprador.– Prueba del Derecho extranjero aplicable.– Pago del precio: incumplimiento.– Lugar de pago: a través de la domiciliación bancaria convenida y alternativamente directamente en el domicilio del vendedor.– Inexistencia de pago de buena fe del comprador.

Normas aplicadas: Art. 24.1º y 120.3º CE; arts. 217, 281.2º, 291, 456.1º y 465.4º LEC; art. 4 Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980; art. 57 Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 abril 1980; arts. 1188, 1470 y 1498 Cc italiano.

[...]

Supuesta la aplicación (no discutida) del Derecho italiano como consecuencia de la remisión que hay que entender a él hecha por el art. 4 Convenio de Roma de 19/junio/1980, lo cierto es que tal aplicación es en todo caso subsidiaria respecto de la normativa contenida en la Convención de naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercancías, hecha en Viena el día 11/abril/1980. De aquí que los problemas que plena la recurrente queden en cierta medida relativizados.

En todo caso, los problemas no parece que estén en la aplicación del referido Derecho ni en la indiscutible vigencia del Codice Civile de 1942, sino en la falta de traducción del mismo o de la parte que afectaría al supuesto litigioso, esto es, todo el Libro IV (Delle Obbligazioni) que comprende los arts. 1173 a 2059. Ante tal alegación, ya la parte actora trató de solventar los aparentes problemas de la contraparte aportando la traducción de los preceptos esenciales sobre la compraventa y sobre el pago del precio (arts. 1188, 1470 y 1498), pero no obstante ello, su representación letrada insiste en la indefensión que le causa que la parte actora no haya probado con suficiencia la existencia y vigencia de las tan citadas normas.

Pues bien, la alegación se antoja completamente abusiva. Y es que, sobre la base de lo establecido en el art. 281.2º LEC en orden a dotar al Juez de amplias facultades para averiguar el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable, mal se explica que se denuncien dificultades para conocer el contenido Cc italiano cuando con absoluta simplicidad ello está hoy al alcance de cualquier interviniente en el tráfico jurídico, o que se aluda a dificultades de traducción del idioma italiano. Dicho de otro modo, es imposible alegar una supuesta, imaginaria e inexistente indefensión cuando el Sr. Letrado que defiende a la entidad demandada consta se ha relacionado con la entidad actora y con el letrado de ésta en idioma italiano, hasta el punto que obra en autos una comunicación fechada el día 14/octubre/2009 en la que el Sr. Sánchez Marcial se dirige al abogado Martelli con aparente suficiencia en italiano (documento nº 9 de la demanda). Es también altamente significativo que el supuesto desamparo en que se encuentra la entidad demandada (rectius, su representación letrada) no le ha impedido alegar con evidente soltura la existencia de otros preceptos Cc italiano (art. 1189) para dar vitalidad a sus posiciones.

[...].

Pues bien, es claro que en la documentación contractual disponible se acordaba un sistema de pago absolutamente diferente al empleado por Hierros Montalbán y Sánchez S.L. ya que, como en otras ocasiones, el pago de la mercancía suministrada por la empresa italiana debía hacerse mediante el ingreso en la cuenta que ella facilitaba en la entidad bancaria designada. Tal había sido, como queda dicho, el sistema empleado hasta aquél momento para pagar el precio de las sucesivas compraventas. Y nunca, por contra, se había retribuido D. Mateo a través de un descuento en el precio pagado por la compradora, sino a través de transferencias efectuadas desde Proteco SRL. Da la sensación por tanto que la compradora y D. Mateo prescinden de la dinámica contractual ordinaria y urden una manera de burlar los derechos de la vendedora a través de un pago parcial pero eventualmente liberatorio para la compradora y de la ilícita adquisición por el intermediario de su retribución de un precio que no le pertenecía.

Pero es que si acudimos a la norma aplicable, observaremos que el art. 57 de la citada Convención de Viena establece que, “el comprador, si no estuviese obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor (a) en el establecimiento del vendedor”. De aquí que el lugar (y forma) de pago fuese a través de la domiciliación bancaria convenida y alternativamente directamente en el domicilio del vendedor.

No existía por tanto previsión contractual o legal alguna para que el precio fuera satisfecho a través Don. Mateo. Adviértase finalmente que, a los efectos del art. 1188 Cc italiano, en absoluto puede mantenerse que Proteco SRL por la simple recepción de la liquidación efectuada por aquél, se haya lucrado del pago, lo haya autorizado u otorgado convalidación.

[...]

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. INCAPACIDAD.
EXCEPCIÓN DE INTERÉS NACIONAL: NO.**

2016/36.– Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 385/2015, de 15 octubre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Emma Galcerán Solsona. JUR 2016/23937.

Contrato de arrendamiento de servicios.– Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.– Incapaz sujeto a tutela.– Auto judicial austriaco que declara la incapacidad de uno de los contratantes: eficacia en España.– Discusión sobre la interpretación de los términos del auto austriaco de incapacitación.– Excepción de interés nacional: no.– Nulidad del contrato.

Normas aplicadas: Art. 13 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); arts. 1.2º y 21 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; arts. 32 y 33 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; arts. 9.1º, 9.6º y 10.8º Cc; arts. 207, 222, 304, 285, 408, 448 y 456 LEC; art. 268, ap. 3, punto 2, y art. 280 ap.1 Cc austriaco.

[...]

En cuanto a la alegación referente a la vulneración del art. 13 del Reglamento de Roma I, 593/2008, de 17 de junio, del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, según el cual, en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de este país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país Si en el momento de la celebración del contrato la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte, debe consignarse que no se alega en el recurso infracción de este art. 13, e infracción del art. 10.8º Cc, sino la infracción de dicho art.13, considerando la parte que es aplicable, por encima del art. 10.8º Cc.

Pues bien, el invocado precepto no es de aplicación al caso de autos, al no concurrir el supuesto de hecho contemplado en el mismo, consistente, no en la ausencia de resolución de un Tribunal español declarando su incapacidad, sino en gozar de capacidad de conformidad con la ley española al tiempo de celebrar el contrato, lo que es muy distinto, todo ello con base en la siguiente argumentación.

Primero, quedó debidamente probado en el proceso que, en virtud del Auto de fecha 12 noviembre 2007, del Tribunal de Viena, Austria, exp. 3P-118/207-m-22, de declaración de incapacidad de la demandada y nombramiento del Sr. Feliciano como su tutor, en relación con contratos y negocios de administración de la renta, del patrimonio y de las obligaciones contractuales de la afectada, incluidas las pensiones, así como el patrimonio situado en Suiza y en España, la representación ante oficinas, administraciones y órganos de la Seguridad Social, así como frente a terceros con quienes ella entra en negocios privados, excepto cuando se trate de contratos de la vida cotidiana, quedó debidamente probado que la incapacitada en los términos del Auto judicial austriaco, no puede válidamente celebrar contrato o negocio alguno sin el consentimiento expreso o tácito del Sr. Feliciano, dentro de dicho ámbito negocial, siendo radicalmente nulo por ausencia de consentimiento contractual en tal supuesto, quedando debidamente probado en el presente proceso que el contrato de arrendamiento de servicios profesionales, de 13 agosto 2009, incluido dentro del ámbito de la incapacidad y de la tutela en cuestión, es un contrato radicalmente nulo al haberse celebrado por la demandada sin el consentimiento del Sr. Feliciano, ni expreso ni tácito, de conformidad con el mencionado Auto judicial austriaco, ejecutable y firme desde el día 3 diciembre 2007, puesto en relación con el art. 268, ap. 3, punto 2, y art. 280-ap.1, ABGB.

Segundo, el mencionado Auto judicial austriaco tiene plena eficacia en España ipso iure, sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, conforme a los arts. 1.2º y 21 Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, y arts. 32 y 33 Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, acerca del reconocimiento sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, al tratarse de una resolución judicial en materia civil, dictada por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea.

Tercero, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.1º y 9.6º Cc, la capacidad y la tutela de la demandada se rigen por su ley nacional, la ley austriaca, y por lo tanto, es persona incapacitada en los términos y con el alcance antes consignado, y a idéntica consecuencia, nulidad radical o de pleno derecho del contrato de autos por falta de consentimiento, se llegaría desde la perspectiva exclusiva (a los efectos meramente dialécticos o de razonamiento teórico) de los arts. 1261 y 1263 Cc, abstracción hecha del régimen aplicable al caso de autos, a saber, el establecido en el Auto austriaco mencionado, en los arts. 268-ap.3-punto 2, y art. 280-ap.1 ABGB, en los arts.1-2 y 21 Reglamento 2201/2003, arts. 32 y 33 Reglamento 44/2001, puesto todo ello en relación con los arts. 9.1º y 9.6º Cc en virtud de la remisión expresa en éstos establecida.

[...]

EL DERECHO DE REPETICIÓN DE LA ASEGURADORA SOLVENS CONTRA LA ASEGURADORA DEL CORRESPONSABLE DE UN ACCIDENTE AUTOMOVILÍSTICO

Georgina GARRIGA SUAU *

1. Los hechos que motivaron que los órganos jurisdiccionales lituanos plantearan sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en los asuntos C-359/14 y C-475/14 pueden resumirse como sigue: en el mismo año 2011, aunque con unos meses de diferencia, tuvieron lugar en Alemania dos accidentes de circulación por carretera causados, ambos, por vehículos tracción llevando acoplados sendos remolques. En ambos accidentes, las víctimas reclamaron indemnización a las compañías de seguros lituanas

* Profesora agregada interina de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

de los respectivos vehículos tractor por los daños sufridos. Por lo que tras haber abonado la referida indemnización, las aseguradoras lituanas de los vehículos tractor ejercitaron una acción de repetición ante los tribunales lituanos contra las compañías aseguradoras de los remolques acoplados, también lituanas, reclamándoles la mitad de la indemnización que previamente habían satisfecho a las víctimas de los respectivos siniestros, al estimar que tales aseguradoras respondían solidariamente de los daños causados.

En este contexto, conviene señalar que la mayor parte de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia por los tribunales lituanos se refirieron a cuál debía ser la ley rectora de la acción de repetición ante la duda de sujetarla bien a la ley rectora de los respectivos contratos de seguro, conforme que lo que dispone el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 177 de 4.7. 2008; corrección de errores DO L 309 de 24.12.2009), o bien a la ley aplicable a los respectivos accidentes de tráfico, según lo establecido en el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199 31.7. 2007).

De optarse por la primera opción, las aseguradoras de los vehículos tractor serían exclusivamente responsables de los daños causados por el accidente automovilístico, puesto que el derecho lituano (se presume que es el derecho rector de los respectivos contratos de seguro) sólo hace responsable al titular del remolque si en el momento de producirse el accidente el vehículo remolcado se desprende del vehículo tractor y causa el daño. Y esta circunstancia no se produjo en los casos de autos. Por el contrario, de seguirse la segunda opción, las aseguradoras de los tractores podrían reclamar a las aseguradoras de los remolques la mitad del importe previamente satisfecho a las víctimas, dado que el derecho alemán (el Derecho aplicable al accidente de circulación por carretera) reparte la responsabilidad entre ambos vehículos por los daños derivados de un accidente de tráfico causado por los mismos con independencia de si el remolque se desprende o no del vehículo tractor en el momento del accidente.

2. En la medida en que en la solución a la cuestión que se plantea concurren diversos aspectos jurídicos, el Tribunal de Justicia concluye que la identificación de la ley rectora del derecho de repetición de la aseguradora, que ha satisfecho la indemnización a las víctimas de un accidente de circulación rodada, contra la aseguradora de un eventual corresponsable del referido accidente está sujeta a una pluralidad de leyes. En primer lugar, a la ley aplicable a la responsabilidad delictual, conforme con los arts. 4 ss Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), puesto que a esta ley corresponde establecer quienes son los responsables de los daños así como el reparto de la reparación del daño entre los mismos. Y en segundo lugar, a la ley rectora del contrato de seguro celebrado entre la aseguradora y el asegurado, identificada según lo que establece el art. 7 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), como ley aplicable a la subrogación de la aseguradora *solvens* en los derechos de las víctimas. De este modo, sólo sobre la base de la existencia de una eventual responsabilidad solidaria entre los corresponsables, será entonces pertinente examinar la eventual subrogación de la aseguradora *solvens* en los derechos de las víctimas contra la aseguradora del corresponsable.

Con la conclusión que acabamos de exponer, el Tribunal de Justicia también descarta que el art. 14 b) de la Directiva 2009/103/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L nº 263 de 7.10.2009), incorpore una norma de conflicto aplicable a la acción de repetición entre entidades aseguradoras en circunstancias como las del litigio del que conoció el propio Tribunal. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia suscita diversas cuestiones interesantes que nos proponemos abordar en los epígrafes siguientes.

3. Como adelantamos unas líneas más arriba, el Tribunal de Justicia recurre a la regla de la subrogación legal del art. 19 del Reglamento 864/2007 para determinar si la aseguradora del vehículo tractor puede ejercitar el derecho de repetición contra la aseguradora del remolque (*vid.* el ap. 64 y el fallo de la Sentencia). En este caso, la aplicación de la referida regla del Reglamento 864/2007 obedece a la rela-

ción extracontractual que vincula a tales vehículos con las víctimas. Pero más allá de este dato interesa aquí detenernos en la subsunción del derecho de repetición en la regla de la subrogación legal del Reglamento 864/2007 (sobre el art. 19, *vid.*, entre otros, L. Mari, “La subrogación en el Reglamento (CE) N° 864/2007: aspectos problemáticos”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 267–276; A. Dickinson, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-contractual Obligations*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 618–620; M. Altenkirch, “Art. 19 Rome II”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 384–388; F. Rödl, “Article 19 Rome II”, en G.-P. Calliess, *Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, pp. 593–595).

Por lo que se refiere a la citada regla, la misma se aplica a los efectos de identificar la ley que debe regir el eventual ingreso del tercero (*solvens*) en la posición del acreedor. Esto es, el objeto de este precepto lo constituye el cambio en la posición acreedora a favor del *solvens*, quien estando obligado a satisfacer al acreedor o, habiéndolo ya hecho, quiera o pretenda ejercer los derechos que éste tenía contra el deudor conforme la ley que regía la relación acreedor–deudor. Por consiguiente, la regla de la subrogación legal presupone la existencia de una relación triangular entre el *solvens*, el acreedor y el deudor que, asimismo se halla presente en la regla de la responsabilidad múltiple establecida en el art. 20 del Reglamento 864/2007 en el contexto de la corresponsabilidad entre deudores [en relación con los puntos de encuentro entre los arts. 19 y 20 del Reglamento 864/2007, *vid.* I. Heredia Cervantes, “Las deficiencias de la regla de responsabilidad múltiple del Reglamento “Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 280–282. Sobre la interacción de ambos preceptos en el marco de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Ergo Insurance*, que comentamos, *vid.* J.J. Forner Delaygua, “Insurers and third parties in transnational disputes: teachings from the ECJ”, *Les banques et les assurances face aux tiers et les nouveautés en matière de faillite transfrontalière, Actes de la 28e Journée de droit international privé* (en prensa)]. Sin embargo, la diferencia entre ambas reglas estriba, como ha destacado una parte de la doctrina (por ejemplo, M. Altenkirch, *loc. cit.*, p. 385; D. Baetge, “Article 20 Rome II”, en G.-P. Calliess, *op. cit.*, p. 597; Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *RabelsZ*, vol. 67, 2003, p. 48), en la naturaleza de la obligación de indemnizar de los diferentes deudores frente a la parte acreedora. De este modo, en la medida en que los deudores se sitúan en plano diferente porque uno de ellos garantiza la deuda del otro, en tales casos, la regla de la subrogación legal debiera aplicarse al derecho del deudor *solvens* a reclamar compensación al codeudor. En cambio, la regla de la responsabilidad múltiple debiera utilizarse cuando los deudores respondieran de la deuda común en el mismo plano de igualdad por ser todos ellos deudores principales. Esta diferencia explicaría que el Tribunal de Justicia subsuma al derecho de repetición en la regla de la subrogación del art. 19 del Reglamento 864/2007, puesto que las aseguradoras intervienen en un segundo plano al garantizar la responsabilidad civil de sus asegurados (responsables materiales del siniestro).

4. Centrándonos pues en la identificación de la ley rectora del derecho de repetición, el Tribunal de Justicia señala, primero, que a la ley aplicable a la obligación extracontractual de los autores del daño respecto de la víctima corresponde identificar las personas responsables, así como el reparto de la responsabilidad entre las mismas (aps. 51, 53, 59 y 61 de la Sentencia); y segundo, que la ley rectora del contrato de seguro debe regir la eventual subrogación de las aseguradoras en los derechos de las víctimas en línea con lo que dispone el art. 19 del Reglamento 864/2007 cuando declara que la ley aplicable a la obligación del tercero de satisfacer al acreedor “determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones”. Para lo cual, con carácter previo, la citada ley rectora de los respectivos contratos de seguro debe establecer si las aseguradoras deben satisfacer la indemnización a la que se hubieren obligado por estar el siniestro cubierto por el referido contrato de seguro.

Una de las dos premisas sobre las que se sustenta el derecho de repetición de las aseguradoras lituanas de los vehículos tractor contra las aseguradoras de los respectivos remolques consiste en que la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, que tuvieron lugar en Alemania, prevea tanto la responsabilidad del titular del remolque como la responsabilidad solidaria entre éste y el titular del

vehículo tractor. Al respecto, convendría poner de relieve que para individualizar la ley rectora de los citados accidentes de circulación por carretera el Tribunal de Justicia sostiene la aplicación del Reglamento 864/2007, en particular, la aplicación de la regla general contenida en el art. 4.

Ahora bien, antes de pasar a examinar su aplicación al caso concreto objeto del comentario, nos gustaría señalar que Lituania, cuyos tribunales conocieron de las acciones de regreso de las aseguradoras *solvens*, es parte del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, de 4 mayo 1971 (BOE nº 264, de 4 noviembre 1987). A los efectos de resolver la interacción entre el citado Convenio de La Haya y el Reglamento 864/2007, el art. 28 de este Reglamento otorga preferencia al Convenio de La Haya de 1971, pero a pesar de ello, el Tribunal de Justicia solamente se refiere al Reglamento 864/2007 para determinar la ley rectora de los accidentes de circulación por carretera. La razón de la inaplicación del Convenio de La Haya de 1971 debemos encontrarla en el art. 2.5 del Convenio de La Haya de 1971 cuando excluye de su ámbito de aplicación “a las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguro” (ap. 28 de las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston). El Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1971, elaborado por el Sr. Eric Essén, precisa que las reclamaciones a las que se refiere la exclusión del art. 2.5 del Convenio consisten en los derechos de repetición (*recourse actions*) (“Report by Mr. Eric W. Essén, La Haya, Bureau Permanent de la Conférence”, *Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents, Explanatory*, 1970, p. 12). Por consiguiente, el desplazamiento del Convenio de La Haya de 1971 por el Reglamento 864/2007 está plenamente justificado por lo que atañe al derecho de repetición y a la subrogación en sí mismas. No obstante ello, a nuestro juicio, la identificación de la ley aplicable a los respectivos accidentes de circulación automovilísticos debiera continuar sujeta al Convenio de La Haya de 1971. De otro modo, la ley rectora de la responsabilidad del propietario o conductor del vehículo podría divergir en función de que la aseguradora ejercitara el derecho de subrogación o no.

A pesar de esta objeción, el Tribunal de Justicia, sin alusión alguna a la interacción existente entre ambos instrumentos normativos, recurre a la regla general del art. 4.1 del Reglamento 864/2007 para individualizar la ley rectora de sendos accidentes de circulación por carretera llegando a la conclusión de que la misma se corresponde con la ley alemana, en calidad de ley del país donde acaecieron los accidentes de circulación por carretera (ap. 53 de la Sentencia).

En definitiva, el Tribunal de Justicia aplica la regla general basada en la *lex loci damni*, en virtud de la cual la ley aplicable a una obligación extracontractual es la ley del país donde se produce el daño, con independencia del “país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. La interpretación de esta regla en sede de accidentes de circulación automovilísticos había sido acometida por el mismo Tribunal de Justicia un mes y medio antes en su sentencia en el asunto *Lazar* [Sentencia del 10 diciembre 2015, Asunto C-350/14. Sobre esta sentencia *vid.* los comentarios de P. Jiménez Blanco, “Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas (STJ de 10 diciembre 2015, asunto C-350/2014: Lazar)” *La Ley Unión Europea*, Nº 35, 31 marzo 2016, Año IV; J. Maseda Rodríguez, “Accidentes de circulación por carretera y art. 4.1 Reglamento Roma II: daños indirectos y víctimas indirectas”, *La Ley Unión Europea*, Nº 35, 31 marzo 2016, Año IV y G. Garriga Suau, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2016, Nº 2 (en prensa)], al que el propio Tribunal de Justicia se refiere en su argumentación para afirmar que, en los asuntos acumulados de los que conoce, la *lex loci damni* consiste en la ley del país donde se sufre el daño que deriva directamente del accidente (ap. 40 de la Sentencia). Como en los asuntos que comentamos, los accidentes de circulación automóvil tuvieron lugar en Alemania, la ley que los regula es la alemana.

Y en consonancia con el art. 15 del Reglamento 864/2007, a la ley así identificada corresponderá regular, entre otras cuestiones, “la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos” y el “reparto de la responsabilidad” (en particular, el art. 15, letras a y b del Reglamento 864/2007). Por ello, la ley extracontractual debe establecer el reparto de responsabilidad entre el titular del vehículo tractor y el titular del remolque.

5. Por otra parte, al aseverar la aplicación del art. 4 del Reglamento 864/2007 para individualizar la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, el Tribunal de Justicia niega que el art. 14 b) de la Directiva 2009/103/CE pueda incorporar una norma de conflicto dirigida a regular ni el reparto de la responsabilidad entre los eventuales responsables ni el derecho de repetición entre las aseguradoras (aps. 42 y 63 de la Sentencia). A nuestro juicio, que no pueda utilizarse el art. 14 b) de la Directiva 2009/103/CE como norma de conflicto para regular el reparto de responsabilidades resulta evidente, puesto que su ámbito de aplicación no es el de la responsabilidad civil, sino el del Derecho de los seguros, al regular la cobertura mínima que las aseguradoras deben comprometerse a prestar en la Unión Europea (J. Papettas, *Choice of Law for Cross Border Road Traffic Accidents*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Union, 2012, p. 9). Desde esta estricta perspectiva, todavía podría considerarse dicha disposición como norma de Derecho internacional privado, por cuanto establece la cobertura superior, entre la prevista por la legislación del país del accidente automovilístico y la prevista por la legislación del país de estacionamiento habitual del vehículo, que las aseguradoras deben comprometerse a garantizar (J. Papettas, *op. cit.*, p. 11) en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ámbito de aplicación circunscrito a los seguros obligatorios de vehículos con estacionamiento habitual en la Unión Europea que causan un accidente de tráfico en el territorio de la Unión (*vid.* el art. 3 de la Directiva 2009/103/CE). Ahora bien, la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual “[n]i de la redacción ni de los objetivos de la Directiva 2009/103 resulta que éste pretenda establecer normas de conflicto de leyes” descartaría esta posibilidad (ap. 40 de la Sentencia). Razón por la cual podría defenderse la aplicación de dicha disposición como norma de aplicación necesaria aplicable como regla correctora de las normas conflictuales rectoras de la cobertura del contrato de seguro (*vid.* al respecto B. Dubuisson y M. Fallon, “Les véhicules en circulation internationale et le droit international privé”, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, marzo 1991, Año 64, Nº 3, n. 11781, epígrafe 13. En este sentido, *vid.* STJ 25 octubre 2011, Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10: *eDate Advertising GmbH*, aps. 53 a 68).

6. La segunda premisa a la que el Tribunal de Justicia supedita el derecho de repetición de las aseguradoras *solvens* contra las aseguradoras de los remolques consiste en que efectivamente sea posible la subrogación de las primeras en los derechos de las víctimas. Al respecto, dos cuestiones deben analizarse: la primera se refiere a la obligación de las aseguradoras de asumir la indemnización conforme al contrato de seguro (aps. 54 y 55 de la Sentencia) que, a su vez, sería el presupuesto de la segunda, referida propiamente a la subrogación de las aseguradoras *solvens* en los derechos de las víctimas.

En relación con la primera de ellas, en su sentencia, el Tribunal de Justicia sujeta, como no podría ser de otra manera, la obligación de las aseguradoras de satisfacer la indemnización que corresponda a la ley rectora del contrato de seguro que hubieren formalizado con sus asegurados. Ciertamente, conforme con esta ley debe examinarse la cobertura que la aseguradora se obliga a prestar al asegurado. En otras palabras, la ley aplicable al contrato de seguro debe establecer, entre otras cuestiones, si la responsabilidad que se imputa al asegurado está asegurada o no por el contrato de seguro, esto es, cae dentro de la cobertura contratada y a la que se obliga la aseguradora. Sólo respondiendo afirmativamente a esta cuestión habrá lugar a pasar a analizar la cuestión de la subrogación de las aseguradoras *solvens* en los derechos de las víctimas.

Por lo que se refiere a la subrogación, el Tribunal de Justicia afirma al respecto que, conforme al art. 19 del Reglamento 864/2007, “la cuestión de la eventual subrogación en los derechos de la víctima estará regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, a saber, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima” (ap. 57 de la Sentencia). Seguidamente pasa a concluir que la ley aplicable a la obligación del tercero es “el Derecho nacional que regule el citado contrato de seguro, determinado con arreglo al art. 7 del Reglamento Roma I” (ap. 58 de la Sentencia). En el mismo sentido de someter la subrogación de la aseguradora de responsabilidad civil en los derechos de la víctima a la ley del contrato de seguro celebrado entre la compañía aseguradora y su asegurado se ha mostrado a favor una parte de la doctrina (*vid.*, por ejemplo, Hamburg Group for Private International Law, *loc. cit.*, p. 47; A. Dickinson, *op. cit.*, p. 619). Ahora bien, nos asalta la duda sobre si la asociación de la ley que impone al tercero la obligación de satisfacer al acreedor el correspondiente pago

con la ley rectora del contrato de seguro debiera ser automática o, por el contrario, para concretar la referida ley debiera analizarse el caso concreto de la obligación de pago. Planteamos este interrogante porque bien pudiera ser que la ley rectora del contrato de seguro sólo contemplara las denominadas acciones oblicuas o indirectas al amparo de las cuales la obligación que asume la aseguradora es la de indemnizar al asegurado para que éste, a su vez, entregue la referida indemnización al deudor perjudicado, o todavía que la ley rectora del seguro excluyera de su cobertura el siniestro controvertido pero, no obstante ello, la ley rectora de la admisibilidad de la acción directa obligara a la aseguradora a satisfacer la indemnización a la víctima por resultar inoponibles a ésta ciertas excepciones derivadas del contrato de seguro. Pues bien, como decíamos, si pusiéramos en conexión el ejercicio de la acción directa con el derecho de subrogación, podría suceder que la obligación de la aseguradora de satisfacer la indemnización directamente a la víctima no derivara de la ley rectora del contrato de seguro sino de la ley extracontractual que la víctima hubiere podido escoger para poder ejercitar la acción directa (O. Boskovic, “Le domaine de la loi applicable”, en S. Corneloup y N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Dijon, Litec, 2008, p. 191, nota 13; P. Franzina, “Il Regolamento R. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”)”, *Le nuove Leggi Civili commentate*, 2008, pp. 1036–1037, nota 260) a la vista de la alternatividad que le ofrece el art. 18 del Reglamento 864/2007 o, en su caso, según la ley que resultara de las conexiones en cascada recogidas en el art. 9 del Convenio de La Haya de 1971 sobre accidentes de circulación por carretera (sobre las diferencias entre ambos preceptos véanse, entre otros, A. Espiniella Menéndez, A., *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro, 2012, pp. 125–129). En tales casos, nos preguntamos si no debiera reinterpretarse, en el contexto del derecho de subrogación, la correspondencia mecánica de la ley rectora de la obligación del tercero con la ley aplicable al contrato de seguro para dar cabida a la ley rectora de la obligación extracontractual, como alternativa que contempla el art. 18 del Reglamento 864/2007, o la ley que determinara el art. 9 del Convenio de La Haya de 1971, cuando cualquiera de ellas, y no la ley rectora del contrato de seguro, fuera la que obligara a la aseguradora de responsabilidad civil a abonar directamente la indemnización al perjudicado acreedor por haber ejercitado éste la acción directa contra aquélla.

Y ello a pesar de que el interrogante que planteamos pueda perder en cierto sentido su relevancia en los supuestos de accidentes de tráfico intracomunitarios, como los que comentamos, habida cuenta de la generalización del derecho a ejercitar la acción directa que en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea consagra el art. 18 de la Directiva 2009/103/CE en relación con los accidentes de tráfico que caigan dentro de su esfera de aplicación (sobre la relación entre el art. 18 de la Directiva 2009/103/CE y el art. 18 del Reglamento 864/2007, *vid.* J. Papettas, “Direct actions against insurers of intra-community cross-border traffic accidents: Rome II and the motor insurance directives”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 8, 2012, nº 2, pp. 308–317; A. Espiniella Menéndez, *op. cit.*, p. 124). Por otra parte, ni la sentencia del TJ ni las Conclusiones de la Abogado General arrojan luz sobre si las aseguradoras de los vehículos tractor satisficieron sendas indemnizaciones a las víctimas como resultado de haber ejercitado éstas sendas acciones directas. Ni tampoco respecto a un eventual ejercicio de la acción directa por parte de las aseguradoras *solvens* frente a las aseguradoras de los remolques.

7. A modo de conclusión, el TJ aborda acertadamente la interrelación entre, por un lado, i) la ley rectora del contrato de seguro obligatorio de automóvil encargada de definir si la aseguradora se halla obligada por la póliza y además si puede subrogarse en los derechos de las víctimas de los accidentes de circulación rodada y, por otro lado, ii) la ley rectora de la obligación extracontractual controvertida que, en los asuntos objeto de comentario, deriva de los accidentes de circulación por carretera a la que corresponde, entre otros aspectos, identificar a los sujetos responsables así como el reparto de responsabilidad entre los mismos.

Ahora bien, mostramos nuestras dudas sobre si el esquema, en el que el Tribunal de Justicia basa sus respuestas a los supuestos concretos de los accidentes de circulación por carretera, puede aplicarse sin reservas a otros ilícitos civiles cubiertos por seguros de responsabilidad civil o incluso a los accidentes de circulación por carretera, cuando el ejercicio de la acción directa no se halle cubierto por la Directiva

2009/103/CE, en la medida en que la toma en consideración de la acción directa bien pudiera alterar la interpretación de la leyes aplicables, tal y como señalamos en líneas anteriores.

2016/37.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 21 enero 2016. Asuntos acumulados C-359/14 y C-475/14. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.– Determinación de la ley aplicable.– Reglamentos (CE) nº 864/2007 y (CE) nº 593/2008.– Directiva 2009/103/CE.– Accidente causado por un camión con remolque, estando cada vehículo asegurado por una compañía de seguros diferente.– Accidente ocurrido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se celebraron los contratos de seguro.– Acción de repetición entre las entidades aseguradoras.– Ley aplicable.– Conceptos de “obligaciones contractuales” y “obligaciones extracontractuales”.

Normas aplicadas: Art. 14, letra b) Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad; Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

[...]

58. Así, la obligación de la entidad aseguradora de cubrir la responsabilidad civil del asegurado respecto a la víctima que se deriva del contrato de seguro celebrado con el asegurado y las condiciones en las que la entidad aseguradora puede ejercer los derechos de la víctima del accidente contra las personas responsables del accidente depende del Derecho nacional que regule el citado contrato de seguro, determinado con arreglo al art. 7 del Reglamento Roma I.

59. En cambio, la ley aplicable a la determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables así como un eventual reparto de responsabilidad entre éstas y sus entidades aseguradoras sigue sujeta, de conformidad con el citado art. 19, a los arts. 4 y siguientes del Reglamento Roma II.

60. En particular, debe considerarse que, en el supuesto en que, según la ley aplicable en virtud de estas últimas disposiciones del Reglamento Roma II, la víctima de un accidente de tráfico causado por un vehículo de tracción con un remolque disponga de derechos tanto respecto al titular del remolque como de la entidad aseguradora de éste, la entidad aseguradora del vehículo de tracción, tras haber indemnizado a la víctima, disfruta de un derecho de recurso contra la entidad aseguradora del remolque en la medida en que la ley aplicable, según el art. 7 del Reglamento Roma I, al contrato de seguro establece una subrogación de la entidad aseguradora en los derechos de la víctima.

61. Por ello, corresponde a los órganos jurisdiccionales remitentes determinar, en una primera fase, cómo tienen que repartirse las indemnizaciones por daños y perjuicios que deben pagarse a las víctimas entre, por una parte, el conductor y el titular del vehículo de tracción y, por otra parte, el titular del remolque, de conformidad con las normas de Derecho nacional aplicables en virtud del Reglamento Roma II.

62. En una segunda fase, hay que determinar, de conformidad con el art. 7 del Reglamento Roma I, la ley aplicable a los contratos de seguro celebrados entre las entidades aseguradoras demandantes en el litigio principal y su asegurado respectivo, para saber si y en qué medida las citadas entidades aseguradoras pueden, por la vía subrogatoria, ejercitar los derechos de la víctima contra la entidad aseguradora del remolque.

63. Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede responder a las cuestiones planteadas que el art. 14, letra b), de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que esta disposición no contiene una norma de conflicto especial para determinar la ley aplicable a la acción de repetición entre entidades aseguradoras en circunstancias como las del litigio principal.

64. Los Reglamentos Roma I y Roma II deben interpretarse en el sentido de que la ley aplicable a una acción de repetición de la entidad aseguradora de un vehículo de tracción, que ha indemnizado a las víctimas de un accidente causado por el conductor del citado vehículo, contra la entidad aseguradora del remolque acoplado durante dicho accidente se determinará con arreglo al art. 7 del Reglamento Roma I si las normas de la responsabilidad delictual aplicables a dicho accidente en virtud de los arts. 4 y siguientes del Reglamento Roma II establecen un reparto de la obligación de reparación del daño.

[“ERGO INSURANCE” SE, REPRESENTADA POR “ERGO INSURANCE” SE LIETUVIS FILIALAS Y “IF P&C INSURANCE” AS, REPRESENTADA POR “IF P&C INSURANCE” AS FILIALAS (ASUNTO C-359/14), Y “GJENSIDIGE BALTIC” AAS, REPRESENTADA POR “GJENSIDIGE BALTIC” AAS LIETUVOS FILIALAS Y “PZU LIETUVA” UAB DK (ASUNTO C-475/14)]

DERECHO DEL TRABAJO

CONTRATO DE TRABAJO AL SERVICIO DE VARIAS EMPRESAS DE UN MISMO GRUPO

2016/38.— Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Segunda, Sentencia nº 461/2015, de 10 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Ruiz Pontones. JUR 2015\178469.

Contrato de trabajo.— Grupo de empresas.— Contratos sucesivos para distintas empresas del mismo grupo.— Trabajos desempeñados en el extranjero.— Competencia judicial internacional de los tribunales españoles.— Ley aplicable.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre 2007; Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980; Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 25 LOPJ.

[...]

No cabe acudir al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE 19.7.93 y BOE 6.4.99 que contiene la ratificación de España a la última versión) pues su materia, (ley aplicable a las obligaciones contractuales) es distinta y posterior al problema de decidir qué jurisdicción nacional es la competente para conocer del asunto (forum). El juez nacional que resulte competente, habrá de resolver el litigio determinando el ius aplicable, según las normas de Derecho internacional privado entre las que se encuentra el citado Convenio.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 septiembre 1998, dictada en recurso nº 4796/1997, y de 20 noviembre 1998 (RJ 1998, 10009), recurso 940/1998, ha señalado que “...”

En este sentido y partiendo de la antes expuesta diferenciación previa y necesaria entre el forum y el ius que efectúa de forma nítida el Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas, hemos de estar al criterio sostenido por la sentencias mencionadas de esta propia Sala que señalan que “los arts. 3.º, y 6.2º Convenio de Roma, no derogan lo dispuesto en la LOPJ, por referirse a materias distintas, puesto que los arts. 21 ss LOPJ regulan la competencia de los Jueces y Tribunales españoles, mientras que el Convenio de Roma tiene por objeto la determinación de la ley material aplicable, no pudiendo llevar a conclusión diferente la alusión a la elección por las partes de un Tribunal Extranjero, en el art. 3.º del repetido Convenio de Roma: “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la

de un Tribunal extranjero...”, pues en este último inciso se trata de una mera posibilidad, la de sumisión a un Tribunal extranjero, que no está en absoluto regulada por ese instrumento internacional, salvo en lo previsto en ese precepto, que en definitiva dispone que la sumisión a una ley extranjera, aunque fuera acompañada de la sumisión a un Tribunal extranjero, no puede afectar a las disposiciones imperativas del país en que están localizados todos los demás elementos de la situación. Aparte de esa previsión, el Convenio de Roma no regula, se insiste, en qué casos y con qué condiciones o alcance se puede pactar una cláusula de sometimiento a un Tribunal extranjero, ya que este problema es objeto de los Convenios de Bruselas y de Lugano, antes citados. No cabe sostener, en consecuencia, que los arts. 3.3º y 6.2º del Convenio de Roma deroguen los arts. 21 y 25 LOPJ y permitan la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales extranjeros.

Resulta hoy en día ociosa cualquier mención a nuestra normativa de fuente interna, debido a la incorporación del Convenio de Bruselas de 1968 a nuestro ordenamiento jurídico en 1991 (art. 96 CE).

El art. 1 del referido Convenio contempla el ámbito de aplicación material del Convenio: “...”.

A la vista del referido ámbito de aplicación material, el tipo de litigio ante el que nos encontramos puede ser considerado claramente como correspondiente a “materia civil y mercantil”. Y ello por cuanto el mencionado Convenio cuenta con soluciones específicas relativas a los contratos individuales de trabajo (arts. 5. Ap. 1º in fine, art. 6 y art. 17 nº 5 in fine), que carecerían de razón de ser de estimar que dentro de dicha materia no están incluidos los contratos de trabajo. Por otra parte debe advertirse que expresamente se excluye la Seguridad Social, materia tradicionalmente sometida al ámbito laboral, no pudiendo efectuar exclusión relativa al contrato de trabajo cuando la norma no excluye expresamente.

Por su parte, el art. 2 establece: “...”, el art. 5.1º “...”, y el 6, en lo que aquí interesa, dispone: “...”

Encontrándonos pues, dentro del ámbito de aplicación material y espacial del Convenio, éste es plenamente aplicable, en cuanto normativa que desplaza, en situaciones como las analizadas, las soluciones contenidas en la LOPJ, las cuales serían de aplicación para el supuesto de inexistencia de Convenios que regularan la materia, que no es el supuesto ahora examinado conforme a lo establecido en los antes citados arts. 1 y 2.

Así pues, resulta determinante el dilucidar cuál sea el domicilio de la empresa demandada y para ello quién o quiénes han sido empleadoras del demandante (...).

En los últimos ocho años, las empresas empleadoras han sido Tetra Pak Internacional S.A. y Tetra Pak Global Resources S.A. que tienen el domicilio en Suiza, y ha presta servicios en Nigeria y Kenia, sin que conste vínculo directo o indirecto con Tetra Pak Hispania S.A. En los documentos suscritos con las mismas se establece que se regirán por la ley suiza y que las disputas derivadas del contrato serán resueltas por un tribunal arbitral de tres miembros, de acuerdo con la norma de arbitraje de la Cámara de Comercio de Industria de Ginebra. Por tanto, se pactó una sumisión expresa a la jurisdicción suiza y al derecho sustantivo suizo. El hecho que se demande a Tetra Pak Hispania S.A. no implica atraer la competencia a la jurisdicción española pues las empresas forman parte de un grupo mercantil pero no con responsabilidad laboral.

Al no estar en presencia de un grupo de empresas con responsabilidad laboral debemos acudir a las normas de conflicto internacionales de jurisdicciones aplicables para valorar si los tribunales españoles son competentes. No es aplicable el Reglamento CE 44/2001, de 22 diciembre 2000, cuyo art. 19.1º dice: “...”

[...]

Tampoco es aplicable el Convenio Lugano II porque el lugar habitual de prestación de servicios durante los últimos meses ha sido en Lagos y Nairobi, nunca en España. Es cierto que los acuerdos con las empresas suizas eran para prestar servicios temporalmente, existiendo renovación en el primer contrato suscrito; esos acuerdos son contratos de trabajos suscritos entre el actor y las empresas suizas, sin intervención alguna de la empresa española, reconociéndose los servicios prestados en la empresa que tiene su sede en España para que no sufriese perjuicio alguno, sin que se efectuase mención a que pudiese reanudar su trabajo en el país de origen.

[...]

La competencia tampoco es de los tribunales españoles porque como ya hemos dicho los contratos celebrados con empresas suizas no fueron suscritos en España figurando al pie del documento en el que le comunican su nombramiento y las condiciones de traslado, como lugar y fecha “Lagos 18-6-06” (folio nº 258), y en acuerdo “Lagos 11.8.06”, sin que sea de aplicación el art. 18.2 del Reglamento CE 44/2001 que establece que: “Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro.”, porque no estamos en un conflicto derivados de la actividad realizada en España, que cesó ocho años antes de finalizar la prestación de servicios en Nairobi. Por tanto, no siendo competentes los tribunales españoles para conocer de la controversia suscitada procede desestimar los motivos, sin que proceda entrar a conocer de los restantes motivos formulados.

2016/39.–Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Auto de 17 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga. ROJ: ATS 6282/2015 – ECLI:ES:TS:2015:6282A.

Competencia de los tribunales españoles.– Trabajadora española contratada en Portugal para empresa portuguesa y prestar servicios en Portugal.– Grupo de empresas.– Empresa demandada domiciliada en Portugal.– Presunta prestación de servicios para empresa española del mismo grupo que la empresa demandada.

Normas aplicadas: Arts. 2, 5, 18 y 19 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 25 LOPJ; arts. 219 y 225 LRJS.

[...]

En efecto, no se puede atribuir competencia a los tribunales nacionales ni a través del foro general del domicilio del demandado, ni a través de los foros especiales por razón de la materia que, como se sabe, en el ámbito laboral remiten al Estado de prestación habitual de servicios o del último lugar en que lo hubiere desempeñado o donde hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador –en cuanto a la interpretación de la habitualidad, téngase en cuenta la TJCE 10-4-2003 (Pugliese, C-437/00), en el sentido de que, en materia de contratos de trabajo, el lugar en que el trabajador desempeña su trabajo es el único lugar de cumplimiento de una obligación que puede tomarse en consideración para determinar el tribunal competente–. No en vano, tratándose de un trabajador que ha prestado sus servicios “habitualmente” en un único Estado, estos han tenido lugar en Portugal –también es donde en palabras del TJ tenía lugar el cumplimiento de sus “obligaciones características”, esto es, el lugar de ejecución de la prestación de servicios (STJCE 6 octubre 1976, asunto De Bloos 14/76). Sólo en el caso de que los servicios habitualmente se hubieren prestado en diversos Estados, podría articularse una conexión competencial con España, con base en que en nuestro país estuvo, durante un tiempo, la base de operaciones de la empresa donde prestaba sus servicios (el lugar donde “estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”, en palabras del art. 19 Reglamento) pero no estamos en ese supuesto–.

Así las cosas, la actora pudo elegir entre los tribunales del Estado donde la demandada tiene su domicilio, o el del lugar habitual de su prestación de servicios, o el del último lugar donde lo hizo (“ante el 4 tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado”), pero en ningún caso en España, por no concurrir en territorio nacional ninguna de las circunstancias señaladas, remitiéndonos todas a los tribunales portugueses.

Las posibilidades ofrecidas al trabajador en el Reglamento se amplían aún más con la entrada de las reglas generales, por lo que ahora interesa, la que advierte que cuando el litigio se refiera a la

explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, será competente el tribunal del lugar donde esté sito. Regla que se completa en el ámbito laboral con la redefinición del domicilio del empresario demandado, advirtiendo que el trabajador que contrate con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado de la Comunidad, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, puede demandarle ante los tribunales de dicho territorio (art.18.2), aún cuando el litigio no traiga su causa en la explotación de esa sucursal o agencia.

De este modo, el trabajador podrá demandar al empresario con domicilio en un tercer Estado, ante los tribunales del Estado parte en el que se encuentre una sucursal o agencia, con independencia de la causa del litigio, y si el empresario tiene su domicilio en un Estado parte podrá ser demandado en otro Estado si tiene allí una sucursal o agencia, y el litigio trae su causa en la explotación de la misma. Término explotación, este último, que debe entenderse en sentido amplio, en el sentido de poder acudir a esta regla siempre que el contrato laboral en el que traiga su causa la demanda muestre alguna conexión con la agencia, sucursal o establecimiento, por ejemplo por ser el centro en el que se adoptó la decisión empresarial que el trabajador ataca en la demanda; el lugar de pago del salario; el lugar al que ocasionalmente fue enviado el trabajador cuando ataca esa decisión, etc. o el lugar de contratación cuando el trabajador presta servicios en un único Estado pues sino ya entraría el foro especial del lugar de contratación.

Esta regla podría generar ciertas dudas en el caso de autos en la medida en que, según parece, se trata de un grupo de empresas –aunque no sea patológico–, y alguna de ellas se encuentra en territorio nacional. Ahora bien, lo dicho, tampoco permite a los tribunales españoles declararse competentes, pues, como se acaba de señalar, la regla que remite a sucursal, agencia, o cualquier otro establecimiento – art. 18 Reglamento CE 44/2001– (lo que podría remitir a las empresas españolas del grupo en el caso de autos), sólo resulta de aplicación cuando el empresario no tuviere su domicilio en un Estado miembro, lo que como se ha venido diciendo no acontece en el caso de autos, en el que el empresario en cuestión está domiciliado en Portugal. Y la posibilidad de que si el empresario tiene su domicilio en un Estado parte sea demandado en otro Estado parte en el que tenga una sucursal o agencia (en este caso en España) queda condicionado a que el litigio traiga su causa en la explotación de la misma, lo que no sucede en el caso de autos, pues el pleito se refiere a la empresa sita en Portugal, sin que además la remisión a la agencia o sucursal sea comparable a la condición de empresa de un grupo, que es lo que sucede en este caso, pues la norma está pensando en representaciones de la misma empresa, no en empresas diversas aunque formen grupo.

Así las cosas el presente recurso debe ser inadmitido por falta de contenido casacional, al no ser competentes, tal como señala la sentencia recurrida, los tribunales españoles para el conocimiento de la reclamación de autos.

[...]

COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO CON TRABAJADOR EXTRANJERO QUE TIENE EN ESPAÑA SU CENTRO DE ACTIVIDAD

2016/40.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 4166/2015, de 25 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Revilla Pérez. AS 2016\365.

Competencia de los tribunales españoles.– Despido de un trabajador extranjero con permiso de residencia y domicilio en España, contratado por empresa con domicilio en Irlanda, para prestar servicios como tripulante de cabina de pasajeros a bordo de aeronaves con pabellón irlandés.– Base operativa en el Aeropuerto de Girona.– Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Irlanda. –Ley aplicable: ley española por ser la del país en el que el trabajador realiza el trabajo con más habitualidad y el que está situado el establecimiento o base al que está adscrito.

Normas aplicadas: Arts. 2, 4, 5 y 18 a 21 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 8 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 281 LEC; art. 193 LRJS.

[...]

Ahora debemos aplicar esta doctrina al caso que nos ocupa, y según se desprende de los datos fácticos contenidos en la sentencia, son los siguientes: el trabajador demandante, ciudadano extranjero con permiso de residencia y domicilio en España, donde reside en la ciudad de Girona, es contratado por empresa cuyo domicilio están en Dublín (Irlanda), para prestar servicios como tripulante de cabina de pasajeros a bordo de aeronaves con pabellón irlandés, y con base en el Aeropuerto de Girona, existiendo en el contrato de trabajo una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Irlanda.

En primer lugar se ha de decir, compartiendo literalmente la reflexión de la sentencia citada que: “Con respecto a la eficacia a efectos competenciales de la citada cláusula de sumisión expresa, –la que, en su caso, que sería prioritaria a la regla del domicilio–, resulta que, primero, no es posterior al nacimiento del litigio, y además, no proporciona fueros distintos de los generados por el art. 19 Reglamento CE 44/2001 (domicilio de las empresas y lugar de prestación de servicios) puesto que la cláusula de sumisión remite a los tribunales de Irlanda, que es el Estado miembro de la Unión Europea del domicilio de las dos codemandadas, por lo que sigue siendo prioritario el fuero del domicilio de las demandadas. Como se dispone en el antes transcrito art. 21 Reglamento CE 44/2001 y ha interpretado la jurisprudencia del TJ, entre otras, en la ya citada sentencia 19 julio 2012 (C-154/11) “...”. En consecuencia, el pacto de sumisión expresa a los tribunales de Irlanda que figura en el contrato de trabajo del demandante no tiene eficacia en el presente litigio para alterar las reglas generales competenciales establecidas en el Reglamento CE 44/2001, ya que, en definitiva, la citada cláusula remite a los tribunales de Irlanda, domicilio de las dos codemandadas, y en virtud de lo previsto en el art. 19 del RB I el trabajador podía elegir entre los tribunales del Estado donde las empresas codemandadas tenían su domicilio (Irlanda), o los del Tribunal donde hubiese prestado habitualmente sus servicios o ante los tribunales donde últimamente hubiere prestado sus servicios (en ambos casos Noruega, pues desde marzo de 2010 prestó servicios en las aeronaves de Ryanair con base en Oslo)”. Esto es algo que ya acepta la propia recurrente, que admite el fuero electivo, pero lo niega en la concreta circunstancia concurrente, tras afirmar que no concluye circunstancia que habilite como fuero electivo el de los juzgados y tribunales españoles, porque aunque se admite que los servicios se han prestado en distintos estados, no existe establecimiento de la demandada en España “que hubiere empleado al trabajador”, porque los servicios se han prestado a bordo de aeronave de pabellón irlandés.

También ahora no ayuda la sentencia citada cuando dice: “Con relación a la regla competencial de determinación relativa a la habitualidad en el Estado de prestación de servicios o del último lugar en que lo hubiere desempeñado o donde hubiere Estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”, en el presente caso no cabe entender que lo haya sido en España; debiendo interpretarse el art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, conforme a la antes citada STJCE 10 abril – 2003 (Pugliese, C-437/00), en el sentido de que, en materia de contratos de trabajo, el lugar en que el trabajador desempeña su trabajo es el único lugar de cumplimiento de una obligación que puede tomarse en consideración para determinar el tribunal competente. En efecto, no puede sostenerse que se trata de trabajador que no ha prestado sus servicios “habitualmente” en un único Estado, –con pretendido apoyo en que al comienzo de su prestación, en un inicial contrato entre junio de 2007 y marzo de 2010, la base de operaciones fue Madrid –, pues es lo cierto que la condición de habitualidad, interpretada como servicios prestados en el último periodo continuado de prestación de servicios, concurre en el Estado de Noruega, que es donde el trabajador prestó sus servicios desde el 03 marzo 2010 hasta su despido el día 17 enero 2011 y donde en palabras del TJ tenía lugar el cumplimiento de sus “obligaciones características”, esto es, el lugar de ejecución de la prestación de servicios (STJCE 6 octubre 1976, as. De Bloos 14/76). Sólo en el caso de que los servicios habitualmente se hubieren prestado en diver-

sos Estados, podría articularse una conexión competencial con España, con base en que en nuestro país estuvo, durante un tiempo, la base de operaciones de la empresa donde prestaba sus servicios (el lugar donde “estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”, en palabras del art. 19 Reglamento) pero no estamos en ese supuesto. Al respecto del concepto de habitualidad, es conveniente recordar que según la jurisprudencia del TJ, dicha habitualidad concurre en aquel lugar en el que se concentra la parte más importante del quantum total del contrato (STJCE 27 febrero 2002, as. Herbert Weber, C-37/2000), o el lugar donde tenga el trabajador su centro de operaciones o el lugar en el que el trabajador “cumpla principalmente sus obligaciones con respecto a la empresa” (STJCE 13 julio 1993, as. Mulox, C-152/92, para un caso en el que el trabajador tenía un despacho desde el que actuaba). Así pues, el actor pudo elegir entre los tribunales del Estado donde las codemandadas tienen su domicilio, o el del lugar habitual de su prestación de servicios, o el del último lugar donde lo hizo (“ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado”).

Aquí es dónde está el centro de la disputa y la cuestión a la que hemos de dar respuesta es la siguiente: ¿puede considerarse que el supuesto que nos ocupa es el establecido en el apartado b) porque la recurrente tenga establecimiento en España “que hubiere empleado al trabajador”?

La sentencia recurrida sostiene que sí, tras afirmar que el trabajador presta servicios con “base” en el Aeropuerto de Girona y que es en esta “base” donde se completaron las “obligaciones características” de la prestación de servicios.

También sobre este extremo contiene detallada reflexión la sentencia ya reiterada y que, cerrando el círculo de exégesis dice literalmente: “Si se pretendiera que acudiéramos, por su pretendida especificidad, a las reglas establecidas en materia de contrato de trabajo que asimilan al “domicilio” la sucursal, agencia, o cualquier otro establecimiento, por así contemplarlo el art. 18 Reglamento CE 44/2001, —que establece que “Cuando un trabajador celebrare un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviere su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que tiene su domicilio en dicho Estado miembro”—, resulta, también, pero como claramente el propio precepto se encarga de aclarar, que tal concepto de domicilio es solamente aplicable para los casos en los que se demande a empresas que no tengan su domicilio en un Estado miembro, lo que no es el caso que nos ocupa, y además tampoco, conforme a los hechos probados, consta que la oficina referida ubicada en el Aeropuerto de Madrid-Barajas quepa configurarla como “sucursal, agencia o establecimiento” tal como lo ha interpretado la jurisprudencia del TJ, en especial en la ya referida STJ 19 julio 2012 (C-154/11) que exige la concurrencias de dos presupuestos, el primero, “la existencia de un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz...” y “debe estar dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, quedan dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz”.

La existencia de la base de operaciones de la demanda en el Aeropuerto de Girona y la adscripción a la misma del trabajador, por más que los servicios no se presten en tierra y sí a bordo de la aeronave, permite concluir la existencia de “un centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz” y que habilita el fuero alternativo electivo que, con habilidad legal, elige el trabajador, con lo que el motivo del recurso ha de rechazarse y confirmarse el pronunciamiento de la sentencia que concluye, con corrección, en el análisis de la competencia de los juzgados y tribunales españoles.

El siguiente motivo de censura jurídica denuncia indebida aplicación de los art. 8.1º Reglamento de la CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio, en relación con el art. 281 LEC y de la doctrina del TECE contenida en sus resoluciones de 15 marzo 2001 y 15 diciembre 2011.

En definitiva y de forma baladí porque luego no pretende diverso pronunciamiento de fondo sobre la calificación jurídica del despido disciplinario o sobre el montante del crédito por liquidación, se sostiene que la Ley que debió aplicarse para la solución del debate debió ser la irlandesa porque a esta se habían sometido expresamente las partes.

No puede sin embargo compartir la Sala la conclusión del recurso, partiendo de la relación de hechos de la sentencia, las consideraciones realizadas al efecto por el órgano judicial de instancia, porque la Ley aplicable es la española en base al principio de territorialidad de la contratación y de los servicios prestados por el trabajador actor en España que ejerce vis atractiva de dicha normativa respecto a la irlandesa conforme a lo dispuesto en el art. 1 ET, el art. 11 del Cap. IV sobre Normas de Derecho internacional privado del Código civil y en el art. 8 Reglamento CE 593/08, de 17/6/08, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley aplicable a las relaciones individuales de trabajo, en sus aps. 1 y 2, en caso de conflicto de normas, y antes el Convenio de Roma, al que aquellas sustituyen, por ser la norma de Derecho español y no excluible por elección de la irlandesa por el trabajador, según disciplina el art. 8.1º, imperativa y de derecho necesario, por serle la norma más favorable en materia de extinción contractual, y siendo la que correspondería aplicar en caso de conflicto en defecto de ley elegida por las partes según los aps. 2 y 3 del art. 8, por ser la del país en el que, como ya dijimos, el actor realiza el trabajo con más habitualidad, y en su defecto, en el que está situado el establecimiento o base al que está adscrito, no resultando del conjunto de circunstancias enjuiciadas que el contrato entre las partes presente vínculos más estrechos con Irlanda, que permitiesen, ex art. 8.4º del citado Reglamento, la aplicación de la Ley irlandesa.

Como decimos en nuestra sentencia de 25 junio 2014: “El criterio de vinculación especial o más estrecha del contrato con el país de que se trate es un criterio relevante para la determinación de la ley aplicable como lo ha podido subrayar el propio Tribunal Supremo con remisión a los arts. 6.2º y 4.1º del Convenio de Roma que era aplicable (vid. STS 22 mayo 2001). En este punto el Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, sanciona, en relación al contrato de trabajo, que éste “se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el art. 3 “. Aunque, añadirá también, “dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los aps. 2, 3 y 4 del presente artículo”. Para el caso de que “la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.....(y) cuando no pueda determinarse, en virtud del ap. 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. Indicando finalmente, en su apartado cuarto, que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los aps. 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país “.

La ley aplicable podrá determinarse, cabe concluir así, basándose en el principio de libertad de elección aunque ello solo en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección. En este último caso, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente”.

Con base en estos parámetros, y a partir del citado registro de hechos, no podemos sino descartar la aplicabilidad siquiera de las normas legales irlandesas a las que pretende acogerse la recurrente. Y más aún cuando, incumpliendo la carga probatoria, no trajo prueba suficiente sobre cuál sería el cuerpo legal irlandés aplicable a las cuestiones sometidas a la consideración del juzgado sentenciador.

ALCANCE DE INMUNIDAD DE UN ESTADO EXTRANJERO EN UNA DEMANDA EN MATERIA LABORAL INTERPUESTA POR UN TRABAJADOR ESPAÑOL CONTRA UNA EMBAJADA EXTRANJERA

2016/41.– Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Sexta, Sentencia nº 586/2015 de 14 septiembre 2015. Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga. AS 2015\2092.

Competencia judicial internacional.– Demanda de un trabajador contra la Embajada de Turquía en España.– Relación no amparada por los actos realizados *iure imperii*.– Interpretación de las normas de competencia judicial internacional conforme a la jurisprudencia del TJ.– Proceso pendiente en Turquía entre las mismas partes, con el mismo objeto y por la misma causa.– Litispendencia.– Inhibición de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Arts. 1, 18 a 21 y 27 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

Respecto de la jurisdicción de los Tribunales españoles, en concreto del Juzgado de lo Social ante el que se presentó la demanda de despido en este proceso con fecha 8 enero 2014, resulta de aplicación lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que conforme a su art. 2 debe aplicarse por los Estados miembros de la Unión Europea si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, sin que sea obstáculo a ello su carácter de extranjero respecto de la UE, en este caso la Embajada de Turquía.

En este sentido citamos los aps. 38 a 41 de la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 19 julio 2012, nº C-154/2011, sobre un trabajador que prestaba servicios en la Embajada de la República Democrática y Popular de Argelia en Berlín, en los que se ha declarado lo siguiente: "...".

Respecto a la aplicación de las normas sobre competencia en materia de contratos individuales de trabajo, arts. 18 a 21 del Reglamento 44/2001, y en particular si la Embajada de Turquía puede considerarse un establecimiento de dicho Estado en España, procede asimismo citar los siguientes aps. 44 a 46 y 49 a 57 de la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 19-7-2012, nº C-154/2011 "...".

La parte recurrente insiste en que el demandante realizaba funciones o servicios estrechamente relacionados con la soberanía del Estado de Turquía accediendo a competencias y correspondencia de contenido reservado y que afecta a la seguridad del Estado. Pero en este aspecto hemos de estar a lo declarado probado en la sentencia del Juzgado de lo Social, ya que hemos rechazado el documento aportado consistente en transcripción parcial de la Ley de Funcionarios del Estado de Turquía. En los hechos probados de la sentencia de instancia no consta en modo alguno que el actor realizara funciones relacionadas con la soberanía, sino que por el contrario la juez de instancia ha declarado que la categoría del demandante era la de oficial administrativo y que la parte demandada no ha practicado ninguna prueba que indique que el demandante desempeñara otro tipo de funciones que afectaran a la soberanía estatal.

En lo relativo a si la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Ankara contenida en el contrato de trabajo puede ser un obstáculo a la competencia de los Tribunales de España, hay que referirse una vez más a la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 19-7-2012, nº C-154/2011, aps. 60 a 66, en el siguiente sentido: "...".

Sin perjuicio de todo lo anterior, no es posible que esta Sala desconozca las reglas previstas por el Reglamento nº 44/2001 para el supuesto de que la parte demandante haya acudido a los Tribunales de dos Estados diferentes que pueden resultar competentes, articulando una misma pretensión. En este sentido el ap. 15 del Preámbulo de dicho Reglamento expresa lo siguiente: "...".

Y así, dentro de la sección 9ª, Litispendencia y conexidad, el art. 27 establece lo siguiente: "...".

Sobre este precepto se ha pronunciado la sentencia Tribunal de Justicia (UE) Sala 3ª, S 27-2-2014, nº C-1/2013 que en sus aps. 40, 41 y 44 declara lo siguiente: "...".

Resulta de las actuaciones que el demandante presentó ante los Tribunales de Turquía – Ankara – una demanda de anulación de la decisión de la Embajada de Turquía de rescindir su relación laboral, que lleva fecha de 12 diciembre 2013, y asimismo ha presentado con fecha 8 enero 2014 ante los Tribu-

nales españoles, en concreto los Juzgados de lo Social de Madrid, habiendo correspondido al nº 8, una demanda de despido contra esa misma decisión de la Embajada de Turquía en España, comprobando esta Sala que se impugna el mismo acto con base en similares fundamentos, si bien aplicando en cada demanda la legislación sustantiva del Estado en que se presenta.

Resulta imperativo para este Tribunal la aplicación de lo dispuesto a tal efecto en el Reglamento nº 44/2001, que precisamente persigue impedir la duplicidad de vías judiciales ante distintos Estados cuyos tribunales pueden considerarse competentes, estableciendo un criterio claro como es el de la prioridad del Tribunal ante el que se presente la primera demanda. Tratándose de norma de regulación de la competencia judicial internacional en el marco de la Unión Europea, establecida en un Tratado comunitario, no puede ser obstáculo a lo anterior la omisión en el recurso de cita expresa del precepto aplicable, el art. 27 del Reglamento nº 44/2001.

Por ello es preciso anular la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y declarar que procede la inhibición de los Juzgados y Tribunales de España a favor de los del Estado de Turquía. Se acuerda en consecuencia la estimación del recurso en estos términos sin que resulte preciso analizar el resto del contenido del motivo y resto de motivos del recurso.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución.

**LEGISLACIÓN NACIONAL QUE ESTABLECE UNA GARANTÍA DE LOS CRÉDITOS
SALARIALES IMPAGADOS DE LOS MARINEROS APLICABLE ÚNICAMENTE EN
CASO DE ABANDONO DE ÉSTOS EN EL EXTRANJERO**

2016/42.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 25 febrero 2016. Asunto C-292/14. Ponente: A. Prechal.

Directiva 80/987/CEE.– Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.– **Ámbito de aplicación.**– Créditos salariales impagados de marineros enrolados a bordo de un buque con pabellón de un tercer Estado.– **Empresario** que tiene su sede estatutaria en ese tercer Estado.– **Contrato de trabajo regido por el Derecho de ese mismo tercer Estado.**– **Quiebra del empresario declarada en un Estado miembro en el que aquél tiene su sede real.**– **Legislación nacional que establece una garantía de los créditos salariales impagados de los marineros aplicable únicamente en caso de abandono de éstos en el extranjero.**– **Nivel de protección no equivalente al establecido por la Directiva 80/987.**

Normas aplicadas: Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

[...]

71. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 80/987 debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la eventual aplicación del art. 1, ap. 2, de esa Directiva, los marineros residentes en un Estado miembro y contratados en ese Estado por una sociedad que tiene su sede estatutaria en un tercer Estado, pero cuya sede real se halla en el Estado miembro en cuestión, para trabajar en un crucero propiedad de esa sociedad que enarbola pabellón del tercer Estado, en virtud de un contrato de trabajo que establece que el Derecho aplicable será el de ese tercer Estado, tienen derecho, después de que la referida sociedad sea declarada en quiebra por un órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuestión con arreglo al ordenamiento jurídico de este último, a beneficiarse de la protección prevista por la Directiva para los créditos salariales impagados de que son titulares frente a esa sociedad. [...]

77. Pues bien, a este respecto, ha de apuntarse que un empresario puede encontrarse en estado de insolvencia en el sentido de la Directiva 80/987 sin que por ello los marineros que haya contratado hayan de ser además objeto de abandono en el extranjero en las condiciones establecidas por las referidas disposiciones nacionales.

78. De ello resulta que, en tal situación, que corresponde precisamente a la de los trabajadores de que se trata en el litigio principal, esas mismas disposiciones no establecen que se abone a los trabajadores sus créditos impagados, garantía que, sin embargo, constituye, tal como resulta del primer considerando de la Directiva, el objetivo esencial de ésta (véase, en este sentido, la sentencia Comisión / Grecia, C-53/88, EU:C:1990:380, ap. 20).

79. En estas circunstancias, la disposición nacional considerada no garantiza a los trabajadores que se encuentran en una situación como la de los recurridos en el litigio principal una protección equivalente a la que resulta de la Directiva 80/987.

80. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 1, ap. 2, de la Directiva 80/987 debe interpretarse en el sentido de que, en lo que respecta a los trabajadores que se encuentran en una situación como la de los recurridos en el litigio principal, una protección como la establecida en el art. 29 Ley 1220/1981 para el caso de abandono de marineros en el extranjero no constituye una "protección equivalente a la que resulta de [esa] Directiva", en el sentido de la referida disposición.

[ELLINIKO DIMOSIO Y STEFANOS STROUMPOULIS, NIKOLAOS KOUMPANOS, PANAGIOTIS RENIERIS, CHARALAMPOS RENIERIS, IOANNIS ZACHARIAS, DIMITRIOS LAZAROU, APOSTOLOS CHATZISOTIRIOU]

DERECHO MARÍTIMO

TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

2016/43.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 20/2016, de 19 enero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer. TOL5.675.290.

Contrato de transporte internacional de mercancías por vía marítima.– Conocimiento de embarque.– Cláusula de sumisión a la jurisdicción de la *English High Court of Justice in London*.– Posibilidad de plantear demandas ante otra jurisdicción.– Naturaleza exclusiva de la sumisión a los tribunales ingleses.– Interpretación global de la cláusula jurisdiccional.– Fraude de ley o abuso de derecho en la interposición de la declinatoria de jurisdicción: no.

Normas aplicadas: Art. 23 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

La declinatoria por falta de jurisdicción internacional. La interpretación de la cláusula 23 del conocimiento de embarque.

[...]

En este sentido, la cláusula se compone de tres frases. La que comienza el párrafo es una cláusula de sumisión expresa a la jurisdicción de otro Estado, habitualmente usada en el transporte marítimo internacional y que, en sí misma, no plantea dudas de legalidad.

El cdo. 14º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (vigente en la fecha de celebración del contrato, así como del supuesto incumplimiento y de presentación de la demanda), recordaba la necesidad de respetar la autonomía de las partes de un contrato, que no sea de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, en los que sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento.

Y en consonancia con esta reflexión, el art. 23.1º del mencionado Reglamento establecía que, si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Y el mismo precepto aclaraba que “[E]sta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes”.

La STS 116/2007, de 8 de febrero (ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta), aunque con relación a análogo precepto del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, razonaba en relación con la validez y eficacia de este tipo de cláusulas: “...”.

En el supuesto enjuiciado, la cláusula de atribución de competencia se ha estipulado por escrito y se ha incorporado en un conocimiento de embarque que documenta un contrato de transporte marítimo internacional, en el que una de las partes tiene su domicilio en Chile y otra en España, es decir, en un Estado miembro de la Unión Europea, atribuyéndose el conocimiento de los conflictos que pudieran derivarse del cumplimiento del contrato a la jurisdicción de los Tribunales ingleses, por lo que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos en el citado art. 23 Reglamento 44/2001, para considerar que la cláusula de atribución de competencia es válida y eficaz para producir el efecto derogatorio de la competencia de los tribunales españoles.

Las discrepancias surgen a la hora de analizar la segunda de las frases de la cláusula (“Si, sin perjuicio de lo anterior, se iniciasen cualesquiera procedimientos en otra jurisdicción, tales procedimientos deberán ser sometidos a tribunales ordinarios de justicia”).

La parte demandante argumenta que dicha mención evidencia que no estamos ante una cláusula que establezca la competencia exclusiva a favor del Tribunal Superior de Justicia de Londres, sino que ante un fuero alternativo, que permite ejercitar acciones en cualesquiera otras jurisdicciones, siempre que las mismas se planteen ante las Cortes ordinarias, con exclusión, por tanto del arbitraje, haciendo incluso constar, en la tercera frase y a modo de ejemplo, la posibilidad de que dichas acciones sean ejercitadas en el lugar de domicilio de la naviera (Chile).

En otras palabras, la actora sostiene que, si bien en la primera frase de la cláusula parece remitir a la jurisdicción de Inglaterra, lo cierto es que la segunda claramente habilita a las partes a ejercitar las acciones que correspondan a cualesquiera otras jurisdicciones, bajo la única condición de que las mismas sean sometidas a los tribunales ordinarios, a lo que se añade el hecho de que, en numerosas ocasiones, la propia “Compañía Sud Americana de Vapores, S.A.” ha asumido la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles, tanto en calidad de demandante como de demandada, lo que permite extraer la conclusión de que la interpretación que la propia naviera CSAV da a la cláusula es que permite accionar en cualquier jurisdicción.

La Sala no comparte esta interpretación porque conduce al absurdo. Si la intención de los contratantes hubiera sido establecer un fuero alternativo tan genérico no tendría sentido que se introdujera la cláusula en cuestión porque hubiera bastado el silencio para que resultaran de aplicación, por omisión, las reglas generales, y, entre ellas, la de sumisión tácita. Precisamente, si se incorpora la estipulación sobre atribución de competencia, y, además, en unos términos tan claros como se observa en la primera frase, es porque las partes quisieron abordar de manera expresa esta cuestión y atribuir el conocimiento de las cuestiones que pudieran derivarse de la relación contractual a la jurisdicción de un Estado en particular (art. 1284 Cc).

Por otra parte, en el caso de que el propósito de las partes contratantes hubiera sido la de excluir el arbitraje, tampoco hay duda de que así lo hubieren hecho constar, en lugar de exceptuar esta posibilidad exclusivamente cuando la acción se ejercitara en Chile. Excepción, la prevista en la última frase de la cláusula, que viene a corroborar que la oración anterior no tenía por finalidad amparar la posibilidad del ejercicio de acciones ante cualesquiera tribunales ordinarios y excluir el arbitraje, ya que, si así fuera, no tendría ningún sentido la última frase.

Téngase en cuenta que nos hallamos ante entidades mercantiles de cierta magnitud, que actúan en el sector de actividad que les es propio y en el que están acostumbradas a desenvolverse conforme a los usos del comercio internacional, por lo que tenían forzosamente que conocer el contenido y alcance de la estipulación, la cual no pretendía establecer introducir un pacto que, por su generalidad, careciese de sentido, sino aclarar que, cuando no fuera de aplicación el acuerdo inicial de atribución de competencia (por ejemplo, porque se tratara de un Estado que no admitiese la competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de Londres), las acciones únicamente podrían ser planteadas ante los tribunales ordinarios, sin que en ningún caso pudieran ser conocidas por árbitros, obedeciendo la última frase a que el Estado del domicilio de la naviera es justamente Chile.

La hermenéutica expuesta es, por otra parte, compartida por la jurisprudencia inglesa. Así, en la sentencia de la High Court de Londres de 26 febrero 2015, en el caso *Hin-Pro International Logistics Limited* (apelante) contra *Compañía Sud Americana De Vapores S.A.* (apelada), se abordó el sentido y alcance de una cláusula idéntica a la que nos ocupa y empleada en un conocimiento de embarque suscrito por la misma compañía naviera que en el caso enjuiciado, concluyendo el Tribunal de Apelación que la única interpretación plausible era la de que las partes habían pactado la atribución de competencia exclusiva a la jurisdicción inglesa (cf. aps. 60 a 82, donde se contienen las conclusiones).

Más concretamente, en los apartados 67 a 69 de la referida sentencia se argumenta: "...".

[...]

Las consideraciones realizadas llevan a la Sala a concluir que la cláusula nº 23 del conocimiento de embarque atribuye en exclusiva a la jurisdicción inglesa el conocimiento de los procedimientos a que pudiese dar lugar la interpretación y aplicación del contrato de transporte celebrado entre las partes.

El supuesto abuso de derecho o fraude de ley en el planteamiento de la declinatoria internacional.

Subsidiariamente, la parte demandante alega que la pretensión deducida incurre en abuso de derecho porque, siendo así que el propietario y destinatario de la mercancía es una sociedad con domicilio en España (Vigo), que la entidad a la que como transitaria se le encomendó la organización del transporte está igualmente domiciliada en España, que la demandante interviene al haberse subrogado en la posición del propietario al que indemnizó los daños causados en el producto, que el contrato origen de la reclamación tenía por finalidad el transporte de una mercancía con destino a España..., sin que, por el contrario, exista elemento de conexión de ninguna clase con el Reino Unido, es evidente que la declinatoria carece de fundamento al postular el conocimiento del litigio a un foro que no guarda relación alguna con las partes ni con el contenido obligacional del contrato.

El motivo no puede ser acogido porque va contra la razón de ser de la existencia de las cláusulas de atribución de competencia exclusiva que, como afirma la STS 116/2007, de 8 de febrero (ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta), tienen un efecto derogatorio de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles.

Ciertamente, la cláusula en cuestión provoca que al demandante le resulte más incómodo o más costoso tener que litigar en el extranjero. Pero debe asumir las consecuencias cuando dicha estipulación formaba parte de las condiciones en las que se contrató el transporte.

[...]

DIVORCIO

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO DE NACIONALES EXTRACOMUNITARIOS

2016/44.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 466/2015, de 30 junio 2015. Ilma. Sra. Dª María Isabel Cámara Martínez. AC 2015\1435.

Demanda de divorcio.– Cónyuge demandante español y con residencia habitual en España discutida.– Demandado norteamericano.– Ausencia de residencia habitual común.– Régimen aplicable: Reglamento 2201/2003 o art. 22 LOPJ.– Declaración de ausencia de competencia judicial internacional en cualquier caso.– Demanda posterior planteada en EE UU.– Ley aplicable al divorcio.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 22.3º LOPJ/1985; art. 107 Cc.

[...]

Entraremos a examinar en primer lugar la competencia de los Tribunales Españoles para conocer del procedimiento de divorcio instado por la actora porque de no ser así resultará innecesario entrar a examinar los demás motivos objeto de recurso.

Dicho esto, compartimos, el criterio del demandado negando competencia a los Tribunales Españoles habiendo interpuesto la correspondiente Declinatoria de jurisdicción por no concurrir los requisitos para que los tribunales españoles sean los competentes conforme a las reglas del art 3 del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En efecto la extensión y límites de la Jurisdicción Española para concretar y determinar la competencia de los Tribunales Españoles en el Orden Jurisdiccional Civil viene determinada por la LOPJ art. 21–, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil– artículo 36 –, preceptos de los que se desprende que los tribunales españoles son también competentes para el conocimiento de conflictos que se susciten en territorio español entre extranjeros con arreglo a lo establecido en la propia LOPJ y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte. En este sentido, cierto es que la LOPJ y la propia LEC determinan la extensión y límites de la jurisdicción, pero debe también considerarse que los reglamentos comunitarios son obligatorios en todos sus elementos y resultan directamente aplicables en los Estados Miembros de la Unión Europea de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a constituir derecho interno de cada uno de los estados miembros. Siendo esto así, es evidente que el repetido Reglamento número 2201/2003 de 27 de noviembre sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de obligada aplicación en nuestro país desde el día 1 marzo 2005 establece una norma de obligado cumplimiento por encima de la propia LOPJ cuya vigencia se produce a salvo de lo que dispongan tratados o acuerdos internacionales. En dicho Reglamento, en su art. 3.1 a) se establece expresamente que en los asuntos entre otros relativos al divorcio la “competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandado si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del estado miembro en cuestión. No recoge el citado precepto ninguna limitación, ni restricción en la aplicación de esta norma, ni por tanto condiciona su aplicación.

[...]

Es cierto que pese a estas posturas antagónicas, son datos objetivos que: 1) los cónyuges eran de nacionalidad distinta en el momento de interposición de la demanda; 2) no tenían residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda; 3) que la última residencia habitual común del matrimonio estaba en Oregón y en dicho lugar continua residiendo el demandado; 4) los hijos menores comunes del matrimonio nacieron en España en fecha ... de 2011 y desde el mes noviembre 2011 se hallan empadronados en nuestro país, habiendo residido desde entonces junto con su madre. De donde se sigue que al tiempo del nacimiento estuvieron en posesión de la residencia habitual de los progenitores que era la del Estado de Oregón.

Dicho esto es, el instrumento legal con el que contamos es el Reglamento 2201/2003 que contiene normas de Derecho internacional privado en relación a dos ámbitos materiales, la disolución del vínculo matrimonial y la responsabilidad parental. Las normas sobre separación judicial, divorcio y nulidad no se han modificado de manera sustancial desde que fueron negociadas a finales de los años 90. Se trata de normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones. Establecen, por consiguiente, de una parte, los criterios que han de permitir a los tribunales de los Estados miembros conocer de las demandas de separación judicial, nulidad y divorcio en supuestos de tráfico jurídico externo y, de otra, las reglas para que las sentencias dictadas en un Estado miembro pueden producir efectos en los demás Estados miembros. Es importante poner de relieve que tanto las normas de competencia como las de reconocimiento y ejecución se refieren estrictamente a la disolución del vínculo y no abarcan a las cuestiones accesorias.

El segundo ámbito material abordado en el Reglamento 2201/2003 es la responsabilidad parental, noción autónoma muy amplia que, como ha tenido que aclarar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluye incluso medidas que en el Derecho interno tienen el carácter de medidas de Derecho público, además de la guarda y custodia, los derechos de visita, la tutela y curatela, etc. (art. 1.2º del Reglamento). El criterio de competencia judicial internacional preponderante es la residencia habitual del niño (art 8) si bien se admite la posibilidad de prórroga; notablemente para otorgar competencia a los tribunales del divorcio cuando las cuestiones de responsabilidad parental se plantean como cuestiones accesorias en el marco de un proceso de disolución del matrimonio de los progenitores del niño (art. 12). Se establece además la posibilidad de que el juez competente transmita el asunto a un juez mejor situado. (art 15)

De donde sigue que en cuanto a la competencia relativa a la disolución del matrimonio se ha de estar al art. 3 del Reglamento que establece. 1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: – la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda”.

Estas exigencias no se cumplen dado que los conyugues eran de nacionalidad distinta en el momento de interponer la demanda; los cónyuges no tenían residencia habitual común en España; la última residencia habitual común estaba en Oregón. Además la demandante reconoce no haber residido durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, y si bien ambos coinciden en el dato de que la madre se halla en España desde finales del mes agosto 2011 no fué hasta el mes noviembre 2011, cuando la demandante se empadrona en España, solo tres meses antes de la interposición de la demanda en febrero de 2012.

Es cierto que no nos encontramos ante un conflicto de competencia entre dos estados miembros de la CE, pero en cualquier caso, cuando el conflicto se plantea entre un ciudadano español no residente y otro extracomunitario tampoco residente, ante un Tribunal español, rige en realidad nuestro sistema conflictual encarnado en el art. 22.3º LOPJ que por defecto niega la jurisdicción a nuestros Tribunales. En la situación de ambos solo sería competente la jurisdicción española en el supuesto de una demanda

de mutuo acuerdo o interpuesta por uno con el consentimiento del otro, lo que obviamente no ha sucedido.

En todo caso se llega a la misma conclusión si acudimos a la vía del art 7 del repetido Reglamento (competencia residual) que establece que “...”

Así las cosas, no existiendo duda que el domicilio común del matrimonio era EE UU al tiempo presentación demanda, es clara la falta de competencia de los Tribunales españoles por cuanto tampoco se cumplen las exigencias del art 22.3 LOPJ, lo que conlleva a la correlativa competencia de los Juzgados y Tribunales del estado de Oregón.

En cuanto a la legislación aplicable se llega a la misma conclusión, tampoco es aplicable la española, sino de la del Estado de Oregón, al no tener ambos cónyuges su residencia habitual en España, y ser este el último domicilio de los Cónyuges a los efectos del art. 107 Cc que establece la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

Consecuentemente, carece la jurisdicción española para conocer del presente procedimiento de divorcio.

De otro lado de conformidad con el art 8 del repetido Reglamento que regula la competencia de los Tribunales en cuanto a la responsabilidad parental, y cuyo ámbito de aplicación viene determinado por la residencia del menor, tampoco resultan competentes los Tribunales españoles al establecer que “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. Ya hemos dicho que al tratarse de recién nacidos la residencia habitual de éstos es de la de sus padres, y por tanto es clara por tanto también en cuanto a la responsabilidad parental la falta de competencia de los Tribunales españoles y la correlativa competencia de los Juzgados y Tribunales del estado de Oregón.

En estas condiciones sin perjuicio de no tener competencia para declarar la disolución del matrimonio, ni las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, en aras a proteger los intereses de los hijos menores entendemos que las medidas cautelares previas al divorcio en virtud de Auto de 17 abril 2012 deben quedar vigentes hasta que se pronuncien los Tribunales del Estado de Oregón.

NOTA

1. La demandante, de nacionalidad española, contrajo matrimonio con el demandado, nacional de un tercer Estado no miembro de la UE –que no concreta la sentencia–, en agosto de 2010, estableciendo, ambos, su domicilio común en el Estado de Oregón, adonde ella se trasladó poco antes de contraer matrimonio. Justo un año después, en agosto de 2011, en avanzado estado de gestación de gemelos, la demandante se trasladó a España, para dar a luz al mes siguiente en compañía de su familia y asistida por su médico de confianza. En el mes de noviembre, la demandante se empadronó junto a sus hijos menores en Barcelona. En enero de 2012, el demandado, que no se empadronó en Barcelona, regresó a EE UU, haciendo uso de uno de los billetes de vuelta reservados para tal fecha, a diferencia de la esposa que permaneció en España. El 24 febrero 2012 ésta interpuso demanda de divorcio y medidas coetáneas entre las que se encontraba la custodia de los menores. Con posterioridad, el 15 mayo 2015, el esposo interpuso demanda de divorcio en el Estado de Oregón. Tales hechos, presentados aquí de forma objetiva, resultan esenciales para determinar la competencia de los tribunales españoles y, más concretamente, para interpretar la residencia habitual de la demandante y de los menores que, adelantamos ya, desde nuestro punto de vista son interpretadas de forma errónea por la Audiencia Provincial de Barcelona, en esta sentencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada el 26 abril 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Barcelona.

2. La Audiencia acoge los argumentos de la parte demanda –recurrente–. Concretamente, el demandado interpuso en su día declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles –que fue desestimada mediante Auto dictado por el tribunal de instancia–, basándose literalmente en “la ausencia de intención originaria de ambos cónyuges de residir en España” y en “la falta de voluntad absoluta del demandado de residir en España”. A ello añadió que la esposa no tuvo intención de residir en España hasta que se inscribió en el padrón municipal (noviembre de 2011), pues su voluntad inicial (agosto 2011) era regresar a EE UU una vez hubiera dado a luz (septiembre 2011), para lo que había reservado billetes de vuelta. Sin embargo, aunque el recurrente admitió que la demandante tuvo residencia habitual en España desde noviembre de 2011, tres meses antes de interposición de la demanda, concluyó que “el último lugar de residencia habitual de los cónyuges o la residencia habitual del demandado nos remite a los EE UU y a la jurisdicción de ese país (sic)” [FJ 1º].

3. De ello deduce la Audiencia la incompetencia de los tribunales españoles por no concurrir los requisitos establecidos en el art. 3.1º Reglamento (CE) 2201/2003, considerando que el mismo “establece una norma de obligado cumplimiento por encima de la propia LOPJ cuya vigencia se produce a salvo de lo que dispongan tratados o acuerdos internacionales”. Si bien comienza señalando que su aplicación no está sometida a ninguna limitación o condición de aplicación [FJ 2º], por lo que parece que está admitiendo –acertadamente– su carácter universal, termina titubeando cuando se plantea la posible aplicación de los foros del art. 22.3º LOPJ de 1985 vigente en la fecha de interposición de la demanda, pues no sabe si aplicarlos al caso como foros residuales del art. 7 del Reglamento o como foros subsidiarios. De ahí los confusos términos del FJ 4º de la sentencia: “cuando el conflicto se plantea entre un ciudadano español no residente y otro extracomunitario tampoco residente, ante un Tribunal español, rige en realidad nuestro sistema conflictual encarnado en el art. 22.3º LOPJ que por defecto niega la jurisdicción a nuestros Tribunales... En todo caso se llega [a] la misma conclusión si acudimos a la vía del art 7 del repetido Reglamento (competencia residual)”. Volveremos sobre este argumento *infra*, cuando analicemos la residencia habitual de la demandante española.

4. El FJ 4º de la sentencia termina negando la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio, en términos dignos de un pasatiempo de los siete errores, al menos. Concretamente afirma que “no existiendo duda que el domicilio común del matrimonio era EE UU al tiempo presentación demanda, es clara la falta de competencia de los Tribunales españoles por cuanto tampoco se cumplen las exigencias del art. 22.3º LOPJ, lo que conlleva a la correlativa competencia de los Juzgados y Tribunales del Estado de Oregón” (sic). El párrafo debe ser desgornado cuidadosamente y puesto en relación con otras afirmaciones de la sentencia, pues los errores son de distinta naturaleza y todos –salvo los ortográficos y sintácticos, que también abundan– son merecedores de atención pormenorizada, a lo que nos dedicaremos a continuación.

5. Concluir que no existe duda de que el matrimonio tenía su domicilio común en EE UU al tiempo de interposición de la demanda no puede resultar la consecuencia directa de la afirmación que la misma Audiencia ha realizado con anterioridad, considerando, entre otros “datos objetivos”, que, a pesar de que los litigantes mantenían posiciones antagónicas sobre la residencia habitual del matrimonio, los cónyuges “no tenían residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda” y “la última residencia habitual común del matrimonio estaba en Oregón y en dicho lugar continua residiendo el demandado”. Parece tratarse de una conclusión a la que ha llegado la Audiencia tras valorar el certificado de matrimonio aportado por el demandado: sin embargo, éste sólo prueba que los cónyuges fijaron su domicilio en el Estado de Oregón en el momento de la celebración del matrimonio. Entre esa fecha (agosto de 2010) y el momento procesal oportuno al que se refiere la sentencia (la interposición de la demanda en febrero de 2012), había transcurrido un año y medio, en el que se sucedieron acontecimientos que ya no permitían considerar que el matrimonio seguía manteniendo su residencia habitual común en el Estado de Oregón, que con toda probabilidad pasó a convertirse en el último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, en el que siguió residiendo tan solo el marido demandado.

Nos referimos al traslado de la esposa a España, en agosto de 2011, seis meses antes de la interposición de la demanda, el nacimiento de los hijos en septiembre y el empadronamiento de los mismos y de la madre en Barcelona a comienzos de noviembre del mismo año, tres meses antes de interposición de la demanda. Es decir, a partir agosto 2011 la demandante española permaneció ininterrumpidamente en España, además alegó en el procedimiento que su intención desde el traslado era fijar aquí el domicilio familiar [FJ 3º i]. Entre todos los datos objetivos, tan solo cabría discutir este último argumento de la demandante, porque uno de los cónyuges no puede modificar unilateralmente la residencia habitual del matrimonio. Hemos de tener en cuenta que el cónyuge demandado afirmó que nunca tuvo voluntad de residir en España, lo que parece venir corroborado por el hecho de que él no se empadronó y además volvió a la última residencia habitual común en el Estado de Oregón. En cualquier caso, la Audiencia deduce que la intención originaria de la mujer era trasladarse temporalmente a España para estar asistida durante el parto por sus familiares y su médico de confianza [FJ 3º K y FJ 4º].

6. Desde nuestro punto de vista y en contra de la interpretación que hace la Audiencia, el hecho de que la esposa no pueda designar unilateralmente la residencia habitual común de los cónyuges no significa que no pueda decidir la suya propia, surgida una crisis matrimonial, y eso es lo que parece no tener en cuenta la Audiencia, pues en ningún caso indaga si la demandante española tuvo, y desde qué momento, residencia habitual en España. Tan sólo hizo referencia a que “si bien... la madre se halla en España desde finales del mes agosto 2011 no fue hasta el mes noviembre 2011, cuando la demandante se empadrona en España, solo tres meses antes de la interposición de la demanda en febrero de 2012” (sic) [FJ 4º].

Precisamente el foro de la residencia habitual del demandante nacional durante los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda se introdujo, entre los siete foros alternativos del art. 3.1 del Reglamento, con objeto de facilitar la interposición de la demanda al cónyuge que regresa a su país una vez surgida la crisis matrimonial (Informe Borrás, DO C 221, de 16 julio 1998, p. 38, nº 32). Esta facilidad dada al demandante se explica en el contexto del *favor divortii*, al que responde la multiplicidad de foros alternativos del art. 3.1 del Reglamento (STJCE de 16 julio 2009, *Hadadi*, aps. 48 y 49). La exigencia de un período mínimo de seis meses, a su vez, impide que sea considerado exorbitante (vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Navarra, Civitas–Thomson–Reuters, 2016, p. 450). En la sentencia de la Audiencia no se hace referencia a si la crisis matrimonial había surgido de hecho antes de su regreso a España o una vez aquí. Lo único que sabemos es que la Audiencia considera el empadronamiento de la demandante y los hijos, el momento de inflexión que divide el período de seis meses anteriores a la presentación de la demanda en dos períodos de tres: en el primero considera que “se halla” en España sin deseo de residir, simplemente para dar a luz entre las personas de su entorno familiar y social, y en el último aprecia ya una decidida voluntad de residir en España que expresa más claramente cuando intenta determinar la residencia de los hijos (vid. *infra*). Sin embargo, la Audiencia no entra a valorar en ningún momento dicha residencia de los últimos tres meses a efectos de atribuir competencia a los tribunales españoles, en virtud del foro residual de la residencia habitual del demandante español, contenido en el art. 22.3 LOPJ en vigor en el momento de interposición de la demanda. En efecto, la sentencia de la Audiencia ignora en todo momento ese foro –sí alegado por la parte demandante y tenido en cuenta por la sentencia de instancia para fundamentar la competencia de los tribunales españoles, aunque de forma confusa–, como si no existiera y no fuera diferente al contenido en el art. 3.1º del Reglamento que, a diferencia de aquél, queda sometido al límite temporal mínimo de 6 meses (vid. en este sentido, SAP A Coruña, sección 4ª, nº 32/2006, de 8 de marzo, F. J. 3º). La Audiencia sólo se refiere al art. 22.3º LOPJ para descartar su aplicación, señalando –erróneamente, pues no tenían nacionalidad común– que “en la situación de ambos solo sería competente la jurisdicción española en el supuesto de una demanda de mutuo acuerdo o interpuesta por uno con el consentimiento del otro, lo que obviamente no ha sucedido” [FJ 4º].

7. El criterio de la residencia habitual no suele venir definido en los textos internacionales, ni lo hace el Reglamento (CE) 2201/2003, que tampoco remite su determinación a los Derechos nacionales. Por tanto, y en la medida en que el objetivo del Reglamento es unificar las normas de todos los Estados

miembros, sus términos deben ser interpretados de forma autónoma y uniforme, en atención al contexto, los objetivos y a la función que deban cumplir sus normas, (SSTJ de 2 abril 2009, as. C-523/07: A, aps. 34 y 35; de 22 diciembre 2010, as. C-497/10 PPU, *Mercredi*, aps. 44-46; y 9 octubre 2014, as. C-376/14 PPU, *C y M*, ap. 50), que son distintos a los que responden las normas de otros Reglamentos (STJ 2 abril 2009, as. C-523/07: A, ap. 36) e incluso difieren en el mismo Reglamento, dependiendo de que se refieran a la competencia de los tribunales en materia matrimonial o de que lo hagan respecto a la responsabilidad parental [A. Richez-Pons, “Habitual Residence Considered as an European Harmonisation Factor in Family Law (Regarding the Brussels II-bis Regulation)”, en K. Woele-Boelki, *Common Core and Better Law in European Family Law*, Amberes, Intersentia, 2005, pp. 355-360, esp. p. 356], como analizaremos a continuación.

En cualquier caso, hemos de comenzar señalando que la residencia habitual es un concepto fáctico que indica el lugar en el que la persona fija de manera voluntaria y estable su centro de vida social y familiar, o el “centro permanente y habitual de sus intereses” (Informe Borrás, cit., nº 32). Dicho rasgo precisamente ha justificado su elección como foro universal, desprovisto de particularismos jurídicos nacionales (D. Masmejan, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Ginebra, Librairie Droz, 1994, pp. 90-91). Sin embargo, es precisamente ese carácter el que dificulta su determinación por parte de los tribunales y autoridades, en un caso concreto, porque exige la toma en consideración de elementos de hecho. En este sentido, la residencia es un lugar, pero también es un vínculo. En cuanto lugar expresa una proximidad geográfica y permite localizar a una persona. Lo que exige la presencia durante un determinado período de tiempo (elemento cuantitativo). Pero, a su vez, expresa el vínculo real que une a la persona con el medio social en el que se integra, una pertenencia fáctica (elemento cualitativo), alejada de cualquier ficción jurídica —a diferencia de la nacionalidad y el domicilio— (A. Richez-Pons, “Habitual residence...”, *loc. cit.*, pp. 355-360).

En efecto, con carácter general, el elemento fáctico o cuantitativo de la residencia habitual exige una presencia real, estable y duradera, para distinguirlo de la mera presencia. Sin embargo esa duración no tiene por qué ser cuantificable a priori, puede variar, dependiendo de la relación jurídica considerada y del caso concreto. A diferencia del foro de la residencia habitual del demandante nacional, del art. 3.1º del Reglamento, que exige un período de seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, ni el legislador español ni la jurisprudencia española exigen un período mínimo para apreciar la existencia de residencia habitual. La intención de permanecer de manera duradera suple la exigencia de un mínimo de tiempo; es precisamente esa intención la que confirma la estabilidad de la residencia y constituye una prueba de su existencia: pues a pesar de tratarse de una presencia breve, existe en el interesado la intención de instalarse por un largo período de tiempo [A. Richez-Pons, *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)*, Thèse, Lyon, Université Jean-Moulin, 2004, p. 178-183], sin que sea relevante que siga inscrito en registros oficiales de otro país [A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Granada, Comares, 2016, p. 240].

En el caso que nos ocupa, la Audiencia entiende que “lo único que sucedió a priori fue el traslado temporal de la madre a Barcelona como consecuencia de haber quedado embarazada y quedándole un mes escaso para el parto quiso ser atendida por su familia y médico de confianza” (FJ 3º i). Es decir, utiliza la intención supuesta —en contra de la expresada por la propia interesada [como ya hemos señalado, “la parte demandante esgrime que el último domicilio conyugal...ha sido el sito en Barcelona..., pues el traslado de Barcelona por la demandante tuvo la intencionalidad de permanencia de la familia en España” (FJ 3º k)]—, para neutralizar negativamente el elemento fáctico y reducir así el período de residencia de la demandante de seis a tres meses inmediatamente antes de la interposición de la demanda. Dicha residencia de tres meses y la intención decidida de residir, expresada mediante el hecho concluyente del empadronamiento, es admitida por el demandado (FJ 1º) y acogida por la Audiencia (FJ 4º). Sin embargo, como ya hemos señalado supra, no ha sido considerada a efectos de aplicar el foro residual de la residencia habitual del demandante español, contenido en el art. 22.3º LOPJ y aplicable en este caso vía art. 7 del Reglamento, pues el demandado no es nacional ni residente en un Estado miembro del Reglamento [interpretación ya defendida en su día por quien suscribe este comentario (R. Caro Gándara,

“Algunos problemas derivados del ámbito de aplicación personal del Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 14, enero 2002, pp. 263–264) y que posteriormente ha sido confirmada por la STJ 3ª 29 noviembre 2007, as. C–68/07: *Sundelin López*, nº 22].

8. Para terminar con los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia en materia matrimonial, tenemos que señalar que ésta considera que “[en] cuanto a la legislación aplicable tampoco es aplicable la española, sino de la del Estado de Oregón, al no tener ambos cónyuges su residencia habitual en España, y ser este el último domicilio de los Cónyuges a los efectos del art. 107 Cc” (*sic*) [FJ 4º]. Es decir, entiende aplicable el art. 107 Cc [pues la demanda se interpuso en febrero de 2012 y el Reglamento (UE) 1259/2010 se aplica a partir del 21 junio 2012, en virtud de sus arts. 18 y 21], a pesar de que acaba de concluir *supra* que no son competentes los tribunales españoles y que “correlativamente” los son los del Estado de Oregón, por errónea extensión trasatlántica de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento (UE) nº 2201/2003. Lo que significa que, también por errónea extensión trasatlántica del art. 107 Cc español, considera que esos tribunales, los del Estado de Oregón, aplicarían su Derecho interno para resolver el divorcio. Estas sorprendentes afirmaciones contenidas en la sentencia de la Audiencia nos conducen a pensar que hemos pasado del “imperialismo jurisdiccional” de décadas no tan lejanas (del derogado art. 51 LEC/1881) al “imperialismo legislativo” de nuestras normas de Derecho internacional privado –de competencia judicial internacional y de ley aplicable–, de fuente tanto institucional cuanto interna.

9. Para determinar la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental respecto de los dos hijos recién nacidos, derivada del divorcio, la sentencia aplica el art. 8 Reglamento (CE) 2201/2003 cuyo ámbito de aplicación –no tenemos claro si se refiere al del Reglamento o al del artículo– considera viene determinado por la residencia habitual de los menores. Es necesario señalar al respecto que el ámbito de aplicación personal o espacial del Reglamento en materia de responsabilidad parental –como en materia matrimonial–, es universal, es decir, se aplica por los tribunales de los Estados miembros con independencia de que los menores afectados tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro o en el de un tercer Estado (R. Caro Gándara, “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, *AEDIPr*, t. V, 2005, p. 399). Esta afirmación inicial tiene que ser matizada en la práctica teniendo en cuenta la regla de compatibilidad que establece el art. 61 del Reglamento, en virtud del cual, “en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 el Reglamento se aplicará cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro”. Y ésta es la cuestión principal a dirimir en este caso. La Audiencia considera que “los hijos menores comunes del matrimonio nacieron en España en [septiembre] de 2011 y desde el mes noviembre 2011 se hallan empadronados en nuestro país, habiendo residido desde entonces junto con su madre. De donde se sigue que al tiempo del nacimiento estuvieron en posesión de la residencia habitual de los progenitores que era la del Estado de Oregón” entendiendo que “al tratarse de recién nacidos la residencia habitual de éstos es de la de sus padres, y por tanto es clara por tanto también en cuanto a la responsabilidad parental la falta de competencia de los Tribunales españoles y la correlativa competencia de los Juzgados y Tribunales del estado de Oregón” (*sic*) [FJ 4º].

La Audiencia llega a estas sorprendentes conclusiones, carentes de toda lógica, sin tener en cuenta la consolidada jurisprudencia del TJ que establece que los órganos jurisdiccionales nacionales deberán determinar el sentido y alcance de la residencia habitual del menor en un Estado miembro, a efectos de aplicar el art. 8 del Reglamento, en función del interés superior del menor y, en particular, del criterio de proximidad (considerando duodécimo del Reglamento). Concretamente el TJ ha señalado que, además de la presencia física, deben tener en cuenta otras circunstancias que indiquen que la misma no tiene carácter ocasional y que la residencia supone integración en un entorno social y familiar: en particular la duración, la regularidad, las condiciones y las razones del traslado y de la permanencia en el territorio de un Estado miembro, la nacionalidad del menor y las relaciones familiares y sociales que los menores mantienen en dicho Estado. En este sentido ha señalado que para distinguir la residencia habitual de una

mera presencia temporal, la residencia debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente. Sin embargo, a efectos de su determinación –y a diferencia de la residencia habitual del demandante en los litigios en materia de crisis matrimoniales– el Reglamento no prevé una duración mínima. Por lo que la duración sólo puede servir como indicio de la estabilidad de la residencia, para cuya evaluación resulta esencial, en caso de traslado, la voluntad del responsable parental de fijar en el nuevo Estado el centro permanente o habitual de sus intereses, con la intención de conferirle un carácter estable (SSTJ 2 abril 2009, as. C-523/07: A, aps. 35-44; 22 diciembre 2010, as. 497/10 PPU: *Mercredi*, aps. 47-51; y 9 octubre 2014, as. C-376/14 PPU: C y M, aps. 50 y 53), lo que se infiere de circunstancias externas como puedan ser, en este caso, el empadronamiento de la madre y sus hijos en Barcelona, tres meses antes de interposición de la demanda. Además, cuando, también como en este caso, los menores son recién nacidos o lactantes bajo la guarda efectiva de su madre (el padre retornó a EE UU en enero, un mes antes de que la madre interpusiera la demanda) resultan muy relevantes las razones del traslado de la madre, los conocimientos lingüísticos de ésta, sus orígenes geográficos y familiares, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y los menores en dicho Estado miembro (STJ de 22 diciembre 2010, as. C-497/10 PPU, *Mercredi*, aps. 52-56).

Si la Audiencia hubiera tenido en cuenta toda esta batería de argumentos a la vista de las circunstancias del caso (la voluntad expresada por la madre de establecer la residencia –familiar– en España, corroborada por su empadronamiento junto con sus hijos tres meses después de venir –o mejor dicho volver– a España y tres meses antes de interponer la demanda, su origen geográfico, familiar y cultural español del que salió poco antes de contraer matrimonio y al que retornó solo un año después), desde nuestro punto de vista, tendría que haber concluido –como hizo el Juzgado de Primera Instancia– que los menores, junto con su madre, tenían residencia habitual en España.

Por el contrario, entender, como hace la Audiencia, que “al tratarse de recién nacidos la residencia habitual de éstos es de la de sus padres” [FJ 4º], supone haber aplicado un concepto formal de residencia habitual más propio de la noción de domicilio dependiente de algunos ordenamientos jurídicos (A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs., *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2016, p. 493), entre los que ni siquiera se encuentra el español, pues el art. 40 Cc establece que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual; lo que significa que en nuestro ordenamiento jurídico el domicilio se configura a partir del concepto fáctico de la residencia habitual (J.M. Espinar Vicente, “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, nº 1, p. 5) y no al contrario. Téngase en cuenta que los menores nunca habían pisado los EE UU de América y, a la vista de todas las circunstancias del caso, la situación no era coyuntural. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, la Audiencia reconduce y equipara erróneamente la residencia habitual de la demandante y de sus hijos a la última residencia habitual común del matrimonio (en el Estado de Oregón).

10. Pero si, a pesar de todo, la Audiencia dudaba si los menores tenían su residencia habitual en EE UU o la tenían en España, podría haber aplicado el art. 6.2º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [vid. Informe Lagarde, nº 45 (<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2943>)], que atribuye competencia a las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse (las reglas del Convenio son aplicables si el menor no reside en un Estado miembro del Reglamento, en virtud de la cláusula de compatibilidad del art. 61 de este último). Esta misma solución, contenida en el art. 13 del Reglamento ha sido contemplada por el TJ en casos en los que no quedaba claro si el menor residía en uno u otro Estado miembro de la UE vinculados por el Reglamento (SSTJ 2 abril 2009, as. C-523/07: A, y 22 diciembre 2010, as. 497/10 PPU: *Mercredi*, aps. 43 y 57, respectivamente).

Incluso, en última instancia, aunque la Audiencia hubiera considerado –erróneamente, insistimos– que los menores residían en el Estado de Oregón, debería haber seguido indagando otra eventual competencia de los tribunales españoles en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 (en virtud de la regla de compatibilidad del art. 61 Reglamento) y si en éste no hubiera encontrado ningún precepto que le

atribuyera competencia, ya que el Convenio no le obliga a declararse incompetente (*vid.* en este sentido, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs., *Derecho internacional privado*, vol. II., *op. cit.*, p. 513), podría haber acudido a los foros residuales (Informe Lagarde, nº 39 y 84) de la LOPJ de 1985 vigente en el momento de interposición de la demanda, en cuyo art. 22.3º habría quedado fundada la competencia de los tribunales españoles, ya que en este caso la demandante es española; y todo ello al margen de la consideración que dicho foro haya venido mereciendo en materia de responsabilidad parental (*vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 394). En cambio y lejos de contemplar algunas de estas soluciones, la Audiencia niega la competencia de los tribunales españoles y declara la “correlativa” competencia de los tribunales del Estado de Oregón, también en materia de responsabilidad parental; lo que desde el punto de vista técnico merece el mismo rechazo que ya hemos manifestado supra en relación a la atribución de competencia a esos mismos tribunales en materia matrimonial, ya que supone una vulneración de la soberanía de los EE UU.

Concluye la Audiencia que “sin perjuicio de no tener competencia para declarar la disolución del matrimonio, ni las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, en aras a proteger los intereses de los hijos menores entendemos que las medidas cautelares previas al divorcio en virtud de Auto de 17 abril 2012 deben quedar vigentes hasta que se pronuncien los Tribunales del Estado de Oregón” (*sic*). Pero no fundamenta su competencia para adoptar tales medidas cautelares en ningún texto. Pues bien, siguiendo con su lógica errónea de que los menores residen en EE UU, en virtud de la regla de compatibilidad contenida en el art. 61 del Reglamento, debería haberse basado en los arts. 11 y 12 del Convenio de La Haya de 29 octubre 1996, que atribuye competencia a los tribunales del Estado donde se encuentren los niños, para adoptar medidas urgentes y provisionales de protección de su persona o de sus bienes.

11. Por último, consideramos que negar en este caso competencia a los tribunales españoles para conocer tanto del divorcio cuanto de la responsabilidad parental accesoria, desde nuestro punto de vista, supone una flagrante denegación de justicia a la demandante, que vulnera el art. 24.1º CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción (STC 61/2000, de 13 de marzo, FF. JJ. 3 y 4) y una falta de consideración del interés superior de los menores, que informa los criterios de competencia internacional en materia de responsabilidad parental, incluido el principio de proximidad contenido en la regla de la residencia habitual de los mismos (considerando duodécimo del Reglamento). Más aún si tenemos en cuenta la doctrina constitucional en virtud de la cual un error manifiesto en la apreciación de los hechos que conforman un criterio de competencia, como en este caso la residencia habitual de la demandante y de los menores en España, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si dicho error conduce a una declaración de incompetencia de los tribunales españoles [STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 6º d)]. Todo ello incluso en el caso de que se declararan competentes los tribunales del Estado de Oregón en virtud de sus normas de competencia judicial internacional, por los costes procesales desproporcionados que supondría para la esposa acudir a los mismos como demandada, si finalmente conocieran de la demanda interpuesta posteriormente por el marido. Lo que da por hecho la Audiencia, aplicando erróneamente las normas que determinan la competencia de los tribunales de los Estados miembros vinculados por el Reglamento, condición que, evidentemente USA no tiene. Impactados, aún, por los últimos acontecimientos políticos europeos, tan solo imaginamos un escenario en el que ello fuera posible: una novela distópica en la que el “Brexit” viniera acompañado de un “USin”. Con este comentario jocoso, posiblemente poco atinado y en todo caso muy absurdo, pretendemos hacer una reflexión en voz alta, que es un grito de impotencia: ¿Cuánto tiempo vamos a tener que esperar hasta que todos nuestros tribunales, especialmente los de rango superior, apliquen correctamente las normas de Derecho internacional privado? Se nos acaba la paciencia... Y la esperanza.

Rocío CARO GÁNDARA *

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad de Málaga.

**LEGISLACIÓN BOLIVIANA QUE CONTEMPLA PLAZOS TRAS LA CELEBRACIÓN
DEL MATRIMONIO PARA LA SOLICITUD DEL DIVORCIO**

2016/45.– Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 471/2015, de 1 septiembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Ana Belén Iracheta Undagoitia. JUR 2015\265278; Roj: SAP BI 1681/2015 – ECLI:ES:APBI:2015:1681.

Demanda de separación matrimonial instada por uno solo de los cónyuges.– Solicitud con base en la ley española.– Ley aplicable.– Legislación boliviana que no contempla la separación a petición de uno sólo de los cónyuges transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.– Desestimación de la demanda.

Preceptos aplicados: Arts. 9 y 107 Cc.

[...]

A falta de modificación del art. 9 Cc y dado que el párrafo segundo establece como primera norma reguladora de los efectos del matrimonio la ley personal común, debe entenderse que tal ley también regirá la separación y divorcio, que es lo que establecía el art. 107 en su redacción anterior a la reforma.

En el caso la demandante y el demandado son naturales y nacionales de Bolivia, que es el país en el que se celebró el matrimonio. Por tanto, la ley nacional común de los esposos es la de Bolivia, y conforme a esta ley deberá aplicarse la demanda de separación formulada. El Código de familia de Bolivia reconoce la separación y el divorcio, sin que se aprecie que la regulación que se hace de estas instituciones sea discriminatoria, y en este sentido se señala que las causas de separación son las mismas para ambos esposos, tampoco que atente al orden público nacional, entendido como conjunto de principios jurídicos públicos y privados, políticos y morales, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social.

Y es que el hecho de que las causas de separación establecidas en la legislación de Bolivia no coincidan con las establecidas en la legislación española no se colige que sean contrarias al público español. La cuestión es que la demanda de separación se fundamentó en la normativa española, concretamente en el art. 81 Cc, y conforme a la legislación de Bolivia, que contempla la separación causal o de mutuo acuerdo, no cabe la separación a petición de uno sólo de los cónyuges transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

En consecuencia, procede desestimar la demanda y confirmar la resolución recurrida.

**EFFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. APLICACIÓN DEL
DERECHO ESPAÑOL. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS
A LOS EFECTOS QUE CAEN BAJO SU COMPETENCIA**

2016/46.– Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera. Sentencia nº 27/2015, de 6 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado. RJ 2015\4645.

Matrimonio.– Divorcio y efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.– Determinación de los alimentos para los hijos.– Asignación de la guarda y custodia así como de los derechos de visita.– Legislación aplicable.– Matrimonio contraído en Ecuador por nacionales de dicha república que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad.– Aplicación de tres distintos instrumentos jurídicos: Reglamento Roma III, para el divorcio; Convenio de La Haya de 1996, para la custodia, y Protocolo de La Haya de 2007, para los alimentos.– Ley española en todos los casos.– Remisión a un sistema plurilegislativo.– Aplicación del Derecho civil aragonés en todos los casos por remisión de los instrumentos aplicables.

Normas aplicadas: Arts. 8.a) y 15 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; arts. 5.1°, 46 y 48 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 3.1° y 16 Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 noviembre 2007.

Esta Sala ha de resaltar la falta de un examen de cual sea la legislación aplicable al caso en ambas instancias, y ello pese al manifiesto elemento de extranjería existente en el litigio, que consiste en la nacionalidad de los cónyuges y de su hija común, todos ellos con residencia habitual en España, así como el lugar de celebración de matrimonio –la ciudad de Quito (Ecuador)–, y a la exigencia de orden público proclamada por el art. 12.6° Cc, que obliga al Juzgador a aplicar de oficio la normas de conflicto de leyes dirigidas a establecer cuál sea la legislación aplicable en el caso de que concurra algún elemento de extranjería.

Así, la demanda cita cumulativa e indistamente preceptos Cc y del CDFA, y ninguna de las sentencias de la instancia hacen cuestión sobre la legislación aplicable, de tal modo que la primera aplica explícitamente normas de Derecho común y de Derecho civil propio de esta Comunidad, y la de apelación se basa tan solo en estas últimas normas, pero sin dar razón de ello.

Pues bien, en el caso, como se dice, se trata de un matrimonio contraído en Ecuador por nacionales de dicha república que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad.

Así las cosas, el art. 8.a) Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 Cc hasta la Ley 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del art. 5.1° Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, y a los alimentos, por así resultar del art. 3.1° del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, en ambos casos por razón de la residencia de la menor.

Decidida la ley española como aplicable, tan sólo resta por determinar si lo es la aragonesa o la común, cuestión que ha de ser resuelta a favor de la primera por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 Cc, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010.

En consecuencia, el recurso ha de ser decidido de acuerdo con la legislación aragonesa, que es la única aplicada por la Sala, y la única que se dice vulnerada en el recurso de que conocemos.

RELEVANCIA DE SENTENCIA MARROQUÍ DE DIVORCIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN ESPAÑA

2016/47.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia n° 661/2015, de 20 octubre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Raquel Alastruey Gracia. JUR 2015\281610.

Divorcio declarado por tribunal español.– Apelación en torno a las medidas adoptadas respecto de las visitas y alimentos al hijo común.– Competencia judicial internacional.– Determinación de la ley aplicable.– Relevancia del divorcio pronunciado en Marruecos entre los mismos cónyuges y con disposiciones en relación con el hijo común: no.

Normas aplicadas: Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judi-

cial; Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 mayo 1997; art. 22.3º LOPJ.

[...]

A fin de decidir sobre la impugnación de la sentencia efectuada por el demandado, que debe resolverse con carácter previo al recurso de la apelante, cabe analizar la competencia de los Tribunales españoles y la ley aplicable.

En cuanto a la ley aplicable, el Reglamento UE 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, establece que la ley designada en Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante (art. 4) proclamando así el principio de aplicación universal como forma de dotar de seguridad jurídica y protección a las personas que residen en el ámbito de la Unión, cualquiera que sea el país de procedencia. En base a ese principio universal debe atenderse a las normas del mencionado reglamento para determinar la ley aplicable al presente caso, dado que ambos litigantes son residentes en el espacio común.

En él se da prioridad a la ley que hubieran podido convenir los cónyuges para que rija su divorcio o separación matrimonial (art. 5), siempre que sea la de residencia habitual, la ley nacional o la ley del foro; pero dicho convenio de elección de la ley aplicable a la separación y divorcio no debe confundirse con la ley aplicable al matrimonio. La ley que rige el matrimonio lo es para establecer su gestión mientras dura y en este caso los litigantes se casaron bajo la vigencia de las leyes marroquíes según consta en su certificación de matrimonio, pero no convinieron sobre la ley que convenían aplicar a su divorcio o separación, es decir, a los efectos de la ruptura matrimonial.

A falta de elección de las partes, establece el art. 8 que el divorcio estará sujeto a la ley del Estado a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual... siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda.

En el presente caso, al tiempo de contraer matrimonio en el Consulado marroquí de Barcelona, ambos litigantes, de nacionalidad marroquí, eran residentes en Rubí y en Santa Coloma de Gramanet, respectivamente; establecieron su residencia común en Rubí, según consta en el certificado de nacimiento del hijo común que ocurrió en el Hospital de Terrassa; al tiempo de interponer la demanda de divorcio Doña. Adelina continuaba residiendo en Rubí y finalmente Don. Miguel Ángel ha fijado domicilio en Terrassa. En consecuencia ambos cónyuges tenían su residencia común en Catalunya y al tiempo de interponerse la demanda por la esposa, ésta y el hijo común continuaban teniendo el mismo lugar de residencia. En consecuencia, la ley aplicable a los efectos del divorcio Don. Miguel Ángel y Doña. Adelina, será el Código Civil de Catalunya.

En materia de competencia, ésta corresponde también a los Tribunales españoles, dado que al tiempo de interponerse la demanda ambos litigantes tenían su residencia en España y de conformidad con lo establecido en el art. 22.3º LOPJ en su redacción vigente en 2011.

En base a lo anterior no cabe cuestionar la resolución dictada por el Juzgado de Rubí, por haberse dictado una sentencia en el Tribunal de Nador, sentencia que por otra parte no ha obtenido reconocimiento en España, por lo que tampoco podría ejecutarse aquí. Como se ha dicho la competencia del Tribunal español y la aplicación de la legislación catalana al caso presente es adecuada y a mayor abundamiento este debe ser el Tribunal competente para adoptar medidas protectoras respecto del hijo menor, nacido en Terrassa y residente en Rubí, de conformidad con lo previsto en el Reglamento 4/2009, y también conforme al Convenio suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 30 mayo 1997 sobre las resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. En consecuencia, la impugnación del demandado no puede ser acogida. [...]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

2016/48.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 828/2015, de 17 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR 2016/20393.

Divorcio.– Cónyuges de nacionalidad común china.– Competencia judicial internacional.– Ley aplicable: en ausencia de elección será la de la española de la residencia habitual común de los cónyuges.– Régimen de custodia y derechos de visita.– Alimentos para el hijo menor.– Régimen jurídico.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 3 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 8.a) Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 36 LOPJ.

[...]

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto se declara territorialmente competente para conocer de la demanda de divorcio formulada por D^a Nieves, solicitando la nulidad de actuaciones desde el momento de la contestación a la demanda. Subsidiariamente entiende que debe aplicarse la ley nacional común, la de la República Popular China.

Por lo que se refiere al primer extremo la cuestión la fue resuelta por el Auto 22 octubre 2013, en el cual el Juzgado se declaró competente; contra dicha resolución, de conformidad con el art. 66 LEC, sólo cabía recurso de reposición y no se recurrió, siendo en su consecuencia, firme a todos los efectos. Tan sólo diremos que ha de estarse a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte – art. 36.1º LEC –entre los que destaca el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en su art. 3.1º.a) y el art. 3 Reglamento CE/2009, en cuanto a los alimentos y la prestación compensatoria.

Y en cuanto a la ley aplicable ha de estarse a la ley española respecto al divorcio, de conformidad con el art. 8.a) Reglamento UE/1259/2010, según el cual a falta de elección el divorcio y la separación matrimonial estarán sujetos a la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda, como es el caso, lo que nos lleva a la desestimación del recurso que se examina.

[...]

**PROCEDIMIENTOS PARALELOS DE DIVORCIO. SENTENCIA EXTRANJERA.
MALA FE. ORDEN PÚBLICO PROCESAL ESPAÑOL**

2016/49.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia nº 625/2015, de 26 noviembre 2015. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. RJ 2016/106, Roj: STS 5153/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5153.

Divorcio.– Cónyuges rumana y moldavo, respectivamente.– Oposición del marido con base en sentencia firme de divorcio pronunciada pro tribunales moldavos.– Ausencia de reconocimiento judicial y de solicitud de exequatur.– Sentencia extranjera.– Oposición al orden público procesal:

pronunciamiento en rebeldía de la esposa no emplazada en dicho proceso.— Mala fe del esposo que acude a los tribunales de Moldavia tras el comienzo del proceso en España.

Normas aplicadas: Arts. 410, 411, 218.2º y 951 ss LEC; arts. 2 y 7 Cc; art. 11.2º LOPJ.

[...]

En el primer recurso –infracción procesal– se formulan dos motivos.

En el primero se dicen vulnerados los arts. 410 y 411 LEC porque cuando la sentencia desestima la demanda por considerar que los cónyuges estaban divorciados, está infringiendo la litispendencia fijada en los artículos invocados, ya que en el momento en que se formuló la demanda, admitida después a trámite, no lo estaban. El recurrido no ha pretendido el reconocimiento de la sentencia dictada por el tribunal moldavo por medio del procedimiento establecido en la legislación para ello sino que se ha limitado a solicitar su reconocimiento y consiguiente efecto de cosa juzgada material. En el segundo, la infracción viene referida a los arts. 218.2º, en relación con los arts. 951 ss LEC, y la jurisprudencia que los interpreta, porque se ha obviado totalmente el trámite del exequátur para que una sentencia extranjera obtenga la pertinente homologación que permita su eficacia y reconocimiento en España.

En el segundo recurso –casación– se formula un motivo único por infracción de los arts. 7.1º y 2º Cc y 11.2º LOPJ y la jurisprudencia que los interpreta, por la mala fe del esposo que conocía la demanda interpuesta por la esposa así como su domicilio en España, que ocultó de propósito para obtener una sentencia favorable.

Los dos van a ser analizados conjuntamente para estimarlos.

1.– Es cierto que la litispendencia es determinante de la permanencia de los presupuestos que configuran la jurisdicción y la competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación, de forma tal que una variación en la misma no permite la revisión, de conformidad con lo previsto en el art. 411 LEC, a cuyo tenor “[l]as alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia” (TS 9 de mayo 2013).

Ahora bien, la litispendencia tiende a evitar que sobre una misma controversia se sigan procedimientos paralelos entre los órganos jurisdiccionales de distintos estados y la incompatibilidad entre resoluciones que de ello podría derivarse, y es lo cierto que cuando se dicta en España la sentencia de divorcio no existía un litigio en tramitación. Lo que existía es un proceso de divorcio definitivamente resuelto por sentencia dictada en Moldavia, inscrita incluso en el registro correspondiente, por lo que el problema no deriva de una tramitación paralela del proceso, sino de la eficacia que dicha resolución pudiera tener en España a través del correspondiente exequátur, que no ha sido postulado.

2.– La República de Moldavia no es parte de la Unión Europea, en consecuencia no resulta de aplicación el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000, con el que se pretende adoptar unos criterios que fortalezcan la protección de las personas establecidas en los países de la Unión y facilitar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, evitando los riesgos de incompatibilidad, que constituyen motivo de denegación, según el art. 22.

3.– No existe convenio bilateral del Reino de España con la República de Moldavia, que tampoco ha suscrito el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y que España ratificó el 6 septiembre 2010, con entrada en vigor el 1 enero 2011.

4.– En consecuencia, el reconocimiento de esta sentencia extranjera en nuestro país habría requerido acudir al procedimiento de exequátur regulado en los arts. 951 y siguientes LEC, vigente en el mo-

mento de los hechos, y regulado en la actualidad en la ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que entró en vigor el 30 agosto 2015, en la que se permite el reconocimiento incidental, no previsto en la regulación anterior, con efectos limitados al pleito principal (art. 44.2.1).

5.– El cualquier caso, la sentencia moldava no se hubiera podido reconocer en nuestro país por infringir el orden público procesal al no haberse respetado los derechos de defensa de la demandada, por cuanto la resolución fue dictada en rebeldía de la demandada a la que no se entregó cédula de emplazamiento o documento equivalente (arts. 954.2º LEC/1881 y 46 b) Ley 29/2015).

Resulta conveniente recordar la reiterada doctrina que esta Sala ha venido perfilando en torno al requisito establecido en el ordinal 2º del art. 954, y así, precisar que son diversas las clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso seguido en el Estado de origen, como diferentes son también los efectos que una u otra han de producir en el ámbito del procedimiento de exequátur

[...]

Este criterio diferenciador, como recuerda el auto de 14 febrero 2006, se ha mantenido invariablemente en la doctrina de esta Sala a la hora de verificar el cumplimiento de los presupuestos a los que se subordina la eficacia de las sentencias extranjeras, que en este punto se encuentra asimismo supeditada al respeto al orden público, en su vertiente procesal, que en sentido internacional ha de entenderse referido al respeto a los derechos y garantías de esta naturaleza consagrados constitucionalmente; criterio ya tradicional que aparece también recogido en el Reglamento (CE) 2201/2003 y que está dirigido a todas las autoridades públicas, Jueces y Tribunales, que no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los requisitos esenciales, por formar parte del orden público del foro, como es la rebeldía del demandado, al no respetar las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen.

[...]

LEY APLICABLE AL DIVORCIO. LEY EXTRANJERA NO PROBADA

2016/50.– Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia nº 18/2016, de 15 enero 2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda. JUR 2016/50123.

Divorcio.– Legislación aplicable.– Reglamento del Consejo (UE) nº 1259/2010, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial versus art. 107 Cc.– Ley búlgara.– Alegación y prueba del derecho extranjero: no.– Documentación de presentación necesaria con la demanda: ausencia de eficacia probatoria.– Desestimación de la demanda.

Normas aplicadas: Reglamento del Consejo (UE) nº 1259/2010, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961; arts. 144, 265, 281.2º, 317, 318, 319, 323 y 496 LEC; arts. 12.6º, 107 Cc.

[...]

Por lo que se refiere al régimen de prueba y carga de la prueba del derecho extranjero la STS 20 mayo 2015 (nº 287/2015) recoge la doctrina sentada por la Sala Primera en la STS 198/2015, de 17 de abril, que se resume en varios puntos, pudiendo destacar, por lo que ahora interesa que:

[...]

Ahora bien, como paso previo para poder analizar la viabilidad de las pretensiones de la parte actora es preciso recordar en primer lugar que el art. 770 LEC establece que con la demanda de divorcio

deberá acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio y, en su caso, de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho.

En el presente caso lo único que se ha aportado son copias del certificado de matrimonio, celebrado el 16 enero 2004 en la localidad de Gorni Dabnik (región de Pleven, Bulgaria) y del certificado de matrimonio de los hijos, dos de ellos nacidos en la ciudad de Pleven, Bulgaria, y el tercero nacido en España, en concreto en la Seu de Urgell, aportando copia del certificado de nacimiento del Registro Civil de Organyà. Ni siquiera se aportó la traducción de los documentos, como exige el art. 144 LEC, ni se solicitó su práctica por tener la actora reconocida el derecho de asistencia jurídica gratuita, habiendo sido acordada de oficio por la juzgadora de instancia.

A su vez, el art. 265.1.1º LEC exige la aportación con la demanda de los documentos en que la parte funda su derecho, que habrá de realizarse con todos los requisitos que la Ley exige para su eficacia (art. 267), y cuando se trata, como en el caso, de la certificación de matrimonio y del nacimiento de los hijos estamos ante documentos públicos esenciales y de inexcusable aportación al proceso. Tratándose en este caso de documentos emitidos por autoridades extranjeras hay que estar a lo previsto en el art. 323-1 de la LEC según el cual a efectos procesales, se considerarán igualmente documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley.

Interpretando este precepto dice la STS 22 junio 2015 (nº 347/2015) que “...Como señala la sentencia de esta Sala nº 410/2013 de 13 junio, el art. 323 LEC, en su ap. 1, dispone que a efectos procesales, se considerarán igualmente documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley. El documento ha de contener la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

El art. 1 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, ratificado por Instrumento de 10 abril 1978 (BOE 25.9.1978, nº 229) considera como documentos públicos, a los efectos de supresión de la exigencia de legalización y su sustitución por la “apostilla” los siguientes: a) Los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un Secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas.

La “apostilla “consiste en un diligencia o sello conforme a un modelo estándar y oficial que debe llevar las menciones establecidas en el Convenio, que se añade –ya sea en el propio documento público, ya sea en una prolongación del mismo– por la autoridad competente designada por el Estado del país de origen y que tiene por objeto certificar ante el territorio de otro Estado contratante los siguientes extremos: la autenticidad de la firma; la calidad en que la autoridad pública, funcionario o notario del país de origen ha actuado; y en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve...”

Y añade la misma STS 410/2013 “...”.

Trasladando estos criterios al supuesto enjuiciado resulta que los documentos aportados con la demanda no pueden desplegar la eficacia probatoria que se pretende dado que no reúnen los requisitos ineludibles para su autenticidad en España, pues no han sido legalizados ni consta la apostilla que exige el art.1 Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 (ratificado por España mediante instrumento de 18 abril 1978, y aplicable también respecto de documentos emitidos en Bulgaria). Aunque los referidos documentos no han sido expresamente impugnados –el demandado fue emplazado por edictos y declarado en situación de rebeldía procesal, lo que no comporta allanamiento ni conformidad con los hechos, ni exime a la parte actora de acreditar los hechos básicos en que funda su pretensión, ex art. 496 LEC – no puede obviarse que los certificados de que se trata se han aportado mediante copia y que falta la apostilla, por lo que conforme a los preceptos y la doctrina expuesta no pueden considerarse como documentos públicos, careciendo de fuerza probatoria a efectos de poder otorgarles el valor probatorio inherente a los mismos y, en consecuencia, de hacer prueba plena del hecho, acto o estado

de cosas que documentan (art. 319 LEC) es decir, en este caso, de la existencia del matrimonio y del nacimiento de los hijos.

[...]

MEDIDAS SOBRE LOS HIJOS Y ALIMENTOS

2016/51.– Audiencia Provincial de Vitoria–Gasteiz, Sentencia nº 26/2016, de 1 febrero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Iñigo Madaria Azcoitia. ROJ: SAP VI 64/2016 – ECLI:ES:APVI:2016:64.

Divorcio.– Cónyuges de nacionalidad camerunesa.– Medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos, así como a las obligaciones alimenticias respecto de los mismo.– Alegación de la aplicación de la ley camerunesa.– Ley alegada y no probada que, no obstante, sería contraria a los arts. 14, 32 y 39 de la Constitución Española.– Aplicación de la ley española.

Normas aplicadas: Arts. 14, 32 y 39 CE; art. 9.4º Cc; arts. 217 y 281 LEC.

[...]

Como consta en autos, por la documental aportada con la demanda, Dª Belén y D. Justa, ambos con nacionalidad camerunés, contrajeron matrimonio en Camerún el 4 marzo 2013. Del matrimonio nacieron en España dos hijos, el ... de 2004 Dª Justa (en Mataró) y el ... de 2008 D. Juan Luis (en Vitoria–Gasteiz). Ambos hijos ostentan en su respectivo DNI la nacionalidad “española”. El demandado, a quien corresponde la carga de la prueba según el art. 281 LEC, pese a invocar el Derecho camerunés, no ha probado el contenido y vigencia del derecho extranjero que invoca, por lo que conforme a dicho artículo y el 217 LEC no resulta aplicable. En cualquier caso, la mera referencia a la determinación legal de que el invocado Derecho extranjero otorga objetivamente la guarda y custodia al padre, revela que, en su caso, se trata de una norma manifiestamente discriminatoria y por ello inaplicable, al infringir los arts. 14, 32 y 39 CE. Del mismo modo, desde la perspectiva de la aplicación del derecho internacional privado, al margen de cuáles sean las normas que puedan aplicarse en relación con el matrimonio y el divorcio, las relaciones paterno–filiales, como establece el art. 9.4º Cc, “se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de residencia habitual”. Por tanto teniendo ambos menores nacionalidad española y residencia en Vitoria–Gasteiz, es preceptiva la aplicación de las normas de Derecho español en cuanto a la determinación de las medidas definitiva reguladoras del divorcio en relación con los hijos menores comunes. Normas que con rigor y acierto aplica la Juzgadora de instancia, teniendo en cuenta la situación personal y económica de las partes, y que en consecuencia deben ser confirmadas.

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO Y NO INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL

2016/52.– Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 117/2016, de 24 febrero 2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª Reyes Castresana García. JUR 2016\80818.

Divorcio de cónyuges argelinos.– Matrimonio no inscrito en el Registro civil: no es obstáculo para la declaración judicial de la disolución del vínculo matrimonial.– Ley aplicable: ley española de la residencia habitual común de los cónyuges.

Normas aplicadas: Arts. 8, 10 y 12 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; arts. 81 y 86 Cc.

[...]

Con los anteriores antecedentes, debemos acoger el motivo de impugnación vertido por la parte apelante, y declarar el divorcio del matrimonio contraído por los litigantes al amparo del art. 86 en relación con el art. 81 Cc.

En primer lugar, el hecho de que dicho matrimonio no se inscribiera en el Registro Civil español, no le priva de sus efectos, ni permite calificarlo de mera unión de hecho, pues según la doctrina y la jurisprudencia que interpreta los arts. 61 y 63 Cc, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin que la inscripción tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

En segundo término, procede declarar el divorcio del matrimonio contraído por los litigantes al amparo del art. 86 en relación con el art. 81 Cc, aun cuando ambos litigantes tengan la nacionalidad argelina y contrajeran matrimonio en Argelia, porque es de aplicación el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, aplicable a las demandas interpuestas a partir del 21 junio 2012, el mismo “se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial”(art. 1); y, según su art. 4 “La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un estado miembro participante”. Como expresa la consideración 12 de la Exposición de Motivos de Reglamento “El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea”. La consideración 24 expone: “En algunas situaciones es oportuno, no obstante, que se aplique la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda, por ejemplo cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio, o a la separación judicial. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público”. La consideración 30 señala “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto por su art. 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo... El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en cumplimiento de estos derechos y principios”.

Las consideraciones reseñadas, se incluyen en los arts. 8, 10 y 12 del Reglamento que consideramos. El art. 8, que señala la ley aplicable en defecto del Convenio de las partes al respecto (arts. 5 a 7 del Reglamento), dispone “...”.

El art. 10 establece “Cuando la ley aplicable con arreglo a los arts. 5 a 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”; y el art. 12 dispone que “solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

En este sentido, nos hemos pronunciado en nuestra Sentencia de 25 junio 2014, citando en idéntico sentido a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 enero 2015, respecto a dos litigantes de nacionalidad china: “La ley aplicable al divorcio es la española, conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, por tener ambos cónyuges su lugar de residencia en Barcelona y no haber elegido otra ley aplicable conforme a la posibilidad que ofrece el art. 5 del mismo texto”.

Por tanto, aplicable el Código civil español, procede decretar el divorcio solicitado unilateralmente por la esposa, cumplido el requisito de haber transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, tal y como se establece en la sentencia de instancia, conforme a lo dispuesto en los arts. 81 y 86 Cc.

[...].

**PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO, MEDIDAS SOBRE LOS HIJOS,
ALIMENTOS, RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL**

2016/53.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dicimoctava, Sentencia nº 170/2016, de 26 febrero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez. JUR 2016\101257.

Divorcio.– Régimen de guarda y custodia para los hijos menores.– Alimentos para los hijos.– Alimentos para la esposa de conformidad con el Derecho suizo.– Asignación del uso de la vivienda familiar.– Alimentos, indemnización y pensión compensatoria.– Régimen económico matrimonial.– Acuerdos matrimoniales.

Normas aplicadas: Art. 8 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 15 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 noviembre 2007; art. 125 y 130 Cc suizo; arts. 9.2º, 9.3º y 97 Cc; art. 211.2º y 465.1º LEC; arts. 233–14 y 233–20.2º CCCat.

[...]

La sentencia de instancia hace dos únicos juicios de fijación de la ley aplicable (al divorcio y sus efectos –ley española– y a las resultas económicas para el cónyuge desfavorecido – ley suiza), cuando son varias las materias que se ventilan y los criterios de determinación. Por otra parte, cita el Código civil estatal en vez del catalán, que sería el aplicable por razones de territorialidad.

Se acompaña el texto legal suizo que regula el divorcio y sus efectos (...), pero aquél y éstos se rigen por la ley del lugar en que halla la residencia habitual de los cónyuges (art. 8 Reglamento 1259/2010), es decir, la ley española y, en concreto, la ley catalana. Se dice en la demanda que desde el año 2000 la familia vive en España, aunque el padre durante la semana trabaja en Suiza. Los cónyuges se instalaron en Rubí el año 2000, dato que el esposo no ha rebatido suficientemente y aunque por razones laborales, al parecer, pasara días laborables en el país helvético. Los litigantes y sus hijos figuran inscritos en el Padrón de Rubí.

Ello afecta al uso de la vivienda familiar que se ha de resolver conforme a la ley catalana.

El art. 15 Reglamento 4/2009 sobre ley aplicable a las obligaciones alimentarias, que rige para las prestaciones compensatorias, fija como ley aplicable por remisión al Protocolo de la Haya de 23 noviembre 2007, la del Estado de la residencia habitual del acreedor de alimentos (la española y, en concreto, la catalana).

Las partes no determinaron de común acuerdo la elección de la ley suiza al establecer una “manutención equitativa”, de modo que, en este punto, la pensión, su naturaleza y alcance, debe estudiarse conforme a los arts. 233–14 ss CCCat.

La liquidación del régimen económico matrimonial y su liquidación, se rige a falta de norma internacional que regule la ley aplicable, por los criterios de los arts. 9.2º y 9.3º Cc.

Es decir, la ley aplicable al régimen económico, su disolución y liquidación es la del lugar en que fijaron los cónyuges su residencia habitual después de contraer el matrimonio, lo que implica aplicar la ley suiza. De hecho, bajo su vigencia establecieron los pactos matrimoniales en el contrato matrimonial de 18 diciembre 1990 y optaron por el régimen suizo de separación de bienes.

En cuanto a la división de bienes, también viene vinculada a la liquidación del régimen económico matrimonial (en tanto la pretensión del marido es que se reconozca a su favor una titularidad real del 100% frente a la titularidad formal del 50%), por lo que también se ha de aplicar la ley suiza. Y con

carácter supletorio, si ésta no se prueba, el Derecho español (STS 20 mayo 2015, 17 abril 2015 y las que citan).

[...]

**AUSENCIA DE PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA.
APLICACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS**

2016/54.– Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 119/2016, de 1 marzo 2016. Ponente: Francisco Acin Garos. ROJ: SAP Z 555/2016 – ECLI:ES:APZ:2016:555.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad común búlgara.– Ausencia de prueba del Derecho extranjero.– Aplicación subsidiaria del Código civil.– Medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos: aplicación del Código de Derecho Foral de Aragón.

Normas aplicadas: Art. 22.3º LOPJ; art. 281.2º LEC; arts. 104 a 108 Cc búlgaro; arts. 81, 86 y 107.2º Cc; arts. 79 a 82 del Código de Derecho Civil de Aragón.

[...]

El art. 22.3º LOPJ atribuye competencia a los Tribunales españoles en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España. El art. 107.2º Cc establece que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, que en este caso sería la legislación búlgara por ser la común a los litigantes, al que además remite el art. 9.2º del mismo Código. Y el art 281.2º LEC que “el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”, añadiendo que el Tribunal podrá valerse “de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. La parte demandante solo aportó la fotocopia de unos artículos, que no son todos sobre el tema objeto de recurso, pues a título de muestra nada se dice en ellos de la pensión de alimentos, y la parte demandada permanece en situación de rebeldía voluntaria, no habiendo contestado a la demanda pese a haber sido emplazado, con lo que el juzgador que ha conocido del asunto en primera instancia, y ahora esta Audiencia, no dispone del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero susceptible de aplicación. El hecho de que no pueda entenderse debidamente probado el Derecho búlgaro no ha de implicar, sin embargo, de modo automático, la desestimación de la pretensión, puesto que el TS tiene reiteradamente señalado que en el supuesto de que el Tribunal no se considere debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable, procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.

[...]

**INSUFICIENCIA DE PRUEBA DE LA LEY ARGENTINA APLICABLE.
APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA**

2016/55.– Audiencia Provincial Palma de Mallorca, Sentencia nº 104/2016, de 14 abril 2016, Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández. ROJ: SAP IB 585/2016 – ECLI:ES:APIB:2016:585.

Demanda de divorcio entre cónyuges con nacionalidad común argentina.– Aplicación del derecho extranjero que no contempla el divorcio en el caso concreto por insuficiencia de plazo.– Deficiente alegación y prueba del Derecho argentino: aplicación del Derecho español.– Reenvío, en cualquier caso, de la ley argentina a la ley española del último domicilio común de los cónyuges.– Aplicación

del Reglamento Roma III.– Guarda y custodia del único hijo menor: acomodada a la situación de residencia del padre en Argentina y la madre en España.– Alimentos: ponderación cuantitativa al margen de cualquier argumento sobre la ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 8 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 22 LOPJ; arts. 9.2°, 81.2°, 86 y 107 Cc; art. 281.2° LEC; arts. 202.5°, 213 y 214 Cc Argentino.

[...]

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante aboga por un pronunciamiento de divorcio sobre la base de que la competencia corresponde a los Juzgados y los Tribunales españoles (ex art. 22 LOPJ) y, a su vez, en la consideración de que la Ley aplicable al divorcio es la Ley española. Apreciando la Sala, en relación a la competencia, que alegándose en la demanda que ambos cónyuges tuvieron el domicilio conyugal en Campanet, la sentencia de instancia no deniega la competencia y tampoco la cuestiona el demandado, que se limita a sostener la aplicación de la Ley argentina en cuanto al fondo del asunto y a solicitar la confirmación de la sentencia en dicho aspecto. Por lo que, no discutida la aplicabilidad al caso de la previsiones del art. 22 LOPJ, procede analizar la cuestión de la ley aplicable. Aspecto éste en el que la sentencia de instancia aplica el art. 213 y 214 Cc de Argentina, entendiendo, en dicho sentido, que el vínculo matrimonial se disuelve, entre otras causas, por sentencia de divorcio vincular, y “A tenor de lo dispuesto en el art. 214 del referido Cc es causa de divorcio vincular la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años. “. Por lo que entiende que, como el transcurso del plazo no ha quedado acreditado, ni tampoco la manifestación realizada por la demandante de un supuesto abandono malicioso por parte del demandado, concluye que no concurre la causa objetiva contenida en el art. 214.2° del citado Cc de Argentina. Sin embargo, no deja de ser cierta la manifestación de la parte actora–apelante en lo relativo a que, si bien el art. 9.2° Cc determina que los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, y el art. 107 del citado texto legal dispone que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento la presentación de la demanda, sin embargo, para la aplicación de la ley argentina era precisa la prueba de la misma, tanto en cuanto a su contenido como a su vigencia e interpretación. Siendo así exigido en el art. 281.2° LEC, correspondiendo dicha prueba a la parte que alega tal aplicación. Sucediendo que, no obstante ello, en el presente supuesto no puede entenderse acreditado el derecho extranjero en los términos referidos en el escrito presentado por la representación del Sr. Luis Angel, pues no se han cumplido tales exigencias probatorias para su aplicación. Lo cual, como recuerda la apelante: “conduciría a la aplicación con carácter supletorio del Derecho español, como ha mantenido el TS en sentencias de 17 julio de 2001 y 4 julio 2007”. Tesis que, a su vez, viene concordada actualmente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo Título II, relativo a la prueba del Derecho extranjero, establece en el art. 33 que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la 7 LEC y demás disposiciones aplicables en la materia, concluyendo el n° 3 de dicho precepto que: “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Nótese, en dicho sentido, que no es legalmente atendible el argumento que proporciona la parte apelada cuando afirma que “..., dados los medios tecnológicos existentes hoy en día puede considerarse que dicha norma es de dominio público...”, pues ni la Ley nacional hace tal simplificación (como hemos visto), siendo ésta vinculante; ni tampoco cabe abrazar tal conclusión cuanto, como es sabido, la aplicabilidad del Derecho, además del contenido y vigencia de la norma, puede eventualmente venir condicionada por la doctrina o jurisprudencia que la desarrollan. Y, por otro lado, debe añadirse, a mayor abundamiento, que como afirma la representación procesal de la propia parte apelada, la actora también “...aduce artículos de la misma expresada norma, por lo que naturalmente si se dan por buenos algunos de ellos, se han de dar por buenos la totalidad de los mismos”. Conclusión que termina desvirtuando las propias tesis de la parte

demandada apelada puesto que, manifestando la actora en su recurso que: “... aun en el caso de entender que es aplicable la legislación argentina, dicha legislación nos remite al art. 164 Cc argentino que determina “La separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 161”, por consiguiente la norma argentina remite al Derecho español como norma sustantiva aplicable en el presente caso y, en consecuencia, la norma aplicable por la juez a quo no es correcta, pues ha de referirse por la ley española en virtud del retorno que la norma de conflicto argentina establece, por lo que son aplicable los arts. 81.2º y 86 Cc español a petición de uno de los cónyuges cuando concurren los requisitos y circunstancias del art. 81.2º Cc, es decir, “a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”. sucede que tal referencia normativa, que además la parte apelada no niega, constituye un reenvío de retorno a la Ley nacional española. Por lo que, incluso en la tesis de aplicación del Derecho argentino en la versión del mismo no cuestionada en autos, también resultaría a la postre aplicable la Ley española. Finalmente, cabe subrayar que el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una Cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, y al que se le atribuye una proyección universal (arts. 1, 4 y concordantes), establece en su art. 8, relativo a la Ley aplicable a falta de elección por las partes, lo siguiente (el subrayado es añadido): “A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”. Por lo que también se confirma, por tal motivo y conforme a hechos de la demanda –relativos a la última residencia familiar– no propiamente cuestionados por la parte demandada, la aplicación al caso de la Ley nacional española. Nótese, en dicho sentido, que como indica el art. 18 del citado Reglamento en lo relativo a las Disposiciones transitorias, el Reglamento se aplicará a las demandas interpuestas a partir del 21 junio 2012, fecha que, conforme a la Disposición Final (art. 21), constituye la fecha de aplicación. Llevando la demanda de autos, como fecha de registro de entrada en el Decanato de los Juzgados de Inca, el 5 septiembre 2012. Llegados a este punto, y en aplicación de la Ley nacional, debe prosperar demanda de divorcio ex arts. 85, 86 y 31 Cc español.

[...]

FILIACIÓN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. NACIDO SIN RELACIÓN BIOLÓGICA CON LOS PADRES DE INTENCIÓN. RETIRADA DEL MENOR DE SU ENTORNO FAMILIAR

2016/56.– Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda, Sentencia de 27 enero 2015. TEDH 2015\17.

Derecho al respeto a la vida personal y familiar.– Injerencias de los poderes públicos.– Denegación de inscripción en Italia de partida de nacimiento expedida en Rusia y retirada del bebe nacido por gestación subrogada dado posteriormente en acogida a otra familia.– Ausencia de vinculación genética entre el demandante y el bebé.– La retirada de un menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debe acudir como último recurso cuando se quiere proteger al niño de una amenaza inmediata.

Normas aplicadas: art. 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950.

[...]

Sobre el cumplimiento del art. 8 del Convenio

[...]

77. La aplicación de la legislación nacional tuvo como consecuencia el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, a causa de que los demandantes no tenían una vinculación genética con el niño. El Tribunal no menosprecia los aspectos emocionales de este expediente en el que los demandantes tuvieron constancia de su imposibilidad de tener hijos, solicitaron la autorización para adoptar; una vez obtenida la autorización en diciembre de 2006, esperar durante años para poder adoptar enfrentándose a la penuria de los niños adoptables; mantener la esperanza hasta que en el año 2010, los demandantes se decidieron a firmar un contrato con Rosjurconsulting y cuando tuvieron conocimiento del nacimiento del niño; rozar la desesperación cuando les informaron de que el demandante no era el padre biológico del niño.

Los tribunales nacionales examinaron el argumento del demandante según el cual se había producido un error en la clínica rusa, pues no se había utilizado su líquido seminal. No obstante, consideraron que la buena fe del demandante no establecía el vínculo biológico del que carecía.

En opinión del Tribunal, al realizar una interpretación estricta de la legislación nacional para determinar la filiación y al ignorar el estatuto jurídico creado en el extranjero, los jueces nacionales no dictaron una decisión irrazonable (a contrario, Wagner y J.M.W.L. precitado, ap. 135).

78. No obstante, queda por saber si las medidas adoptadas respecto al niño en tal situación – en especial su retirada y la decisión de ponerle bajo tutela – pueden considerarse medidas proporcionadas, es decir, si las autoridades italianas tuvieron en cuenta suficientemente el interés del niño.

79. El Tribunal señala a este respecto que el Tribunal de Menores de Campobasso consideró que el niño no se encontraba en un entorno familiar adecuado en términos de la ley sobre adopción internacional. Para alcanzar esta conclusión, los jueces nacionales tuvieron en cuenta el hecho de que el niño había nacido de padres desconocidos y que la madre portadora había renunciado a él. Posteriormente concedió gran importancia a la situación de ilegalidad en la que habían caído los demandantes: habían llevado al niño a Italia haciendo creer que era su hijo y por tanto, habían violado la legislación italiana, en particular la ley en materia de adopción internacional y ley de reproducción asistida. Del hecho de que los demandantes habían contactado con Rosjurconsulting dedujeron la voluntad de los demandantes de burlar la ley sobre adopción y eso a pesar de haber obtenido la capacitación y consideraron que esta situación era el resultado de un deseo narcisista de la pareja o que el niño estaba destinado a resolver los problemas de la pareja. Por lo tanto uno podría dudar de sus capacidades emocionales y educativas. Por lo tanto era necesario poner fin a esta situación, alejando al niño del hogar de los demandantes y eliminando cualquier posibilidad de contacto con él. La actuación seguida por los tribunales nacionales respondía obviamente a la necesidad de poner fin a la situación de ilegalidad.

80. En opinión del Tribunal, la referencia al orden público no puede constituir sin embargo una carta blanca para cualquier medida, porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño corresponde al Estado independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético u otro. En este sentido, el Tribunal recuerda que en el asunto Wagner y J.M.W.L., precitado, las autoridades luxemburguesas no habían reconocido la filiación establecida en el extranjero debido a que se enfrentaba al orden público; Sin embargo, no habían adoptado ninguna medida buscando la retirada del menor o la interrupción de la vida familiar. De hecho, la retirada del menor de su entorno familiar es una medida extrema a la que solo se debería acudir como último recurso. Para justificar una medida de este tipo, ésta debe responder al propósito de proteger al niño frente a una amenaza inmediata para el (Scozzari y Giunta c. Italia [GS], nºs 39221/98 y 41963/98, ap. 148, TEDH 2000 VIII; Neulinger y Shuruk c. Suiza [GS], nº 41615/07, ap. 136, TEDH 2010; Y.C. c. Reino Unido, nº 4547/10, aps. 133–138, 13 marzo 2012; Pontes c. Portugal, nº 19554/09, nºs 74–80, 10 abril 2012). El umbral establecido

en la jurisprudencia es muy alto, y el Tribunal considera útil recordar los siguientes apartados de Pontes, precitada: "...".

Asimismo, el Tribunal considera útil recordar los siguientes apartados de la sentencia Zhou (Zhou c. Italia, nº 33773/11, aps. 55–56, 21 enero 2014: "...".

81. El Tribunal reconoce que la situación que se presentaba a los tribunales nacionales en este caso era delicada. De hecho, pesaban sobre los demandantes graves sospechas. Cuando el Tribunal de Menores decidió retirar al niño de los padres, tuvo en cuenta el daño que sufriría, pero dado el poco tiempo que había pasado con ellos y su corta edad, consideró que el niño podría superar este momento difícil de su vida. Sin embargo, el Tribunal considera que no se cumplieron las condiciones que podían justificar el recurso a las medidas en cuestión y esto por las siguientes razones.

82. En primer lugar, el mero hecho de que el niño habría desarrollado una vinculación afectiva con sus padres sólo en caso de que hubiera permanecido más tiempo con ellos no es suficiente para justificar su retirada.

83. En segundo lugar, en relación con el proceso penal iniciado contra los demandantes, el Tribunal señala en primer lugar que el Tribunal de Apelación de Campobasso no consideró necesario esperar el resultado de las actuaciones porque la responsabilidad penal de las personas afectadas no jugaba ningún papel (ap. 25), dado que las sospechas que pesaban sobre los demandantes no eran suficientes para justificar las medidas en litigio. En opinión del Tribunal, no es posible en ningún caso especular sobre el resultado de los procesos penales. Además, sólo en caso de condena por el delito previsto en el art. 72 de la ley sobre la adopción, los demandantes se convertirían en legalmente incapaces para adoptar o coger a un niño.

84. En este último aspecto, el Tribunal señala que los demandantes, considerados aptos para adoptar en diciembre de 2006 en el momento en el que recibieron la aprobación (ap. 12), fueron considerados incapaces de educar y amar al niño por el único motivo que intentaron burlar la ley sobre adopción, sin que los tribunales ordenaran una prueba pericial.

85. Finalmente, el Tribunal señala que el niño no recibió una nueva identidad hasta abril de 2013, lo que significa que fue inexistente durante más de dos años. Además, es necesario que un niño no se encuentre en desventaja por el hecho de ser traído al mundo por una madre portadora, comenzando por la ciudadanía o la identidad que revisten una importancia primordial (véase el art. 7 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989, en vigor desde el 2 septiembre 1990, 1577 Repertorio de Tratados 3).

86. Considerando estos elementos, el Tribunal no está convencido del carácter adecuado de los elementos en los que se basaron las autoridades para llegar a la conclusión de la necesidad de que los servicios sociales acogieran al niño. Se deduce que las autoridades italianas no ponderaron adecuadamente los intereses en juego.

87. En conclusión, el Tribunal estima que ha habido violación del art. 8 del Convenio .

88. Considerando que el niño, ciertamente ha desarrollado un vínculo afectivo con la familia de acogida con quien se encuentra desde principios de 2013, la constatación de una violación pronunciada en la causa, no podría entenderse como obligando al Estado a devolver al menor con los interesados.

[...]

[PARADISO Y CAMPANELLI / ITALIA]

Observaciones: 1. La STDH que anotamos tiene un valor dispar en función de que la abordemos en términos de estricta argumentación jurídica o que queramos amplificar su trascendencia, simplificando su supuesto de hecho y uniéndolo al fallo, sin prestar demasiada atención a lo que hay por el medio. Y quizá sea esta segunda dimensión la más vociferada, haciendo honor a la máxima del gran actor y cómico estadounidense George Burns cuando decía que *"The secret of a good sermon is to have a good beginning and a good ending, then having the two as close together as possible"*. Tras las trascendentes SS TEDH 26 junio 2014, casos 65192/11, *Mennesson v. Francia*, y 65941/11, *Labassee v. Francia*, la

que ahora nos ocupa podría cerrar el círculo de un discurso (o meramente titular) en el que se defendiese que el TEDH santifica la maternidad subrogada; o en el que se plantease que el no reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución es contrario al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La realidad es mucho más matizada, cuando no, como en el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*, ajena a estas conclusiones apresuradas.

Lo primero que debo señalar es que, a pesar de recorrer juntos algunas revistas y trabajos especializados, el caso *Paradiso* no tiene demasiado que ver con sus precedentes *Mennesson* y *Labassee*. En estos, efectivamente, el TEDH hace un análisis exhaustivo de todos los datos relevantes, esencialmente a efectos de valorar si habría habido vulneración del art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) mediante el rechazo del Estado francés a reconocer y transcribir en el Registro civil la filiación de los menores nacidos en los EE UU de Norteamérica mediante maternidad subrogada. El TEDH distingue los aspectos ligados al derecho del respeto a la vida familiar (de todos los recurrentes) y los ligados al derecho a la vida privada (sólo en relación con los hijos). Y mientras que en el primer caso estima que la injerencia estaría justificada, en el segundo estima que tal justificación no existe y que hay violación del Convenio. Esta visión sí es trascendente, especialmente porque elude la aplicación del test de la previsión o expectativa legítima ligada a la idea de fraude, que parecía estar presente en la jurisprudencia anterior del Tribunal, y que serviría para justificar una injerencia cuando los interesados hubiesen conocido –o pudieran conocer– de forma suficiente los resultados de sus actos: en este caso, ello se traduciría en la imposibilidad de alegar la violación del derecho, ya que los interesados no podían legítimamente esperar el reconocimiento en Francia de la filiación determinada en el extranjero: de hecho este test sí está presente, pero respecto de la (no) violación de la vida familiar.

De esta manera de entender la vinculación entre vida privada–identidad–filiación *respecto de los hijos*, apenas deja margen para el rechazo del reconocimiento en los supuestos más típicos. En ningún momento se llega a hablar de un derecho a una identidad única, pero casi (P. Jiménez Blanco, *REDI*, 2015–3–Pr, pp. 238–241, punto 3). El interés superior del niño como catalizador de esta postura del TEDH posibilita una interpretación de máximos en la que apenas dejaría margen de apreciación al Estado para rechazar el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero como consecuencia de una maternidad subrogada, incluyendo la imposibilidad de recurrir a su orden público (P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, punto 5).

2. Las similitudes con estos dos (no) precedentes del caso *Paradiso* no pasan de que en los tres casos existe un supuesto de maternidad subrogada y existe también una condena del Estado demandado por violación del art. 8 del Convenio.

En el supuesto anotado, al contrario que los anteriores, se denunciaba el no reconocimiento y transcripción en el Registro civil italiano de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia, así como la decisión de las autoridades italianas de retirar al niño de la compañía de los padres de intención y someterlo a un proceso de adopción en Italia que derivaría en la efectiva adopción por otras personas (y esta segunda dimensión terminó siendo la decisiva). En este caso, al contrario que en los anteriores, no existía ningún vínculo biológico entre los padres de intención y el niño.

Otra diferencia interesante es que el TEDH no admitió la demanda de los requirentes en nombre del niño y se limitó a verificar si se había vulnerado el derecho a la vida familiar y privada de los padres de intención.

Los hechos, muy sucintamente resumidos, acreditan que los demandantes fueron considerados aptos para adoptar en 2006 (aunque aparentemente con límites en cuanto a la edad del niño), aunque un tiempo después optaron por recurrir a la maternidad subrogada en Rusia. En 2011 nació un niño que fue inscrito en los registros rusos como hijo de la pareja y que, presuntamente, sería hijo biológico del padre demandante, aunque no de la madre. Ya en Italia, se puso de manifiesto que no existía vínculo biológico con ninguno de los comitentes y, además, éstos se vieron inmersos en procedimientos (uno de índole penal) por la ilegalidad de la introducción en Italia del niño y la vulneración tanto de la normativa sobre adopción cuanto de las normas sobre reproducción asistida. A resultas de todo ello se produjo la ya

aludida retirada del niño de la compañía de los demandantes y su sometimiento a un proceso de adopción respecto de otras personas.

En respuestas a la demanda contra Italia, el TEDH considera que sí hay “vida familiar” (seis meses de convivencia en Italia más algún tiempo más –con anterioridad– en Rusia), y que sin ninguna duda habría “vida privada”, igualmente tutelada por el art. 8 CEDH. Afirma que ha existido una injerencia y que esa injerencia estaba prevista por la ley (señaladamente las normas de DIPr); que la injerencia tenía un objetivo legítimo, identificado con el respeto de las normas sobre adopción y la protección del niño; además que la decisión de retirar al niño de los padres no puede tacharse como irrazonable, pero que fue “desproporcionada” y, por lo tanto, viola el art. 8 CEDH. Una desproporción que deriva de la consideración de la retirada del menor de su entorno familiar como una medida extrema a la que solo se debería acudir como último recurso, en casos de una amenaza inmediata (punto 80 de la Sentencia, que se desarrolla en los puntos siguientes).

3. En mi opinión, el hecho de que el niño fue concebido y nació como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución no puede considerarse clave en esta decisión, aunque hay algún dato que podría interpretarse en sentido contrario. Por ejemplo, el voto particular que acompaña al fallo por mayoría hace especial hincapié en la singularidad de la maternidad subrogada. Es verdad que el TEDH señala expresamente que “... es preciso que un niño no sea discriminado por el hecho de haber nacido de una madre subrogada” (punto 85 de la Sentencia), mas creo que el argumento del interés supremo del niño vinculado a su nacionalidad y a su identidad (como lo vincula el Tribunal) hace del supuesto de gestación por sustitución un mero punto de partida. No creo que técnicamente sea una sentencia trascendente para el reconocimiento de todo supuesto de maternidad subrogada, pero, como he dicho, el supuesto de hecho y la reacción de los Jueces disidentes, que sí se quejan de ello, son factores que podrían colaborar a que así se entienda para el futuro y hacer que esta sentencia funcione como un factor añadido en la progresiva ruptura de obstáculos al reconocimiento de los supuestos de filiación derivada de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero. Porque simplificar sentencias y amplificar su trascendencia, aun a costa de tergiversarlas, no deja de ser un signo de modernidad.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

ACCIÓN DE RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD. APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

2016/57.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 477/2015, de 1 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz AC 2015\1437.

Acción de reclamación de la filiación no matrimonial.– Competencia judicial internacional de los tribunales españoles.– Ley aplicable: nacionalidad lituana del hijo.– Art. 9.4º Cc: aplicación de la ley española catalana.– Existencia de una paternidad contradictoria con la reclamada e inscrita en el registro civil.– Impedimento de prosperabilidad de la acción.– Necesaria acción de impugnación de la paternidad inscrita.– Interés superior del niño: ausencia de prevalencia absoluta de la filiación biológica.

Normas aplicadas: Art. 22 LOPJ; arts. 58, 67 y 769 LEC; arts. 9.4º, 13.2º Cc; art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; arts. 224–1 y 235 CCCat.

[...]

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

A tal efecto se debe remarcar que el fuero de competencia judicial respecto a las acciones de filiación ha quedado expresamente excluido de los tratados internacionales que obligan a España, por lo que se han de aplicar las normas generales de derecho interno en materia de Derecho internacional privado. El art. 22 LOPJ establece que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales son competentes los tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda. No se ha puesto en duda en ningún momento que el niño nació en Barcelona y desde 2005 reside en España ininterrumpidamente, se encuentra aquí escolarizado y no tuvo pasaporte lituano (de la nacionalidad de la madre), hasta el 20 octubre 2011 –después de la interposición de la demanda– (...), sin que de ello se derive que es ésta su nacionalidad incontrovertida.

La alegación de que son competentes los tribunales de Lituania por ser ésta la nacionalidad del menor no tiene ningún fundamento ni siquiera en aplicación de las normas lituanas, puesto que éstas exigen la residencia habitual de la madre en dicho país, resultando de lo actuado que la madre tiene su residencia en Barcelona desde el año 2000 como ella misma manifestó en una entrevista en la prensa que, como documento aportado por la propia parte recurrente, obra unida a los autos (...). Pero es que, por otra parte, consta acreditado que el padre del menor que consta inscrito en el registro es el señor Demetrio, de nacionalidad española, por lo que en cualquier caso el menor tiene el derecho a ostentar ambas nacionalidades.

En consecuencia la cuestión sobre la competencia del juzgado de Manresa que ha conocido del asunto, por ser el del domicilio del menor así como el de sus padres, es incuestionable.

Por lo que se refiere al segundo de los presupuestos del enjuiciamiento que invocan los recurrentes, que es el de la ley aplicable, tampoco existe norma internacional que obligue a España a aplicar el derecho extranjero. El art. 9 Cc en su párrafo 4) establece que el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y, si ésta no pudiera determinarse, por la residencia habitual. En este caso y como ya se ha expresado en el párrafo precedente, no se ha acreditado de forma incuestionable la ley personal del hijo, que sería la de su nacionalidad, por cuanto consta que si bien la madre es nacional de Lituania, tiene su residencia en España desde el año 2000, y el padre es de nacionalidad española. Por otra parte el actor (que pretendió con la demanda el reconocimiento de su paternidad sobre el hijo) ostenta la nacionalidad brasileña, por lo que existiría también y eventualmente un derecho del menor a optar por la nacionalidad del mismo en caso de que prosperase la acción ejercitada, lo que determina que haya de enjuiciarse este caso con arreglo a la ley de la residencia habitual, que es la española.

Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2º Cc español y en lo que dispone el art. 14.1º del Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas Cc de esta Comunidad Autónoma. En concreto es de aplicación la normativa recogida en la Sección I del Capítulo V del Título III del Libro II del CCCat.

[...]

Observaciones: 1. El supuesto resuelto por la SAP Barcelona 1 julio 2015, resulta interesante, tanto por la configuración de la situación de hecho, cuanto por la respuesta del órgano juzgador. En efecto, se trata de la reclamación de filiación no matrimonial por parte de un nacional brasileño respecto de un niño, de seis años al interponerse la acción, que consta con filiación inscrita respecto de su madre lituana y su padre español. Al menos estos tres residen en Barcelona.

Liquidada la cuestión de competencia judicial internacional de forma somera y correcta, la Audiencia se vuelca sobre el Derecho aplicable, según el art. 9.4º Cc, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El tribunal termina aplicando al caso el Código civil catalán, con un razonamiento que creo que es matizable desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde el entendimiento que hace del propio art. 9.4º Cc y, en segundo término, desde la comprensión del sistema que desemboca en el CCCat. Veamos ambos separadamente.

2. El tenor del anterior art. 9.4º Cc rezaba que “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”. En definitiva, y problemas de incoherencias semánticas aparte [S. Álvarez González, “Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales”, *Tratado de Derecho de la persona física* (M.C. Gete-Alonso Calera, dir. y J. Solé Resina, coord.), Cizur Menor, Civitas, 2013, pp. 418–419], la ley nacional, si la tiene, es la rectora de los aspectos relativos a la determinación de la filiación natural. El juzgador, hace una interpretación de “y si no puede determinarse...” sorprendente: dado que el niño posee pasaporte lituano desde los seis años, pero es hijo de español y quien reclama la paternidad es brasileño... considera que la ley aplicable es la de su residencia habitual española. Eludamos la incomodidad que representa la nacionalidad (brasileña) del demandante, relevante, sin duda, en los casos de que dicho demandante sea quien reclama la paternidad (como el presente), y se puedan plantear dudas en torno a lo que en su momento se denominó conexión a la nacionalidad anticipada del hijo (*ibid.*, pp. 422–423); eludámoslo porque el juzgador apenas entra en un aspecto que de plano parece inocuo ante la toma de postura clara de rechazar la demanda. La Audiencia no desarrolla este tema. Queda pues un niño de seis años que es español, por ser hijo de padre español y, puede que lituano, por ser hijo de madre lituana. Por ningún lado aparece la imposibilidad de determinación de la nacionalidad del hijo. Si es doble nacional, el art. 9.9º Cc conduce a la aplicación de la ley española. Si sólo español, lo mismo. No se entiende pues la conclusión de la Audiencia. Se podría pensar que, al fin y al cabo, fue la ley española la aplicada... pero eso ha sido casualidad; o no.

3. Porque la otra cuestión, en absoluto llamativa, al ser un mantra más que extendido (y más que exasperante cuando lo utilizan quienes saben que no es correcto), la otra cuestión, digo, es cómo se llega a la aplicación del CCCat. “por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2º Cc español y en lo que dispone el art. 14.1º del Estatuto de Autonomía de Catalunya”. Quizá la interpretación del art. 9.4º Cc no hacía sino preparar este desembarco: se liquida la ley nacional en favor de la ley de la residencia habitual... catalana. Aun sabiendo que poca trascendencia van a tener las palabras que siguen, ante el contumaz desprecio y la más cómoda apelación a la “territorialidad” –que es más moderna– trataré de simplificar y huir de grandes principios en torno a esa territorialidad del Derecho civil autonómico (singularmente del Derecho catalán) y de la tentación de sentar cátedra con un discurso abstracto y general. Vayamos a lo que a mi juicio son pequeñas certezas. En primer lugar, el referido art. 13.2º Cc nada parece tener que ver con la territorialidad aludida. Basta leerlo. En segundo lugar, y más importante, a la luz del texto del art. 9.4º Cc utilizado en esta sentencia (el razonamiento no vale con la nueva redacción del mismo), la ley aplicable a la determinación de la filiación de un español en virtud de la ley española es la de su vecindad civil (art. 16 Cc en relación con el citado art. 9.4º). Si este niño tiene vecindad civil catalana, será efectivamente el CCCat. el que determine las condiciones para que prospere la demanda de su presunto padre... se esté ventilando el caso en Barcelona... o en Cádiz. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán consagrada por el tan famoso art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña, no pintaría nada. Si, por el contrario, este niño español fuese de vecindad civil común, porque su padre fuere de tal vecindad (art. 14.2º Cc), pues sería el Cc el aplicable, en Barcelona o en Cádiz. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán consagrada por el tan famoso art. 14.1º del Estatuto de Autonomía de Cataluña, seguiría sin pintar nada.

4. Dicen que cuando una mentira se repite hasta la saciedad termina siendo verdad; y quizá sea eso lo que acabe pasando con el tema de la territorialidad de los derechos civiles autonómicos. Por más que se denuncie (ya R. Arenas García, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, pp. 547–593, pp. 583–585) esta mala comprensión del sistema (o interesadamente errónea en algunos casos) continúa indemne en la práctica judicial de los órganos radicados en Cataluña. Algo sorprendente, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos el Derecho catalán terminaría aplicándose igual a través de un razonamiento cabal y ajustado a la normativa vigente (*vid.* mi nota a la en otros aspectos bien armada SAP Barcelona 12ª, nº 1/2013, de 9 enero, *REDI*, 2013–27–Pr, pp. 323–326).

No se trata de un ejercicio demasiado complicado. Bastaría con que los jueces atrapados por el encanto de la territorialidad consagrada en el Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el propio CCCat. preguntasen cómo lo hacen a sus colegas aragoneses, que aplican también su Derecho civil propio a situaciones privadas internacionales... cuando toca en virtud de la normativa específica sobre remisión a un sistema plurilegislativo, por ejemplo. Como muestra, en este mismo Anuario, *vid.* STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal 1ª 6 octubre de 2015 (RJ 2015\4645, *supra* **2016/46**) o la SAP Zaragoza 15 marzo 2016 (JUR 2016\92205, *infra* **2016/83**).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

**RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD Y DE CAMBIO DE APELLIDOS.
SILENCIO SOBRE LA LEY APLICABLE AL NOMBRE Y LOS APELLIDOS**

2016/58.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, nº 103/2016, de 16 febrero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz. ROJ: SAP B 1049/2016 – ECLI:ES:APB:2016:1049.

Filiación natural y nombre.— Reclamación de paternidad seguida de solicitud de cambio de apellidos del hijo menor.— Competencia judicial de los tribunales españoles: sí.— Determinación de la ley aplicable al régimen de los apellidos.— Juzgador que considera aplicable la norma relativa a la filiación.— Ausencia de mención de la reglamentación específica sobre ley aplicable al nombre y los apellidos.— Indeterminación de la nacionalidad del hijo.— Aplicación superpuesta del CC y del CCCat.

Normas aplicadas: Art. 22 LOPJ/1985; arts. 9.4º y 109 Cc; art. 235-2 CCCat; arts. 53 y 55 LRC; art. 198 RRC.

[...]

La primera cuestión que es de plantear de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público e inderogable, es el de la competencia en materia de filiación por ser de naturaleza imperativa e inderogable, estando los tribunales obligados a examinarla de oficio con carácter previo a la admisión de la demanda conforme establece la regla 4ª del art. 769 LEC al referirse la pretensión a una persona menor de edad, en relación con el art. 58 del mismo texto procesal. A tal efecto se debe remarcar que el fuero de competencia judicial respecto a las acciones de filiación ha quedado expresamente excluido de los tratados internacionales que obligan a España, por lo que se han de aplicar las normas generales desde Derecho interno en materia de Derecho internacional privado. El art. 22 LOPJ establece que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales son competentes los tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda. No se ha puesto en duda en ningún momento que el niño nació en Badalona que reside en España ininterrumpidamente y se encuentra aquí escolarizado. En consecuencia, la competencia del juzgado de Badalona que ha conocido del asunto, por ser el del domicilio del menor, así como el de sus padres, es incuestionable. Por lo que se refiere al segundo de los presupuestos del enjuiciamiento, que es el de la ley aplicable, tampoco existe norma internacional que obligue a España a aplicar el derecho extranjero. El art. 9 Cc en su párrafo 4) establece que el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y, si ésta no pudiera determinarse, por la residencia habitual. En este caso y como ya se ha expresado en el párrafo precedente, no se ha alegado por ninguna de las partes Derecho extranjero, ni se ha acreditado de forma incuestionable la ley personal del hijo, que

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

sería la de su nacionalidad, mas consta que el niño nació en España y los padres tienen tenían su residencia en Catalunya desde más de diez años antes del nacimiento del menor.

[...]

INSOLVENCIA

RÉGIMEN DE LEY APLICABLE EN LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA: CONDICIONES PARA EXCEPTUAR LA *LEX FORI CONCURSUS*

José David ORTEGA RUEDA *

1. Uno de los propósitos centrales del Derecho internacional privado consiste en determinar cuál es la ley aplicable a una determinada relación jurídica. Esa finalidad no resulta extraña para los procedimientos de insolvencia en los que concurren elementos extranjeros, aunque con una particularidad relevante: dado que el Derecho concursal pretende disciplinar la entera situación económica del deudor común, necesariamente vamos a situarnos ante una pluralidad de relaciones jurídicas que bien pueden estar sometidas a diferentes regímenes legales. Ante esta perspectiva, en aras de que los procedimientos de insolvencia transfronterizos que tienen lugar en el mercado interior se desarrollen de la manera más eficaz y efectiva posible, el Reglamento europeo de insolvencia consagra en su art. 4 que, salvo disposición en contrario, se aplique la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el concurso.

Esta opción se denomina *lex fori concursus* y, sin lugar a dudas, constituye un verdadero acierto del legislador europeo. Siguiendo esta regla general, que pretende alcanzar la máxima unidad regulatoria – en contraste con la alternativa de la pluralidad normativa, que aplicaría a cada bien, derecho u obligación patrimonial un régimen concreto –, se consiguen tres efectos muy positivos para lograr el buen fin del concurso: la coherencia procedimental, la previsibilidad regulatoria y la equidad distributiva. En primer lugar, para comprender a qué nos referimos por coherencia procedimental, hemos de tener presente que en todo ordenamiento nacional existe –o, por lo menos, se debería aspirar a ello– una lógica intrínseca. Subyace, valga la redundancia, una idea de “orden” que ha de ser coherente en cada una de las facetas de la realidad social o económica que se quiera disciplinar. En un procedimiento tan complejo como el concurso de acreedores, donde entran en juego numerosas instituciones de Derecho civil, mercantil y procesal para organizar la pluralidad de relaciones jurídicas activas y pasivas que componen el entero patrimonio del deudor común, el mantenimiento de dicha lógica interna se convierte en un requisito del todo imprescindible. Pretender la unidad regulatoria se convierte entonces en una necesidad, pues la alternativa pluralista acabaría conduciendo a múltiples disfunciones, fruto de tener que coexistir distintos sistemas jurídicos cuyas soluciones bien pueden entrar en colisión. En segundo término, la previsibilidad regulatoria hace alusión a la posibilidad de conocer de antemano cuál será la ley aplicable a los derechos y deudas singulares que se verán sometidos al concurso. Obviamente, este pronóstico resulta mucho más fácil de acometer cuanto más sencilla sea la regla a seguir para lograrlo, para lo que la referida tesis de la unidad normativa es de suyo preferible: la ley aplicable para el grueso de elementos sometidos al procedimiento de insolvencia quedará determinada al momento de su apertura, sin que deba tomarse en consideración la casuística particular de cada uno de ellos. Por ello, la concreción de la ley aplicable ha de quedar inextricablemente ligada al componente central de todo concurso, que no es otro que la persona del deudor común, y a un elemento fáctico que evidencie ante terceros una estrecha vinculación de este último con un ordenamiento concreto. Nos interesarán así los conceptos de “centro

* Doctor en Derecho de la Unión Europea por la Universidad de Bolonia.

de intereses principales” y de “establecimiento” –según se trate, respectivamente, de un procedimiento de insolvencia principal o secundario–, pues son los criterios que sirven para fijar cuál es la jurisdicción internacionalmente competente para proceder la apertura del concurso. De este modo, en definitiva, cualquier operador del mercado podría predecir, en el momento de contratar con una persona, en qué Estado miembro tendría lugar un hipotético procedimiento de insolvencia y cuál sería el Derecho concursal aplicable a esa causa. Por último, aunque no por ello resulte menos importante, la equidad distributiva se vincula a uno de los principios axiológicos del Derecho concursal: la *par condicio creditorum*. Conseguir que el conjunto de acreedores, al menos los de una misma clase, soporten el mismo grado de sacrificio en las quitas y esperas quedaría en entredicho si aplicásemos distintas regulaciones en el transcurso del procedimiento; y todo ello sin contar que cada ordenamiento concursal puede articular distintos modelos de clasificación de créditos, con lo que se atendería de manera dispar a circunstancias económico-patrimoniales perfectamente análogas. La igualdad de trato exige, por consiguiente, una homogeneidad normativa, una “igualdad en la Ley” que permita al procedimiento alcanzar su finalidad por excelencia y optimizar la satisfacción de la masa pasiva.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que acabamos de enumerar, en ocasiones se ha de matizar esa regla general y resulta necesario aplicar un régimen jurídico diferenciado a determinadas relaciones jurídicas. El estudio del Derecho concursal comparado nos enseña que los procedimientos de insolvencia nacionales no persiguen una satisfacción perfectamente igualitaria de todos y cada uno los créditos, sino que prestan atención a su naturaleza específica. El objetivo de este modo de proceder es salvaguardar la seguridad jurídica en el tráfico económico, privilegiándose o subordinándose determinadas deudas en función de sus características. Asimismo, casi huelga decirlo, aunque la estructura general del concurso pueda ser muy similar de un Estado a otro, cada ordenamiento prevé unos efectos concretos diferentes para tratar la insolvencia que, en ocasiones, deberá ser tenida en consideración por las normas de Derecho internacional privado para no menoscabar unas legítimas expectativas de crédito. La regulación europea de la insolvencia transfronteriza no debe desconocer esta realidad, pues el procedimiento concursal con elementos extranjeros no puede concebirse como una *tabula rasa* que desvincule total y absolutamente las obligaciones, tal y como fueron originalmente constituidas en el momento de su constitución, de su ulterior tratamiento como elemento constitutivo de la masa pasiva. Por ese motivo, los arts. 5 a 15 Reglamento 1346/2000 han configurado una serie de circunstancias para las que no opera la *lex fori concursus*. Dichas salvedades tienen la consideración de excepción y, en consecuencia, además de aparecer expresamente formuladas, serán objeto de una interpretación estricta y su alcance no podrá ir más allá de lo necesario para lograr su finalidad.

2. Una de estas singularidades se refiere a las normas que regirán la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa. Si bien el art. 4.2º.m) Reglamento 1346/2000 establece que la ley del Estado de apertura disciplinará esos efectos del concurso, el art. 13 del mismo texto prevé una excepción a esa regla general y se remite a la *lex causae* –entendida como la Ley sobre la que se sustenta la relación jurídica que hubiese dado origen al acto susceptible de impugnación–. Para activar esta posibilidad, se requiere que quien se haya beneficiado de uno de estos actos deba probar la concurrencia de dos requisitos: de un lado, que dicho acto esté sujeto al ordenamiento de un Estado miembro distinto al de apertura y, de otro, que en ese caso concreto la Ley no permita la impugnación de ninguna forma. Expresándolo en otros términos, si la *lex causae* no admite la impugnación bajo ningún supuesto, entonces la *lex fori concursus* –que, *a sensu contrario*, sí permitiría la impugnación– no será aplicable. Visto desde este prisma, nos percatamos que el legislador europeo está configurando una regla de inmunidad condicionada, pues se impide que el procedimiento de insolvencia pueda afectar, mediante su anulación, a determinados actos cuando la Ley por la que hubiesen sido constituidos no lo admitiese. Claramente, la finalidad de esta disposición no es otra que salvaguardar la seguridad jurídica: si algún operador en el mercado, al amparo de un determinado ordenamiento, ha podido prever que una actuación no era en absoluto impugnabile en sede de insolvencia, no deberían cambiarse las “normas de juego” sobrevenidamente. El precio de la incertidumbre es la inacción, lo cual perjudicaría el buen funcionamiento de los intercambios comerciales que se desarrollan entre los Estados miembros que conforman el mercado interior.

En el supuesto de hecho que ahora nos ocupa, el TJ se pronuncia sobre el contenido y alcance del segundo requisito estipulado por el art. 13 Reglamento 1346/2000 para exceptuar la aplicación de la *lex fori concursus* a los actos perjudiciales para la masa activa: que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la Ley del Estado miembro a la que esté sometido dicho acto no permita su impugnación en ningún caso. Su razonamiento se estructura en cuatro bloques, a lo largo de los cuales se desgrana la interpretación auténtica de este inciso: primero, cómo han de valorarse las circunstancias que conducirían a la aplicación de la *lex causae*; segundo, a quién le corresponde alegar la imposibilidad de impugnación y aportar la prueba pertinente a este respecto; tercero, si la inimpugnabilidad se restringe a las disposiciones de Derecho concursal de la *lex causae* o si, por el contrario, se refieren a las demás disposiciones y a los principios generales del ordenamiento aludido; y, en último lugar, si, además del demandado por el acto perjudicial, también puede presentar prueba sobre el Derecho aplicable quien demande su impugnación.

3. La primera cuestión se refiere a la manera en que deben apreciarse las circunstancias que rodean el acto perjudicial. En palabras de la propia Sentencia, lo que el tribunal remitente desea dilucidar es “si el art. 13 del Reglamento nº1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está sujeta al requisito de que el acto de que se trate no pueda ser impugnados sobre la *lex causae*, habida cuenta de todas las circunstancias del caso o si, en cambio, bastará con una alusión formal al ordenamiento de otro Estado para enervar la sujeción del procedimiento a la *lex fori concursus*.”

Lo cierto es que esta pregunta puede resultar algo sorprendente para el lector español, pues la literalidad del art. 13 del Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia consagra, sin ningún género de dudas, el análisis casuístico. Ahora bien, la versión fina de ese precepto –de donde procede la cuestión prejudicial– adolece de una sintomática divergencia con respecto a las traducciones a otras lenguas ya que, en ningún momento, aparece la expresión “en ese caso concreto” ni ninguna locución análoga. Según ha reiterado la jurisprudencia europea, para resolver las controversias hermenéuticas derivadas de discordancias lingüísticas se debe recurrir a un doble criterio: atender el contexto en que se encuadra la disposición problemática y observar cuál es su finalidad específica. Tal y como hemos comentado cuando describíamos el sistema de ley aplicable que se articula en el Reglamento 1346/2000, la intención del legislador ha sido configurar un modelo de regla general flexible. En su virtud, preferentemente regirá la *lex fori concursus*, aunque ello no impide que excepcionalmente se aplique otro criterio, como puede ser la *lex causae*, si la salvaguarda de la seguridad jurídica así lo requiere. En la medida que el art. 13 Reglamento 1346/2000 establece una excepción a la norma general, debe interpretarse de una manera estricta y su alcance no podrá exceder de lo escrupulosamente necesario para lograr su objetivo. Indudablemente, dicha interpretación estricta nos exige descender a las circunstancias del caso concreto pues, de lo contrario, el juicio de excepcionalidad no podría realizarse de un modo apropiado. Por ello, en conclusión, los condicionantes fácticos son jurídicamente relevantes para determinar si procede o no la aplicabilidad de la *lex causae* a los actos perjudiciales, no siendo suficiente con una mera invocación formal del ordenamiento de otro Estado.

4. En segundo término, se plantea a quién le corresponde alegar la imposibilidad de impugnar el acto perjudicial y, por lo tanto, asumir la carga de la prueba. El TJ no alberga ninguna duda a este respecto: será el demandado por la acción rescisoria concursal el que deba alegar la excepción fundada en la *lex causae*. Tal interpretación se conjuga perfectamente con los principios generales del Derecho procesal en relación con el *onus probandi*, pues el deber de presentar prueba necesariamente ha de recaer sobre la parte que efectúa una alegación y pretende beneficiarse con ella. Recordemos que toda alegación es un acto interesado, pues se suscita por una de las partes intervinientes en el procedimiento para reforzar su postura y obtener un correlativo beneficio. En este orden de cosas, la utilidad de alegar que la *lex causae* de un acto perjudicial no permite llevar a cabo su impugnación es muy evidente: impedir que se pueda revocar el cobro de un crédito ya percibido. Por ese motivo, el único beneficiario posible de esta previsión normativa será el demandado por la acción rescisoria concursal,

a quien se le concede la opción de esgrimir este argumento para enervar unos efectos económicos potencialmente perjudiciales para él.

No obstante, el Reglamento 1346/2000 no define en ningún momento cómo se llevará a término la práctica de la prueba, qué medios serán admisibles ni los criterios que deberán inspirar las apreciaciones del Juez (tanto para valorar la dimensión de los hechos como para articular el régimen de las normas que, provenientes de otro ordenamiento, deberán desplegar sus efectos en el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia). No es de extrañar, pues el principio de autonomía procesal establece que los aspectos concretos del procedimiento de insolvencia han de ser regulados por el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Eso sí, el Derecho europeo impone dos criterios que deben ser convenientemente apreciados: de un lado, el *principio de equivalencia* prohíbe que las reglas de Derecho interno traten de un modo comparativamente desfavorable a aquellas situaciones donde concurra un elemento extranjero concerniente a otro Estado de la Unión; y, del otro, el *principio de efectividad* obliga que la legislación nacional permita apreciar las normas europeas de un modo justo, preciso y ponderado. La intención consiste en evitar dos situaciones que, aunque antagónicas, acabarían causando una grave disfunción al régimen de impugnación de los actos perjudiciales. En primer lugar, si se estableciesen excesivas trabas para admitir y valorar la *lex causae*, se haría irrealizable la aplicación del art. 13 y, en última instancia, sólo regiría la *lex fori concursus*. Ello lesionaría la seguridad jurídica, pues algunos actos que tendrían que ser merecedores de un tratamiento procesal específico se acabarían disciplinando por el ordenamiento que se pretendía evitar. En sentido contrario, una interpretación excesivamente indulgente facilitaría hasta tal punto la impetración del art. 13 que éste dejaría de concebirse como una excepción. Llevándolo al extremo, se llegaría a una situación absurda, en la que se daría una inversión en la carga de la prueba: el demandante tendría que probar la aplicabilidad de la *lex fori concursus* con la sola insinuación de su demandado de que habría que aplicar la *lex causae*.

5. En la cuarta cuestión prejudicial se valora qué disposiciones de la *lex causae* determinarán la inimpugnabilidad del acto perjudicial; o, para ser más precisos, si únicamente habría que valorar la legislación en materia de insolvencia o si se tendría que tener en cuenta todas las ramas y principios de dicho ordenamiento jurídico. El Tribunal responde que, en aras de salvaguardar la confianza legítima, debe considerarse la *lex causae* en toda su extensión. Esa es la postura más coherente si se tiene en cuenta que el Derecho concursal no es una disciplina jurídica autónoma, sino que se integra en una categoría mucho más amplia: el Derecho patrimonial. No sin razón, el concurso de acreedores consiste en un complejo mecanismo procesal que pretende optimizar la satisfacción de los créditos cuando el deudor se halla en situación de insolvencia y, por eso, no puede dejar de nutrirse de las mismas fuentes y principios que el resto del Derecho privado. En suma, la indicación del art. 13 Reglamento 1346/2000 de que el acto objeto de rescisión no es impugnabile “en ningún caso” tiene un carácter reforzado. Se debe constatar entonces que concurren los suficientes elementos de juicio para concluir la inimpugnabilidad de dicho acto y, en paralelo, también tendrá que demostrarse que no existe ninguna circunstancia fáctica o impedimento legal que se oponga a dicha valoración.

Al hilo del anterior razonamiento podemos ofrecer una respuesta a la quinta y última cuestión, relativa a si el demandante también puede presentar alegaciones con respecto al Derecho aplicable. Convertir el Derecho extranjero aplicable a un procedimiento de insolvencia en un elemento litigioso permite, sin lugar a dudas, que el juicio de excepcionalidad sea aún más preciso. Por supuesto, en la medida que añadimos filtros para verificar que, efectivamente, la impugnación acto perjudicial debe regirse por una Ley distinta a la del Estado de apertura, más atinada podrá la decisión a favor de excluir la reintegración a la masa sobre la base de la *lex causae* de la relación jurídica subyacente o, en cambio, proceder a la reincorporación del crédito.

6. En conclusión, hemos de calificar como muy positiva la interpretación que presenta el TJ en la Sentencia aquí examinada. Los criterios que deben seguir las jurisdicciones nacionales para aplicar el art. 13 Reglamento 1346/2000 se señalan de forma perfectamente precisa y clara, resultando coherentes con el modelo normativo seguido por el Derecho concursal europeo: la *universalidad mitigada*. Al conjugar la regla general de la *lex fori concursus* con una excepción fundada en la *lex causae*, se consi-

gue que el régimen de Ley aplicable a los actos perjudiciales para la masa pasiva pueda salvaguardar la seguridad jurídica y las legítimas expectativas de crédito cuando sea necesario, sin que por ello se menoscaben las indudables ventajas que resultan de establecer un sistema de unidad normativa. Se logra así una suerte de cuadratura del círculo, cuyos beneficiarios últimos son los operadores económicos que desarrollan sus actividades en el mercado interior.

2016/59.– Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Sentencia de 15 octubre 2015. Asunto C-310/14. Ponente: M. Berger.

Cuestión prejudicial.– Reglamento (CE) nº 1346/2000: arts. 4 y 13.– Procedimiento de insolvencia.– Actos perjudiciales.– Acción de devolución de pagos efectuados antes de la incoación del procedimiento de insolvencia.– Ley del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia.– Ley de otro Estado miembro que regula el acto controvertido.– Ley que “en ese caso concreto [...] no permite en ningún caso que se impugne dicho acto”. – Carga de la prueba.

Normas aplicadas: Arts. 4, ap. 2, letra m), y 13 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

19. De este modo, el art. 13 Reglamento nº 1346/2000 tiene por objeto proteger la confianza legítima de quien se ha beneficiado de un acto perjudicial para los acreedores, estableciendo que este acto seguirá estando regulado, aun después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, por el Derecho que le era aplicable en la fecha en la que se realizó, a saber, la *lex causae*.

20. Pues bien, se desprende claramente de este objetivo que la aplicación del art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 exige que se consideren todas las circunstancias del caso concreto. En efecto, no cabe confiar legítimamente en que la validez de un acto se apreciará, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, haciendo abstracción de estas circunstancias, siendo así que, a falta de la apertura de tal procedimiento, deberían ser tenidas en cuenta.

21. Además, la obligación de interpretar estrictamente la excepción prevista en el art. 13 de dicho Reglamento se opone a una interpretación extensiva del alcance de este artículo que permita a quien se ha beneficiado de un acto perjudicial para los acreedores escapar a la aplicación de la *lex fori* concursus invocando de manera meramente abstracta el carácter no recurrible del acto de que se trate sobre la base de una disposición de la *lex causae*.

22. En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 13 Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está sujeta al requisito de que el acto de que se trate no pueda ser impugnado sobre la base de la *lex causae*, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto.

[...]

29. En particular, en lo que atañe al principio de efectividad mencionado en el apartado anterior de la presente sentencia, éste se opone, por un lado, a la aplicación de normas procesales nacionales que harían imposible en la práctica o excesivamente difícil el recurso al art. 13 Reglamento nº 1346/2000, al establecer normas demasiado estrictas, en particular, en lo relativo a la prueba negativa de la inexistencia de circunstancias determinadas. Por otro lado, este principio se opone a las normas nacionales relativas a la prueba demasiado poco exigentes, cuya aplicación llevaría, en la práctica, a invertir la carga de la prueba prevista en el art. 13 del mencionado Reglamento.

30. Sin embargo, la mera dificultad para aportar prueba de la existencia de las circunstancias en las que la *lex causae* excluye que se puede impugnar el acto de que se trata, o, en su caso, de la inexistencia de estas circunstancias, previstas por la *lex causae*, en las que dicho acto puede ser impugnado, no

menoscaba, en sí misma, el principio de efectividad, sino que responde más bien al requisito, evocado en el ap. 18 de la presente sentencia, de interpretar estrictamente el antedicho artículo.

31. En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que, para aplicar el art. 13 Reglamento nº 1346/2000, y en el supuesto en que el demandado en una acción de nulidad, de anulación o de inoponibilidad de un acto invoque una disposición de la *lex causae* según la cual este acto sólo es impugnabile en las circunstancias previstas por dicha disposición, incumbe a dicho demandado alegar la inexistencia de estas circunstancias y aportar prueba de ello.

[...]

35. En efecto, por un lado, el tenor del art. 13 Reglamento nº 1346/2000 milita claramente en favor de tal interpretación, dado que impone al beneficiario de un acto perjudicial la carga de aportar prueba de que dicho acto no es impugnabile “en ningún caso”. Por otro lado, no puede existir confianza legítima en que un acto, que es impugnabile sobre la base de una disposición o de un principio general de la *lex causae*, será apreciado, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, únicamente a la luz de las disposiciones de la *lex causae* aplicables en materia de insolvencia.

36. En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el art. 13 Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la expresión “no permite en ningún caso que se impugne dicho acto” se refiere, además de a las disposiciones de la *lex causae* aplicables en materia de insolvencia, a todas las disposiciones y principios generales de esta ley.

[...]

44. De ello se deriva que el tribunal nacional competente no puede considerar que corresponde al demandante en una acción de nulidad, de anulación o de inoponibilidad de un acto aportar prueba de una disposición o de un principio de la *lex causae* en virtud de los cuales este acto puede impugnarse cuando dicho tribunal considera que el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente, a la luz de las reglas habitualmente aplicables según su Derecho procesal nacional, que el acto de que se trata es inimpugnabile en virtud de la *lex causae*. No obstante, el establecimiento, respetando los criterios de efectividad y de equivalencia, de los criterios que permiten apreciar si el demandante ha aportado realmente esa prueba forma parte de la autonomía procesal del Estado miembro afectado.

45. En estas circunstancias, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que el demandado en una acción de nulidad, de anulación o de inoponibilidad de un acto debe demostrar que la *lex causae*, en su conjunto, no permite impugnar dicho acto. El tribunal nacional que conoce de tal acción sólo puede considerar que incumbe al demandante aportar prueba de la existencia de una disposición o de un principio de la *lex causae* en virtud de los cuales este acto puede impugnarse cuando dicho tribunal considera que el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente, a la luz de las reglas habitualmente aplicables según su Derecho procesal nacional, que el acto de que se trata es inimpugnabile en virtud de la *lex causae*.

[NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS BV Y SPOTLAND OY, EN LIQUIDACIÓN]

NULIDAD DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CONSUMIDOR. SOMETIMIENTO A LOS TRIBUNALES DE LUXEMBURGO. INEFICACIA

2016/60.— Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, Auto nº 281/2015, de 23 octubre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Inmaculada Melero Claudio. JUR 2016\14019.

Solicitud de nulidad de un préstamo hipotecario suscrito entre nacionales extranjeros respecto de bien inmueble radicado en España.— Demandante persona física residente en España.— Demandado entidad bancaria domiciliada en Luxemburgo en proceso de liquidación.— Competencia

judicial internacional.– Cláusula de sometimiento a los tribunales de Luxemburgo.– Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia.– Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.– Protección del consumidor.

Normas aplicadas: Art. 15.1º.c) Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 11 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

Debe decirse que en el presente caso, los actores pretenden ante los Juzgados y Tribunales españoles que se declare la nulidad del préstamo y de la hipoteca concertados entre las partes sobre un inmueble sito en España e inscrito en el Registro de la Propiedad nº 7 de Málaga (art. 104 LH). Por lo que sería aplicable al caso el Reglamento 44/2001 del Consejo (Unión Europea), de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que forma parte de la legislación española desde el día 2 mayo 2002. El citado Reglamento reconoce la jurisdicción exclusiva de los tribunales donde radique el inmueble para conocer de las acciones reales sobre el mismo, y la de los tribunales donde radique el Registro cuando se trate de demandas relativas a la validez de inscripciones en registros públicos. En consonancia con dicha norma comunitaria el vigente art. 22.1º LOPJ establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales españoles para conocer en materia de derechos reales de inmuebles que se hallen en España, y en materia de validez o nulidad de inscripciones practicadas en un Registro español.

Por la mercantil Lansbanki Luxembourg, S.A. se alegó falta de competencia del Juzgado de Instancia, por cuanto que dicha sociedad se encuentra en situación de concurso desde el día 8 octubre 2008, fecha en la que el Tribunal de Distrito de Luxemburgo declaró su suspensión de pagos y mediante sentencia de fecha 12 diciembre 2008 decreto su disolución y puesta en liquidación. Por ello, entiende que todas las acciones que se dirijan contra la misma deben reconducirse a esa liquidación de conformidad con lo establecido en el art. 49 de la Ley Concursal. El art. 11 de la Ley Concursal, siguiendo el modelo del Reglamento (CE) nº 1.346/2000, dispone que “En el ámbito internacional, la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso”. El art. 1.2º.b) del Convenio de Bruselas excluye de su ámbito de aplicación “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”, y en base al mismo la STJCE 22 febrero 1979 ha interpretado que las acciones cuyo fundamento jurídico inmediato o directo se encuentre en el Derecho concursal y que se inserten estrechamente en un procedimiento de insolvencia, no entran en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. (...) El art. 199 Ley Concursal dispone que “Las normas de este título se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia”. Ahora bien, el art. 1 Reglamento 1346/2000 excluye de su aplicación a las entidades de crédito, al disponer que “El presente Reglamento no se aplicará a los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva”. Por ello, si el Reglamento de la CE 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencias no resulta de aplicación tratándose de insolvencias que afecten a entidades de crédito, habrá que exigirse la necesidad de reconocimiento en España de la resolución extranjera sobre insolvencia, y aquí resultaría de aplicación el art. 220 Ley Concursal.

[...]

Pero en el presente caso la demandada no denunció mediante declinatoria la supuesta falta de competencia (art. 39 LEC), ni consta su reconocimiento en España mediante el procedimiento de exequátur

regulado en la LEC (art. 200 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), siendo estos los motivos por los que la sentencia dictada por esta Sala con fecha 18 febrero 2013, desestimó la alegación de la falta de competencia de los tribunales españoles para conocer de un proceso instado contra la hoy recurrida por estar declarada en concurso. En similares términos se pronunció el auto dictado por la Sección Cuarta de esta Audiencia con fecha 18 julio 2014.

[...]

Ahora bien, es significativo indicar que, conforme a lo establecido en el art. 223 Ley Concursal “1. Salvo en los supuestos previstos en los arts. 201 a 209, las resoluciones extranjeras reconocidas producirán en España los efectos que les atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento”. Es decir, que aún cuando se hubiera obtenido el reconocimiento de la resolución de insolvencia, las resoluciones extranjeras producirán en España los efectos que les atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento salvo que estemos en presencia de los supuestos contemplados en los arts. 201 a 209 Ley Concursal, lo que, a sensu contrario significa que, en dichos supuestos, la resolución extranjera reconocida no producirá en España los efectos que le atribuya la ley extranjera, siendo así que, el art. 201 Ley Concursal dice “Los efectos del concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor, comprendidos los conjuntos de bienes cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de éste”, y el art. 206 de la citada Ley establece que “Los efectos del concurso sobre los contratos que tengan por objeto la atribución de un derecho al uso o a la adquisición de un bien inmueble se regirán exclusivamente por la ley del Estado donde se halle”.

Por otra parte, todo lo anterior no puede quedar desvirtuado por lo dispuesto en el art. 19 Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que se cita en la resolución recurrida. Dicho precepto establece que “cuando respecto a una entidad de crédito autorizada en un Estado miembro de la Unión Europea que tenga al menos una sucursal o preste servicios en España se haya adoptado una medida de saneamiento o incoado un procedimiento de liquidación, dicha medida o procedimiento surtirá, sin más formalidades, todos sus efectos en España tan pronto como lo haga en el Estado miembro en el que se haya adoptado la medida o incoado el procedimiento”. En primer lugar, de dicho precepto no se deduce que el hecho de que el procedimiento de liquidación incoado en Luxemburgo surta efectos en España, implique que se reconozca competencia a los Tribunales de ese país para conocer de procedimientos como el que nos ocupa, por mera aplicación del art. 86 ter LOPJ, norma interna española, pues no consta que el ordenamiento interno luxemburgués atribuya el conocimiento del asunto al Juez que ha declarado dicha liquidación. Esto es, el Juez a quo ha declinado el conocimiento del litigio a favor de un tribunal extranjero, pero aplicando, para llegar a esta determinación, normas internas de la legislación española, sin entrar a analizar lo que se establece en los Reglamentos Europeos y en las resoluciones dictadas en este sentido por el TJCE, que ya hemos citado, ni ha procedido al examen de los principios de competencia internacional en caso de reclamaciones sobre bienes inmuebles que se recogen en la propia Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito que se cita.

[...]

PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

2016/61.– Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Sentencia de 10 diciembre 2015. Asunto C-594/14. Ponente: Sra. M. Berger.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Procedimientos de insolvencia.– Reglamento (CE) nº 1346/2000: Art. 4, ap. 1.– Determinación de la ley aplicable.– Normativa de un Estado miembro que prevé la obligación del administrador de una sociedad de reembolsar a ésta los pagos realiza-

dos después de que se haya producido la insolvencia.— Aplicación de esta normativa a una sociedad constituida en otro Estado miembro.— Arts. 49 TFUE y 54 TFUE.— Restricción de la libertad de establecimiento.— Inexistencia.

Normas aplicadas: Art. 4 Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

21. *En estas circunstancias, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que el art. 4 Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en su ámbito de aplicación una demanda presentada contra el administrador de una sociedad de Derecho inglés o galés, incurso en un procedimiento de insolvencia abierto en Alemania, ante un tribunal alemán por el administrador concursal de esa sociedad y que tiene por objeto, con arreglo a una disposición nacional como el art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG, la devolución de los pagos efectuados por el administrador de la sociedad antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero después de la fecha en que se hubiera fijado la insolvencia de la referida sociedad. [...]*

26. *En efecto, en primer lugar, de la resolución de remisión se deriva que, en el contexto del litigio principal, no se pone en duda la capacidad jurídica de la sociedad deudora. El tenor del art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG parece incluso excluir tal cuestionamiento, dado que la aplicación de dicha disposición presupone la existencia de una “sociedad”.*

27. *En segundo lugar, la responsabilidad personal de los administradores de una sociedad con arreglo al art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG no está vinculada al hecho de que el capital de dicha sociedad no alcance el importe mínimo previsto por la legislación alemana o por la legislación conforme a la cual haya sido constituida dicha sociedad, sino únicamente, en esencia, al hecho de que los administradores de tal sociedad hayan realizado pagos en una fase en la que estaban obligados, con arreglo al art. 64, ap. 1, de la GmbH, a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.*

28. *Habida cuenta de lo que precede, la aplicación de una disposición nacional como el art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG no se refiere en absoluto a la constitución de una sociedad en un Estado miembro concreto ni a su establecimiento posterior en otro Estado miembro, puesto que esta disposición de Derecho nacional sólo resulta aplicable después de la constitución de dicha sociedad, en el marco de su actividad, y, más concretamente, bien a partir del momento en el que debe considerarse, con arreglo al Derecho nacional aplicable en virtud del art. 4 Reglamento n° 1346/2000, que es insolvente, o bien a partir del momento en el que se haya declarado su endeudamiento excesivo de conformidad con el Derecho nacional. Una disposición nacional como el art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG no afecta, por tanto, a la libertad de establecimiento.*

29. *En esta situación, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los arts. 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen a la aplicación de una disposición nacional como el art. 64, ap. 2, primera frase, de la GmbHG al administrador de una sociedad de Derecho inglés o galés incurso en un procedimiento de insolvencia abierto en Alemania.*

[SIMONA KORNAAS Y THOMAS DITHMAR, EN SU CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR CONCURSAL DE KORNAAS MONTAGE UND DIENSTLEISTUNG LTD]

MATRIMONIO

MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA SIN PREVIA DISOLUCIÓN DEL CONTRAÍDO EN EL EXTRANJERO

2016/62.– Audiencia Provincial de León, Sección Tercera, Sentencia nº 480/2015, de 22 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Adolfo Mallo. JUR 2015\270352.

Matrimonio ilegal.– Error de prohibición invencible: inapreciable.– Celebración de matrimonio en España sin haberse disuelto el anterior celebrado en República Dominicana.– Trámites de divorcio del matrimonio anterior no concluidos.

Normas aplicadas: Art. 217 del Código penal.

[...]

“Se declara probado que el día 22 septiembre 2012 el acusado Don Dimas, mayor de edad, natural de la republica Dominicana y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia (condenado ejecutoriamente en sentencia firme de 24 agosto 2011 por delito contra la salud pública a la pena de un año y seis meses de prisión, a sabiendas de que se encontraba aun legalmente casado con D^a Isabel, contrajo en León nuevo matrimonio con D^a Nieves, tras haber incidido, pero no concluido, los trámites de divorcio, circunstancia que el acusado conocía perfectamente. La Sentencia de divorcio que disolvía el matrimonio del acusado fue dictada el 2 diciembre 2012 por la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal, después de celebrado el segundo matrimonio en España, y de su inscripción en el Registro Civil español”.

Se denuncia en el recurso indebida aplicación del art. 217 del código penal por no concurrir el elemento subjetivo del tipo, realización de la conducta “a sabiendas”, al actuar el apelante en la creencia de que cuando contrajo el segundo matrimonio en España se encontraba disuelto por divorcio el primer matrimonio que había contraído en su país de origen Republica Dominicana.

El motivo no puede ser acogido por las razones que se contienen en el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada que la sala comparte y hace suyas.

Se pretende que en la conducta del hoy apelante concurrió un error de prohibición al creer que el 22 septiembre 2012, cuando contrae en nuestro país matrimonio con Nieves, podía hacerlo sin impedimento por haber sido disuelto por divorcio el anterior matrimonio que el 28 marzo 2007 el apelante había contraído en República Dominicana con Isabel, creencia basada en que así se lo había manifestado por teléfono el letrado al que había encomendado los tramites del divorcio en República Dominicana.

La prueba documental obrante en las actuaciones pone de relieve que en septiembre de 2012 se habían iniciado los trámites de divorcio del primer matrimonio contraído por el acusado en la República Dominicana, si bien la disolución de aquel matrimonio no tiene lugar hasta el 21 diciembre del mismo año en que se dicta la sentencia de divorcio según consta al folio 143 de las actuaciones, sin que el apelante acredite que, conforme al Derecho dominicano aplicable por ser la ley nacional común de los cónyuges, el primer matrimonio habría quedado disuelto en fecha 9 febrero 2012 en que se otorga acta notarial de estipulación y convenciones, prueba de contenido y vigencia del derecho extranjero que corresponde a la parte apelante que lo invoca en su beneficio de conformidad con lo establecido en el art. 12.6º Cc, siendo pues acertado entender, en ausencia de prueba en contrario, que el impedimento no desaparece hasta la disolución del vínculo matrimonial por efectos de la sentencia recaída en el procedimiento de divorcio, conforme al criterio que se contiene en la sentencia apelada y compartimos en la alzada.

Por otro lado, el acusado reconoce expresamente que sabía que no podía casarse en España hasta estar divorciado en la República Dominicana del anterior matrimonio, no siendo creíble su alegato de

que fue su abogado quien le indicó por teléfono que ya podía casarse, pues se trataría de un grosero error por parte de su asistencia jurídica que hubiera precisado de la declaración del referido letrado para aclarar tal extremo, declaración que ni siquiera ha sido propuesta, por lo que entendemos tal manifestación no pasa de ser un alegato exculpatorio carente de soporte probatorio, debiendo pues concluir que el acusado era perfecto conocedor de la subsistencia del vínculo matrimonial que le impedía celebrar el nuevo matrimonio, incurriendo en suma en el delito de matrimonio ilegal por el que viene condenado, resultando ponderada la pena impuesta próxima al mínimo legalmente previsto.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y TITULARIDAD DE BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE EL MATRIMONIO

2016/63.– Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 564/2015, de 30 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Nuñez. ROJ: SAP MA 2776/2015 – ECLI:ES: APMA: 2015:2776.

Matrimonio celebrado en Londres entre canadiense y argelina.– Adquisición de bienes inmuebles constante el matrimonio.– Bienes radicados en España y el Francia.– Disputa sobre los bienes: calificación.– Efectos del matrimonio y régimen económico matrimonial o simple negocio jurídico ajeno a cualquier relación matrimonial.– No debe prevalecer la calificación matrimonial.– Irrelevancia del régimen económico.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 9º, 10.1º, 5º, 7º, 1195, 1196, 1439 Cc; art. 38 LH; arts. 21 y 22 LOPJ/1985.

[...]

Planteado el debate en los términos señalados, importante es destacar de inicio que la competencia del tribunal de apelación, dado el alcance que tiene la segunda instancia en la LEC, le coloca en una posición frente a los litigantes que ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, sin que esté autorizado para separarse de los términos en que el debate se desenvolvió, debiendo conocer íntegramente sobre la cuestión resuelta en la primera instancia, con plenitud de conocimiento o de jurisdicción, con el único límite adoptado por las partes en el recurso, viniendo obligado a respetar el principio pendiente *appellatione nihil innovetur*, lo que significa que las partes no pueden alterar las alegaciones de hecho o de derecho que invocaran en su correlativos escritos rectores de demanda y contestación, ya que ello provocaría clara y manifiesta indefensión a la parte contraria, consideración preliminar que exponemos a fin de inadmitir el cambio de posicionamiento que lleva a cabo la demandada–apelante en esta alzada respecto a la que mantuviera durante la primera instancia, ya que si en ésta su tesis fue que al contraer matrimonio el Sr. Gonzalo con la demandante lo hizo en régimen de absoluta separación de bienes, y así viene a recogerlo expresamente en el hecho primero del escrito de contestación a la demanda (“... ningún derecho ostenta (la Sra. Marisol) sobre los mismos siendo a todos los efectos una mera titular fiduciaria... contrajo matrimonio con mi mandante en fecha 28 octubre 1983 conforme a las leyes del estado del que ella es nacional, en régimen de separación de bienes...”), ahora, en alzada, cuando en sentencia se acoge este extremo, no cabe cuestionar el no estar acreditado el régimen económico matrimonial, máxime cuando sucede que la adversa demandante se aquieta al fallo judicial de instancia, sin que ninguna alegación expresa efectuara en escrito inicial de demanda acerca de qué concreto régimen económico matrimonial fuera el aplicable durante la vigencia del matrimonio, posiblemente, como veremos, por carecer de trascendencia alguna a los efectos resolutorios de la litis; separación de bienes que, además, cabe inferir de dos hechos convenientemente probados, uno que en las escrituras de compraventa de los bienes inmuebles objeto de litis no se dice que esas adquisiciones se llevaran a cabo en favor de la sociedad de gananciales, y otro, que en las certificaciones registrales que como documentos 4 a 7 se acompañaran a la demanda consta que esas adquisiciones, constante el matrimonio, se llevaron a cabo por los esposos por mitades indivisas, esto

significa con meridiana claridad que la controversia judicial suscitada entre las partes no se rige por la ley personal de los ex “cónyuges”, dado no estar en presencia de un problema que derive de los efectos de un matrimonio, sino, como bien razona la juzgadora de instancia en sentencia dictada, ante un supuesto que afecta a bienes raíces que se encuentran en España y sobre los que fueran marido y mujer aparecen como meros “copropietarios” y, por ende, sometidos a la legislación sustantiva española, conforme a la regla *lex rei sitae* y los arts. 21 y 22 LOPJ, no operando ninguna de las propuestas que interesa la recurrente acerca de si la legislación aplicable debe ser la inglesa, francesa o canadiense, ni, por supuesto, la retroacción de las actuaciones con declaración de nulidad de la sentencia recurrida, procediendo afirmar categóricamente el estar ante un litigio que se suscita en territorio español entre dos extranjeros en relación con determinados derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España, lo que determina la aplicación de la legislación nacional a virtud de lo previsto en el art. 10.1º Cc, excluyendo toda posibilidad de debatir acerca del inmueble ubicado en París (Francia) y consecuencias económicas que del mismo puedan derivar, determinando el fracaso de la excepción alegada de compensación de créditos y la aplicación de las normas contenidas en los arts. 1195 y 1196, ambos Cc; es más, la hipótesis defendida por la demandada apelante carece de sustento legal, habida cuenta que ya fuera el régimen económico matrimonial de los ex esposos litigantes durante la vigencia de su matrimonio el de gananciales, ya el de separación absoluta de bienes, dicho debate no constituye obstáculo alguno a que sean los tribunales españoles los que ventilen la controversia judicial de fondo suscitada, por cuanto que, como se viene diciendo, esos bienes inmuebles transmitidos por el demandado, utilizando para ello poder que le fuera otorgado por la esposa el 24 octubre 1995 en el Consulado General de España en París, no constan como bienes gananciales o privativos de uno u otro cónyuge, sino que aparecen registralmente inscritos como de cotitularidad de los dos esposos, es decir, ajeno a cuestiones o regímenes económico matrimoniales, es, simplemente, un proindiviso al 50% de dos personas...

[...]

NULIDAD MATRIMONIAL. SIMULACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO

2016/64.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dicimoctava, Sentencia nº 6/2016, de 11 enero 2016. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Dolores Viñas Mestre. ROJ: SAP B 414/2016 – ECLI:ES:APB:2016:414.

Nulidad matrimonial.– Matrimonio celebrado en San Petersburgo por contrayentes español y rusa, respectivamente.– Solicitud de nulidad por vicio del consentimiento.– Ley aplicable: ley aplicable a la celebración del matrimonio.– Ley extranjera.– Utilización infructuosa de los mecanismos de cooperación para la averiguación del contenido de la ley extranjera.– Jurisprudencia: aplicación del Derecho español.– Inexistencia de causa de nulidad.– Desestimación de la demanda.

Normas aplicadas: Convenio de Londres relativo a la información sobre el Derecho extranjero, de 7 junio 1968; Convención de Montevideo sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, de 8 mayo 1979; art. 218 LEC; arts. 67, 68, 73 y 107 Cc.

La pretensión ejercitada es de nulidad del matrimonio celebrado en San Petersburgo el 3 abril 2010 por vicio del consentimiento. La pretensión ha sido desestimada en primera instancia contra cuya sentencia se alza el demandante reiterando su petición de nulidad. El art. 107 Cc establece que “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinaran de conformidad con la ley aplicable a su celebración”. El matrimonio se celebró en San Petersburgo por lo que la ley aplicable es la del país de la celebración del matrimonio. Pese a haberse suspendido el señalamiento inicial y haberse recabado por parte de la asistencia letrada de las partes y del Tribunal la legislación aplicable en San Petersburgo al Consulado y a la Embajada correspondiente y pese haberse requerido la recepción de dicha legislación a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (Autoridad Central designada en el Convenio

Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 6 junio 1968 y en la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero hecho en Montevideo el 8 mayo 1979) no se ha obtenido respuesta alguna. Dicha legislación tampoco está disponible en el CENDOJ. Entendemos cumplido lo dispuesto en el art. 218 LEC y a falta de prueba, que no se ha podido obtener por ninguno de los medios de que dispone este Tribunal, debemos aplicar la legislación española (STS 20 mayo 2015), concretamente el art. 73 Cc. Por otra parte entendemos que nunca sería aplicable una norma que admitiera la validez de un matrimonio que no ha consentido una de las partes (SAP Cádiz 9 abril 2005).

[...]

De las alegaciones vertidas en los escritos de demanda y de contestación y del contenido del interrogatorio se desprenden los siguientes hechos objetivos de los que no puede derivarse la existencia de discrepancia entre la voluntad real de la Sra. Fidela y la voluntad expresada en el momento de contraer matrimonio:

a) Los contrayentes se conocen a través de una agencia matrimonial en septiembre de 2008. Es el Sr. Pio el que viaja a San Petersburgo el 11 de septiembre y además de conocer a la Sra. Fidela con la que se entiende a través de una persona de la agencia que actúa de intérprete, también contacta con otras mujeres que le facilita la agencia.

b) En febrero de 2009 es la Sra. Fidela la que viaja a Barcelona con su hija. Con anterioridad viaja a España otra mujer de nacionalidad rusa con la que el Sr. Pio manifiesta no se llegaron a entender por ser persona de carácter muy fuerte. La Sra. Fidela viaja a España con un visado de dos semanas pero se queda cuatro meses conviviendo con el Sr. Pio. Ambos manifiestan que la convivencia fue buena durante estos meses.

c) Cuando la Sra. Fidela marcha a Rusia mantienen contacto a través de correos electrónicos.

d) El Sr. Pio explica que la intención de la Sra. Fidela era la de regresar a España en dos meses pero que tiene problemas con el visado por haber excedido el tiempo de estancia en España la primera vez y que incluso se intentó la obtención de otro visado por la agencia matrimonial. Fue el Sr. Pio el que le propuso matrimonio al haber sido buena la convivencia durante los cuatro meses al ser la única manera por la que podían conseguir que ella volviera a España.

e) El matrimonio se celebra en San Petersburgo en abril de 2010. El Sr. Pio regresa a España al día siguiente y tiene que volver a San Petersburgo para inscribir el matrimonio en el Consulado. La Sra. Fidela y su hija no vienen a España hasta el mes julio 2011 siendo la razón de ello la necesidad de realización de algún trámite con la documentación. En el ínterin el Sr. Pio reconoce que él ha ido a San Petersburgo.

f) Los problemas de pareja se producen con la convivencia después de celebrado el matrimonio. La Sra. Fidela niega la utilización de la web Badoo que dice no conocer, donde el Sr. Pio alega que ha subido unas fotos en las que aparece como soltera buscando pareja después de casarse y niega haber subido o publicado las fotografías. Afirma haber contraído matrimonio por amor y niega infidelidad.

Los hechos posteriores a la celebración del matrimonio que se alegan y pretender acreditar mediante la aportación de la copia de fotos publicadas en redes sociales por la demandada y de las cuales se pretende derivar la inexistencia de voluntad por parte de la misma de contraer matrimonio con el Sr. Pio con el contenido afectivo y obligacional propio del mismo, no pueden considerarse probados. Han sido negados por la demandada que afirma desconocer la página Badoo y que alega haber entrado en Facebook por indicación del demandante. No puede afirmarse que haya sido la accionada la que haya publicado dichas fotos ni la fecha de las mismas. La iniciativa en todo momento para contactar y contraer matrimonio ha sido del Sr. Pio, no apreciamos que por parte de la demandada haya habido un comportamiento activo e insistente tendente a contraer matrimonio para una vez obtenido el objetivo despreocuparse o actuar como si no lo hubiera hecho. Ambos refieren problemas de convivencia pero no se concreta o prueba la causa de dichos problemas o actitud que los genera. No se han aportado testigos ni otras pruebas indiciarias que permitan afirmar a través de presunciones que exista una discordancia entre la voluntad interna y la expresada por parte de la demandada al contraer matrimonio. No puede

derivarse la misma de los hechos anteriores y tampoco de los hechos posteriores que no quedan suficientemente probados. Por todo ello debe denegarse la petición del apelante y confirmarse la sentencia.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE ELEMENTOS RELEVANTES PARA LA APLICACIÓN DE LEY EXTRANJERA. AUSENCIA DE PRUEBA DE LA LEY EXTRANJERA

2016/65.– Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 49/2016, de 5 febrero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan JUR 2016\63373.

Matrimonio celebrado en Argentina entre cónyuges de nacionalidad argentina.– Solicitud de declaración de régimen económico matrimonial societario de la legislación argentina.– Falta de acreditación de la nacionalidad argentina.– Falta de acreditación del Derecho extranjero.– Aplicación del Derecho español.– Desestimación de la demanda

Normas aplicadas: Arts. 398 y 477.2º LEC.

La apelante, que permaneció en primera instancia en rebeldía, pretende se declare en esta instancia que su régimen económico matrimonial es el societario de la legislación argentina dado que el matrimonio se celebró en Argentina y ambos contrayentes eran argentinos.

[...]

A lo anterior añadimos que la parte solicitante no aporta prueba alguna de su condición nacional Argentina, que es negada por la parte contraria, ni la mínima prueba relativa al derecho que refiere ser de aplicación, y en tal sentido cabe hacer mención de la STS 20 mayo 2015, recurso 724/2013, según la cual: “La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa”.

Por lo referido el recurso se rechaza.

**LA NULIDAD MATRIMONIAL Y EL INCOMPRENDIDO
ART. 107 CC**

Pilar DIAGO DIAGO *

“Te escribiré cada día y las cartas siempre dirán lo mismo ¿cuándo vas a venir?” esta es una de las mejores frases que pronuncia *Gérard Depardieu* en la ya clásica comedia “matrimonio por conveniencia” dirigida por *Peter Weir* en 1990 y que en clave romántica presenta un fenómeno que, aún muy antiguo, sigue estando de plena actualidad. Los filtros que nuestra legislación establece no logra contener la celebración de estos matrimonios que en la versión jurídica que nos interesa, no son en realidad matrimonios pues su nulidad hace que cuando se detecte podamos hablar de su historia y su historia es, paradójicamente, la de los matrimonios que nunca existieron (para un análisis monográfico detallado v.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Zaragoza.

P. Diago Diago, “La nulidad de los matrimonios de conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron”, en *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, Huygens : Fundación Tres Culturas del Mediterráneo, 2009, pp. 282–313). En sentido estricto los matrimonios por conveniencia se pueden definir como aquellos que mediante la apariencia matrimonial se orientan de manera exclusiva a la obtención de un beneficio en el ámbito de la nacionalidad y/o la extranjería. Los más conocidos son aquellos en los que media una compensación económica.

Resulta inquietante lo fácil que es encontrar a nacionales españoles dispuestos a celebrar este tipo de uniones a cambio de dinero. Basta navegar por internet para encontrar anuncios como estos:

“Español de 27 años se ofrece para matrimonio por conveniencia, para chica latina ya que mis padres son sudamericanos y es más creíble. Precio a negociar”

“Chico Joven de 24 años Español se ofrece a mujeres extranjeras para Arreglar Papeles cobro 4. 500€ los gastos de la boda y del divorcio tendrías que pagarlo todo tu Aparte Seriedad”.

“Hola yo chica 26 años española estaría dispuesta a casarme por dinero con hombre extranjero (me da igual la edad) para obtener los papeles y poder venir a España. Anuncio serio, tú necesitas venir a España y yo el dinero. Envíame correo y hablamos”

(Anuncios extraídos de <https://www.milanuncios.com/ofertas-de-empleo/matrimonio-conveniencia.htm> consultada en día 5 julio 2016)

Sin embargo, el objeto de este comentario jurisprudencial se refiere a una dimensión mucho más refinada y aún perversa de este fenómeno: a la celebración del matrimonio con engaño al contrayente español que de buena fe cree casarse con su alma gemela y escribe una y otra vez la frase de *Gerard Depardieu* hasta que logra tener en España a su pareja, para descubrir con horror que ha sido víctima de un vil engaño.

Estos casos, cada vez más frecuentes, han sido objeto de análisis en este Anuario en varias ocasiones. Yo misma tuve la ocasión de estudiar un elenco de Sentencias que declaraban la nulidad de matrimonios en los que no existía consentimiento matrimonial por parte del contrayente extranjero (*AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 1024–1028). Lo que enlaza aquel análisis, plenamente vigente, con este y muestra una preocupante tendencia, son las argumentaciones jurídicas defectuosas que siguen nuestros Tribunales y que ponen de relieve al menos dos realidades, a saber:

i) Sigue sin detectarse los supuestos objeto de Derecho internacional privado y se continua una tendencia *legeforista* inaceptable de aplicación irreflexiva y automática del Derecho material español. El art. 107 Cc continúa siendo un precepto incomprensido por los prácticos del Derecho.

ii) Los antecedentes de hecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, objeto del presente comentario, nos sitúan ante un matrimonio de nacional español de vecindad civil aragonesa con nacional dominicana celebrado en República Dominicana. La parte actora solicita el divorcio. Posteriormente se presenta demanda reconvencional en la que se solicita la declaración de nulidad del matrimonio y la condena a la devolución de las cantidades de dinero prestadas por el marido a su esposa antes y después del matrimonio.

Concurren circunstancias, como se va a ver, que hubieran permitido alcanzar la certeza moral plena del que el matrimonio era por conveniencia al Encargado del Registro civil, que es al que le corresponde activar el sistema preventivo o reacción *a priori* de nuestra legislación frente a este fenómeno.

La Instrucción de la DGRN de 31 enero 2006 sobre los matrimonios de complacencia da pautas relativas a las presunciones como medio para acreditar la existencia de matrimonio por complacencia. El trámite para ello no es otro que el de la entrevista reservada y por separado de los contrayentes que debe realizarse en la instrucción del expediente matrimonial (*vid.* Instrucción del DGRN de 9 enero 1995 sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extran-

jero P. Diago Diago, “Matrimonios por conveniencia”, *Actualidad Civil*, 1996, pp. 329–347; P. Domínguez Lozano, “Instrucción de la DGRN de 9 enero 1995”, *REDI*, 1995, pp. 317–318). El matrimonio se celebró en República Dominicana por lo que no hubo lugar a desplegar este filtro, que es de presumir hubiera impedido la celebración de este matrimonio.

Las circunstancias a las que me refiero son las siguientes: se consideran hechos probados que la pareja se conoció en un chat, el marido comenzó a mandar cantidades periódicas de dinero lo que alertó a su familia que solicitó su incapacitación legal, comenzando el procedimiento correspondiente antes de que el oscense contrajera matrimonio con su esposa. Finalmente éste viaja a República Dominicana y ocultándose a su familia se casa, siendo declarado incapaz parcialmente. La sentencia declara que “el sometimiento del incapaz al régimen de curatela y la necesaria asistencia del curador para, entre otros supuestos, ‘dar y tomar dinero a préstamo por cuantías superiores a 500 euros’, ‘disponer a título gratuito de bienes o derechos’ y ‘cualquier acto relativo a su estado civil, matrimonio, nacionalidad, vecindad foral, etc.’” (FD 4º). A ello hay que añadir (junto con otros datos tales como el que los contrayentes no hicieron vida marital, que ella no conocía a la familia o amigos del marido, ni su profesión ni a lo que se dedica) que el esposo padecía desde el nacimiento un retraso mental con oligofrenia y un coeficiente intelectual de 45 equivalente a una edad mental de 12 años. La Sentencia señala que la mujer debió de conocer necesariamente la deficiencia síquica que padecía. Es más que previsible que la misma no hubiera pasado desapercibida al encargado del Registro Civil cuando hubiera realizado la entrevista reservada, de haberse intentado celebrar el matrimonio en España, activándose entonces la reacción *a priori* antes mencionada.

Pues bien, todos estos datos son más que suficientes para que la Sentencia confirme la nulidad del matrimonio por dos motivos: falta de capacidad suficiente del marido para contraer matrimonio válido y que la actora contrajo matrimonio con el único objeto de salir de su país y legalizar su situación en España. La fundamentación jurídica gira en torno a los preceptos Cc relativos a la nulidad del matrimonio art. 73 ss y art. 37 del Código de Derecho aragonés relativo a la invalidez de los actos de la persona no incapacitada. La Audiencia acierta en declarar la nulidad y acierta en aplicar el Derecho material español pero la argumentación que le conduce a ello es errónea como se verá después y el mismo origen del error se encuentra en que ya la Sentencia de primera instancia no detecta que existen elementos de extranjería que atraen, directamente, el supuesto al terreno del Derecho Internacional Privado.

Se trata de un matrimonio mixto, entre cónyuges de diferente nacionalidad, celebrado en el extranjero, por tanto, estamos ante una típica relación privada internacional objeto de nuestra disciplina que requiere un tratamiento jurídico adecuado. El mismo debería haber comenzado con el examen de la competencia judicial internacional del Tribunal. En ningún momento se plantea su competencia ninguno de los dos órganos jurisdiccionales (Juzgado de Primera instancia e Instrucción y Audiencia Provincial) cuando es la primera cuestión que debería haber dirimido.

El argumento correcto debería haber llevado a examinar la competencia conforme al RB II *bis*. Se trata de un supuesto que entra de lleno en su ámbito de aplicación y que otorga competencia general en asuntos relativos a la nulidad matrimonial (entre otros *vid.* art. 3) a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges. Pues bien, es este el motivo por el cual son competentes los Tribunales españoles. No lo es, la inercia que parece existir de asumir la competencia judicial internacional por el mero hecho de la presentación de la demanda, sin ningún tipo de argumentación.

Una vez examinada la competencia, debe determinarse la ley aplicable a la nulidad matrimonial. En este caso no disponemos de normativa de la Unión Europea, puesto que el Reglamento de cooperación reforzada nº 1259 relativo a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial excluye, expresamente, de su ámbito de aplicación a la nulidad matrimonial (art.1.2º.c), por ello debe acudir a la normativa de Derecho internacional privado autónomo y por ende, al art. 107 Cc.

Antes de entrar en la distorsión que se produce en la interpretación de este precepto y que pone de relieve que el art. 107 parece ser un precepto incomprensido por los prácticos del Derecho, debe insistirse

en que no es de recibo que los elementos internacionales de una relación privada pasen totalmente desapercibidos a los ojos de los Tribunales.

En el presente supuesto el Tribunal era competente, pero bien podía no serlo y haber entrado a conocer ya que al no haber identificado el supuesto como objeto de Derecho internacional privado no procede a examinar su competencia ni tampoco en el caso de la Sentencia de Primera Instancia a determinar cuál es la ley aplicable a la nulidad. Este Juzgado siguiendo una línea legeforista que no por extendida es correcta, ventila el asunto conforme al Derecho material español sin ninguna justificación y obviando el riesgo de que, en otras circunstancias, la nulidad podría no regirse por el Derecho español.

Es el momento de que los jueces y magistrados españoles tengan conciencia de que su importante labor va más allá del ámbito nacional. En aquellos supuestos en los que existe normativa de la Unión Europea (como ocurre en el ámbito del primer sector que nos ocupa) pasan a ser jueces de la Unión y su responsabilidad se acrecienta dado el sistema de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que es la piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, como así corroboró el Consejo Europeo de Tampere (*vid. cdo. 2 RB II bis*).

Pasando a la segunda realidad que confirma esta Sentencia y que arrastra defectos de otras muchas anteriores, como se ha tenido lugar de exponer, conviene retener que el recurso al art. 107 Cc que, como es sabido, determina la ley aplicable a la nulidad matrimonial, no hace su aparición hasta el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Audiencia y como respuesta a la alegación primera del recurso en la que la demandante alega infracción de aquel precepto. El motivo es sorprendente ya que señala que para poder decretar la nulidad del matrimonio debería haberse aplicado la ley dominicana, de acuerdo con el lugar de celebración del contrato y no la ley española.

La sorpresa continua cuando la Audiencia asume esta interpretación y reconoce que tendría que aplicarse la ley dominicana en detrimento de la ley española para resolver la nulidad matrimonial y los efectos correspondientes. Ello, obsérvese, para determinar la nulidad matrimonial por las causas indicadas: falta de capacidad del marido y falta de consentimiento matrimonial de la esposa.

¿Cuál es el error en el que se incurre al aplicar así el art. 107 por parte del abogado y posteriormente por la misma Audiencia?

El error se encuentra en la identificación automática de la ley aplicable a la celebración, que es la que rige la nulidad del matrimonio y sus efectos, con la ley del lugar de celebración del matrimonio. Esa identificación es claramente incorrecta puesto que en nuestra legislación no existe una *lex matrimonii*. La ley aplicable a la celebración se refiere a la norma reguladora del concreto requisito que se haya infringido. Estos requisitos son de fondo (capacidad y consentimiento) y de forma (la redacción del precepto no es muy afortunada y puede inducir a error como ya se puso de manifiesto en P. Diago Diago, "Las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex 2004).

Sólo en el caso en que se hubiera infringido el requisito de forma matrimonial al celebrarse conforme a lo dispuesto en el Derecho dominicano, se habría de acudir a la ley del lugar celebración. Lo cual no significa que siempre en supuestos de defecto de forma deba acudirse a la ley del lugar de celebración, puesto que el matrimonio pudo celebrarse en el extranjero conforme al derecho del contrayente español (art. 49 Cc), en cuyo caso será el Derecho español el que determine si ha habido nulidad matrimonial por defecto de forma.

En el supuesto objeto de análisis el defecto viene determinado por la falta de capacidad matrimonial del esposo en el momento de la celebración del matrimonio, por tanto, la ley que determina la nulidad en este caso concreto, es la ley aplicable a la capacidad del contrayente español y por consiguiente, la ley española (art. 9.1º Cc). Bastaba con constatar que en él no concurría capacidad matrimonial conforme al Derecho español, para declarar la nulidad del matrimonio. No es necesario, por lo demás, realizar más desarrollos argumentales, puesto que el matrimonio ya es nulo.

Ahora bien, pese a ello, podría haberse abundando más en la nulidad de la unión, al estudiar el juego del segundo motivo de nulidad. Se trataba, como se ha visto, de la falta de consentimiento matrimonial de la esposa. En este caso el consentimiento matrimonial se ha de regir por la ley personal de cada con-

trayente en el momento de la celebración del matrimonio (art. 9.1º Cc), esto es, la ley personal de cada contrayente determinará si el consentimiento matrimonial existió o no y en consecuencia, si el matrimonio es nulo o no por este motivo. A este respecto es importante poner de relieve que en supuestos de engaño al contrayente español, no será, en realidad, necesario aplicar el Derecho extranjero para determinar la falta de consentimiento matrimonial del cónyuge extranjero y motivar así, la nulidad del matrimonio, puede utilizarse otra argumentación más eficiente. En efecto, será suficiente demostrar que conforme al Derecho español el consentimiento del nacional español fue viciado para determinar la nulidad, sin necesidad de tener que acudir a lo dispuesto por la ley extranjera en relación al consentimiento del otro cónyuge, lo cual agiliza y simplifica el proceso. Esto es así, porque en estos supuestos el nacional español contrae matrimonio de buena fe, cree fundar una comunidad de vida con la persona que desea lo mismo y ese es el motivo que le lleva a contraer matrimonio. Posteriormente descubre, con profunda desilusión, que esa no era la voluntad de su contrayente que tan sólo lo manipuló para conseguir sus propósitos de regularizar su situación en España.

Cuando concurran estas circunstancias, bastará aplicar el Derecho español para cerciorarse que ha existido el error al que se refiere el art. 73.4º Cc del que ha sido víctima el contrayente español. Es evidente que en estos supuestos, existió grave error en las cualidades personales del otro contrayente que fueron las determinantes para contraer matrimonio. Con esta fundamentación se logra aplicar el Derecho material español sin necesidad de acudir a una aplicación distributiva de la ley personal de cada uno de los contrayentes, lográndose así una economía conflictual que supone una importante simplificación de la reacción *a posteriori* de nuestra legislación frente a este fenómeno, que no es otra que la nulidad matrimonial.

Lamentablemente la Audiencia yerra al no tener en cuenta ninguno de estos planteamientos. Finalmente aplica el Derecho español cuando según su interpretación del art. 107 debía aplicarse el Derecho dominicano, pero lo hace única y exclusivamente porque la parte actora no presentó ninguna prueba del contenido y vigencia de aquel Derecho. Nótese que de haber sido, en efecto, aplicable el Derecho dominicano la causa de su exclusión de plano no debería haber sido ésta. El art. 33 de la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional (siguiendo lo dispuesto en el art. 281 LEC) marca con precisión la excepcionalidad de aplicar el Derecho español; lo reserva únicamente a aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, lo que aquí no ocurría, puesto que al parecer no existió imposibilidad sino, más bien, desidia.

Comenzaba este comentario jurisprudencial con una frase de película y no me resisto a concluirlo con otra frase que recuerda los votos que en alguna parte, en estos mismos momentos, puede estar haciendo en su fuero interno un nacional español en la falsa seguridad de que con la celebración de su matrimonio fundará una familia.

“Con esta mano aliviaré tus penas; tu copa jamás estará vacía, pues yo seré tu vino; con esta vela guiaré tus pasos en la oscuridad. Con este anillo yo te desposo”, La novia Cadáver de *Tim Burton* y *Mike Johnson* (2005); película que, también, trata de un matrimonio por conveniencia, si bien, en sentido amplio.

La lucha contra los matrimonios fraudulentos y en concreto en esta sibilina dimensión bien merece el esfuerzo del operador jurídico que debe poder reconocer de inmediato el supuesto de Derecho internacional privado y aplicar correctamente el art. 107 Cc, ojalá, pronto, sea así siempre.

2016/66.– Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 47/2016, de 9 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Angos Ullate. ROJ: SAP HU 58/2016 – ECLI:ES:APHU:2016:58.

Matrimonio celebrado en la República Dominicana.– Demanda de divorcio.– Reconvenición de nulidad matrimonial por falta de capacidad de uno de los cónyuges y por motivos ligados a la entrada en España del otro.– Ley aplicable a la nulidad.– Alegación y prueba del Derecho extranjero.– Actividad probatoria por parte del juzgador.– Aplicación supletoria del Derecho español: Cc y Código del Derecho Foral de Aragón.

Normas aplicadas: Arts. 13.1º, 42 a 107, 293, 1261.1º, 1263.2º y 1301 Cc; art. 282 LEC; art. 37, 151.2º y 249 Código del Derecho Foral de Aragón.

[...]

1. En la alegación primera del recurso, la demandante alega infracción del art. 107 Cc, al entender que, para poder decretar la nulidad del matrimonio, se debería haber aplicado la Ley dominicana, de acuerdo con el lugar de celebración del contrato, y no la ley española.

2. El ap. 1 del indicado precepto, redacción dada por la LO 11/2003, vigente en la fecha de presentación de la demanda (la Ley 15/2015, en vigor a partir del 23 julio 2015, contiene igual regulación en cuanto a ese ap. 1, no así respecto del siguiente que es transcrito en el recurso siguiendo la Ley 15/2015), dispone efectivamente que “la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”. En el presente caso, el matrimonio se celebró en la República Dominicana y con arreglo a la ley allí vigente, por lo que, en principio, tendría que aplicarse la ley dominicana en detrimento de la ley española para resolver la nulidad matrimonial y, en su caso, los efectos correspondientes.

3. Ahora bien, conforme al art. 281.2º LEC “el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”. En el supuesto debatido, ninguna prueba se ha propuesto para demostrar el contenido y vigencia de las normas del Derecho dominicano relativas tanto a la nulidad del matrimonio por las dos causas alegadas en la reconvención (falta de “capacidad suficiente para contraer matrimonio válido” por parte del demandado, y que “la actora contrajo matrimonio con el único objeto de salir de su país y legalizar su situación en España”, a tenor de los hechos alegados en la demanda reconvencional – art. 37 del Código del Derecho Foral de Aragón y arts. 73.1º y 4º, 74 y 79 Cc, según los fundamentos de Derecho de la misma reconvención) como a los eventuales efectos de la nulidad matrimonial, aparte de que se trata de una cuestión nueva y que la actora es precisamente de nacionalidad dominicana, por lo que estaba en mejor disposición de acreditar el Derecho de su país.

4. Es verdad que el mismo art. 281.2º añade que el Tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero. Pero esta Audiencia provincial solo dispone de dos medios inmediatos a los que recurrir de oficio: por un lado, el enlace “Pronuario Auxilio Judicial Internacional” contenido en el acceso restringido de la página web del CGPJ (CENDOJ), el cual lógicamente no contiene todos los ordenamientos jurídicos del mundo, ni desde luego el de la República Dominicana, sino solo los tratados internacionales que pueden afectar a las relaciones entre uno y otro país (a falta de tratado en la materia estudiada, el principio de reciprocidad es el que se aplica a las relaciones entre la República Dominicana y España); y, por otro, el acceso libre a páginas de Internet en donde ciertamente aparece el Código civil de la República Dominicana, pero no tenemos garantías de su autenticidad y, en todo caso, desconocemos las reformas que el texto que allí aparece pueda haber sufrido y su eventual entrada en vigor, por lo que no podemos resolver la controversia con plena seguridad –como es lo procedente– aplicando el Derecho de la República Dominicana.

Es más, algunas Audiencias provinciales se decantan por no admitir que los jueces tengamos la facultad para “suplir completamente la inactividad de las partes al respecto, lanzándose, además en la segunda instancia, a una averiguación de la legislación extranjera” (AP 12ª 10 mayo 2004 y SAP 9ª 4 diciembre 2012). El propio Tribunal Supremo (sentencia de 20 mayo 2015) ha indicado que si bien “la prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno”, lo cierto es que “no es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa”, aunque en este caso ni siquiera a través del recurso de apelación se intentó la prueba del Derecho extranjero.

5. En tal situación de desconocimiento del Derecho extranjero (el Derecho dominicano que pudiera ser aplicable en materia de nulidad matrimonial, a diferencia de la solución dada al divorcio y a la separación por el citado art. 107), la citada STS 20 mayo 2015 indica que “la consecuencia de la falta

de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español"; y que "así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 CE". En igual sentido se pronuncian las SSTs 25 enero 1999 y 5 junio 2000.

6. Por consiguiente, debemos resolver las cuestiones relacionadas con la nulidad del matrimonio (celebrado el 20 junio 2008) aplicando la legislación española, tanto la ley aragonesa, por ser la ley del foro y la ley personal de quien insta la nulidad –aparte de que también reside en Huesca y aquí se estableció el único domicilio estable del matrimonio durante unos cuatro meses a lo largo de 2011–, como el Código civil español en aquellas materias no reguladas por el Código del Derecho Foral de Aragón o sobre las que recae competencia estatal exclusiva, como son las relativas al matrimonio (Título IV del Libro I del Código civil – arts. 42 a 107–, según el art. 13.1º del mismo Cc).

PENSIÓN DE VIUDEDAD, MATRIMONIO POLÍGAMO Y ORDEN PÚBLICO

2016/67.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 2508/2016, de 24 abril 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Quetcuti Miguel. ROJ: STSJ CAT 2468/2016 – ECLI:ES:TSJCAT:2016:2468.

Matrimonio celebrado en Gambia entre español y extranjera.– Existencia a efectos del derecho a obtener una pensión de viudedad.– Relevancia del matrimonio polígamo.– Ausencia de inscripción en el Registro Civil.– Relevancia para la generación de la pensión.– Orden público español.

Normas aplicadas: Arts. 8, 12.3º, 42, 44, 46, 61 y 73 Cc; art. 174 LGSS; art. 217 Código Penal.

[...]

Que pasando al estudio de la situación del caso de autos, en los que la celebración de los matrimonios no se realizó en España, sino en Gambia, es preciso señalar que la regulación del matrimonio se regula por la *lex personal*, y en sentido estricto si en tal país es válida la poligamia debería también reconocerse la eficacia de tal situación por aplicación de las normas de Derecho internacional privado, pero en el presente supuesto tal figura choca frontalmente con el dictado del art. 12.3º Cc que establece *ad litteram* que "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público", siguiendo el citado dictado la idea admitida comúnmente en el Derecho privado, de que el Derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede, por excepción, aplicarse cuando ello fuere atentatorio al orden público de un país.

Que en cuanto a la conceptualización del orden público en la materia relativa al derecho internacional, puede afirmarse que es aquel que afecta a ciudadanos y extranjeros, abarcando aquellas leyes que, siendo comunes a los pueblos de una determinada cultura moral, no permiten que pueda establecerse sin grave perturbación del orden interior, una regulación distinta, ni siquiera en orden a los extranjeros.

Que tal manifestación del principio del orden público se evidencia en el Código Civil, no sólo en el precepto antes citado, sino también en el art. 8.1º.

Que la proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos, el primero de ellos, el ya comentado de ser considerado como delito, el segundo puede evidenciarse de la regulación que la LO 4/2000 de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre y desarrollo reglamentario posterior y respecto de la reagrupación familiar establece en su art. 16.2º que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagruparse con ellos a determina-

dos familiares, señalando su art. 17 en su número uno, que tal derecho al reagrupamiento lo tiene su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho.

Que en cuanto al cónyuge y más concretamente al número de cónyuges, el precepto precisa *ad pedem litterae* que en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial, evidenciándose pues en este ámbito legislativo nacional, el principio general recogido en el art. 3.2º LO 4/2000 y consiguientemente la aplicación de la excepción del orden público del art. 12.3º Cc.

Que igualmente se recoge tal principio de orden público como excepción a dar validez en España a la poligamia, las diversas y constantes resoluciones de la DGRN, que vienen negando sistemáticamente la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero, así es de ver *ad exemplum* en la resolución de 11 mayo 1994, en la que se señala que aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio subsistiendo el primero, esta norma extranjera en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida en virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3º Cc).

Que en el mismo sentido pueden señalarse las resoluciones de 27 octubre 1992, 3 diciembre 1996 y 20 febrero 1997, considerando esta última que el interesado cuando tenía la nacionalidad anterior marroquí y cuando era ya casado volvió a contraer matrimonio con una marroquí divorciada. Aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio haya de aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional... que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

Que todo lo antecedente conlleva a entender que a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*, y por ello no cree la Sala posible convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres.

A los efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado.

Que la anterior doctrina puede verse apoyada en la STS 19 diciembre 2011 de la Sala Contencioso Administrativa cuando *ad litteram* señala: "...".

En igual sentido mencionar la sentencia firme de la Audiencia Nacional de 20 octubre 2014 de lo Contencioso Administrativo, en la que se confirma la Resolución del Ministerio de Justicia denegando la nacionalidad española a un extranjero por ser polígamo por las mismas argumentaciones que se han recogido en las sentencias del Tribunal Supremo citadas en la sentencia transcrita.

Que conforme a todo lo señalado y a la doctrina examinada, no puede sino estimarse el recurso de suplicación formulado por el INSS, no sin antes señalar que en la actualidad y pese a todo lo dicho, existen dos excepciones en cuanto a la pensión de viudedad y que se derivan, no sólo del citado por la instancia, Acuerdo suscrito entre el Reino de España y el de Marruecos de 8 noviembre 1979 que establece en su art. 23 que "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforma a la legislación marroquí beneficiarios de dicha prestación", sino también del posterior suscrito con Túnez de 26 febrero 2001 y según el cual, en su art. 24 "En caso de que existan más de una viuda con derecho, la pensión de viudedad se tendrá que prorratear entre las mujeres del difunto", ahora bien, esos son los dos únicos supuestos, en los que pese a que tal institución de la poligamia sea contraria al orden público español y a nuestro ordenamiento civil, se le otorgan efectos respecto de la pensión de viudedad, ahora bien, tal excepción no puede extenderse más allá de los dos supuestos citados y por ende no es de aplicación al supuesto de autos.

MATRIMONIO CELEBRADO EN IRÁN ENTRE ESPAÑOLA E IRANÍ: PRUEBA

2016/68.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, nº 149/2016, Sentencia de 14 abril 2016. Ponente Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez. ROJ: SAP M 4393/2016 – ECLI:ES:APM:2016:4393.–

Matrimonio celebrado en el Irán entre nacional iraní y nacional española.– Inscripción en el Registro civil.– Cónyuge español fallecido.– Ausencia de expediente registral previo.– Importancia del expediente registral.– Necesidad de probar fehacientemente la existencia del matrimonio.

Normas aplicadas: Arts. art. 9.1º, 49 y 50 Cc; arts. 252 y 256 ss RRC.

[...]

Los motivos del recurso de apelación son: La realidad del matrimonio celebrado en Pakistán nadie la ha impugnado, siendo suficiente la certificación legalizada del matrimonio celebrado el 18 junio 1997. Informe de los servicios sociales del lugar de residencia, donde por ella se dice que el demandante es el marido de la difunta y que es el padre de sus tres hijos. Ella se personó en la embajada de España en Pakistán para solicitar un visado para su marido, según el documento nº 8 adjunto a la demanda del oficio expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores. El Abogado del Estado se ha opuesto al recurso, citando las SSTs 27 diciembre 1994 y 15 julio 1997, para concluir que las alegaciones de la parte apelante no ha desvirtuado los fundamentos jurídicos de la sentencia nº 29/2015, de 3 febrero Juzgado de Primero Instancia nº 15 de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario nº 1263/2012.

En el expediente previo para la celebración del matrimonio, resulta un trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que se debe efectuar en la oficina consular por el Instructor asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, según el art. 246 RRC. La importancia de este trámite radica en la evitación de posibles errores causados por quienes mediante sus respuestas manifiestan que en realidad no desean contraer el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para que el promotor extranjero obtenga las ventajas que el matrimonio puede proporcionarle. Cuando, por medio de este trámite o de otros medios objetivos, el Encargado del registro civil llega a la convicción de que existe simulación en la voluntad real de los contrayentes no debe autorizar el matrimonio, que en dicho supuesto, le correspondería proceder a calificar de nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial. Los medios de prueba deben demostrar la existencia de un matrimonio válido y eficaz en España, por lo que habrá de probarse que se cumplieron los requisitos para su 3 celebración (art. 9.1º, 49 y 50 Cc). Y, cuando las pruebas aportadas no hayan sido suficientes para autorizar la inscripción, o la celebración del matrimonio enjuiciado, pese a su existencia formal, resulta que no reúne los requisitos materiales exigidos en los arts. 252 y 256 del citado Reglamento para su validez y eficacia, por lo que no procede su inscripción en el Registro Civil de España, debiendo confirmarse la sentencia recurrida.

MENORES**TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN**

2016/70.– Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 243/2015, de 30 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro. AC 2015\1776.

Patria potestad.– Restitución de menor: estimación.– Traslado ilícito: madre que retiene a la menor en España sin consentimiento del padre.– Negativa a comparecer ante el Tribunal italiano

en varias ocasiones.— Órgano jurisdiccional competente donde la demandada haga valer sus alegaciones sobre la inidoneidad del padre para ejercer funciones parentales.— Improcedencia de la conversión de un proceso de restitución en un proceso sobre la custodia de los menores.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

Esta Sala comparte la argumentación de la sentencia recurrida que por ello ha de ser confirmada. El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya en 25 octubre 1980, tiene por objeto adoptar medidas urgentes para que el menor retorne al lugar de su residencia habitual si el desplazamiento ya se ha producido y prevenirlo respecto al derecho de visita, cuando aún no se ha producido. Así, en su art. 3, ap. a), se considera, a los efectos de la aplicación del Convenio, que el traslado o retención de un menor es ilícito “cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”, añadiendo, en su último párrafo, que dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. Sobre dicha base, establece el art. 1, ap. a), que la finalidad del convenio es la de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. Además del Convenio de la Haya, para resolver la cuestión planteada, se ha de tener en cuenta el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento que prevalece sobre la legislación nacional y se aplica a partir del 1 marzo 2005 a todos los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca), y cuyas normas prevalecen sobre las del Convenio en las relaciones entre Estados miembros en los asuntos regulados por el Reglamento, cuyo espíritu es el de disuadir a los ciudadanos de los Estados miembros de la sustracción parental y, cuando la misma tenga lugar, proveer la pronta restitución del menor a su Estado, miembro de la unión Europea, de origen. El art. 11 del repetido Reglamento, consagra como principio general, que la autoridad judicial del Estado requerido ordene la inmediata restitución del menor, reduciendo las excepciones del art. 13 del Convenio a un mínimo, disponiendo que aún cuando el menor, ante la restitución, pueda estar expuesto a un peligro físico o psíquico, sea restituido, si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para paralizar la protección del menor tras su restitución. El Convenio de La Haya tiende por tanto a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata, siendo reiterado en el párrafo 2º del mismo precepto, con el importante matiz de su inciso final “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”, cuando el procedimiento se inició después de la expiración del plazo de un año desde que se produjo el traslado o retención ilícita. El art. 3 del Convenio de La Haya reputa por tanto ilícito el traslado cuando se haya realizado con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia antes del traslado, cuando dicho derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, o se habría ejercido de no haberse producido el traslado, derecho de custodia que puede resultar atribuido por la legislación, por decisión judicial o administrativa, o por un acuerdo vigente según el Derecho del Estado en que residía el menor antes del traslado, debiendo ser entendida la expresión “derecho de custodia” que emplea dicha normativa como de responsabilidad parental; todo lo cual determina que en el presente caso, el traslado de la menor desde Italia a España ha de reputarse ilícito en los términos del art. 3 del citado Convenio, como con acierto concluye el juzgador a quo. Como ha declarado esta Sala, la finalidad del Convenio de La Haya, como se desprende de su art. 1, es la de garantizar la

restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, en los términos del art. 3, y por ello, una vez determinado que el traslado o retención ha sido ilícito, el art. 12 del Convenio de La Haya ordena la restitución inmediata del menor si hubiese transcurrido un período inferior a un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de iniciación del procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido. La única excepción que cabría a la restitución inmediata dispuesta por las normas del Convenio de La Haya analizadas, sería la contemplada en la letra b) del art. 13 (que es la que en definitiva se invoca en el recurso aunque se omita la cita) que ha de ser relacionado con el art. 11 del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, y ello impone la necesidad de determinar si la restitución inmediata de los menores los expone (a ellos no a la madre), a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a los mismos en una situación intolerable (art. 13 del Convenio), y además si, pese a que la restitución pueda exponer a los menores a esos peligros físicos o psíquicos graves o a una situación intolerable, el Estado requirente ha adoptado o está dispuesto a adoptar medidas adecuadas para la protección de los mismos tras su restitución, como se infiere del mencionado art. 11 Reglamento CE 2201/2003. En este sentido, las pruebas obrantes en los autos, de una parte, no acreditan el peligro que la restitución pueda comportar para los menores; y por otra parte, a efectos del citado art. 11 del Reglamento, en el presente caso, consta que el Estado requirente ya ha adoptado medidas de protección, y los hechos que la apelante refiere son anteriores a la orden judicial de protección de menores dictada en el procedimiento instado en aquel país, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar sobre la idoneidad de la atribución de la custodia al padre o a la madre, por carecer de jurisdicción para ello; razonamientos los expuestos que excluyen error por parte del juzgador a quo en la valoración de la prueba y, por tanto, ha de desestimarse el recurso de apelación.

RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR. AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO EXPRESO O TÁCITO

2016/71.– Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 418/2015, de 9 julio 2005.
Ponente: Ilma. Sra. D^a Soledad Jurado Rodríguez– AC 2016/626.

Retención ilícita de un menor.– Menor de nacionalidad y residencia habitual venezolanas desplazado a España por su madre con autorización del padre.– Retención tras expirar el plazo de la autorización.– Consentimiento expreso: no.– Ausencia también de consentimiento tácito.– Grave peligro síquico o físico en caso de retorno: no.– Toma en consideración de la voluntad del menor: menor que no ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones

Normas aplicadas: Arts. 12 y 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

En la Exposición de Motivos del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 octubre 1980, ratificado por España el 28 de mayo 1987, se hace constar como razón del mismo el convencimiento profundo de los Estados signatarios sobre que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia y, como finalidad del convenio, la de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita. Pues bien, de esta Exposición, resulta que el Convenio parte de que el acto perjudicial para el menor es su traslado o retención ilícita, y la forma de protegerlo de este perjuicio es su inmediata restitución, de ahí que el art. 12 establezca como norma general la obligación de las autoridades del Estado donde se encuentra ilícitamente el menor de

ordenar su restitución. El art. 13 establece dos excepciones a esta norma general, en cuyos casos, el Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor, que serán: 1º) si quien se opone a la restitución demuestra alguna de las circunstancias siguientes: a) que la persona que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido; b) que la persona que se hubiera hecho cargo del menor había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; c) existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. 2º) si la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

El primer motivo recurrente se basa en la concurrencia de los requisitos del punto 1º b del anterior esquema (art. 13.a del convenio) y, al respecto, no existe un consentimiento expreso del padre al traslado o aceptación posterior al mismo o a la retención del menor sino que, por el contrario, lo único expreso es la petición que hace el padre (en el plazo inferior a un año desde la retención en España) a fin de que el hijo sea restituido a Venezuela. No obstante, la recurrente fundamenta este motivo en el consentimiento tácito que el padre ha dado al traslado y retención del menor en España que se deduce de una serie de conductas que han quedado acreditadas en el procedimiento. Como tiene reiterado el Tribunal Supremo, la existencia de consentimiento es cuestión de mero hecho que ha de ser acreditado por quien lo invoca (...). Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, este motivo recurrente procede ser desestimado pues todas las conductas que relata la recurrente para demostrar el consentimiento tácito del padre al traslado y retención del menor en España no son inequívocas en orden a demostrar el consentimiento a dicha situación, sino que, por una deducción razonable tienen otros significados menos acordes a la misma, tal como quedó acreditado en la prueba de interrogatorio de ambos progenitores practicada en la anterior instancia, y así, no siendo hecho controvertido que desde 2009 los cónyuges e hijos venían realizando asiduos viajes de turismo a Málaga (donde viven familiares de la esposa), del hecho de que adquirieran una vivienda en esta ciudad no se deduce inequívocamente que con esa adquisición el padre estaba consintiendo a que la esposa e hijo cambiaran con carácter definitivo su residencia desde Venezuela a España, sino más bien a ser propietarios de una vivienda en un lugar que visitaban con frecuencia y donde residen otros familiares. Tampoco se deduce ese consentimiento de los visitas que desde Venezuela ha realizado el padre a España desde julio de 2003, al ser acorde a la situación creada que se intentara solucionarla antes de acudir el padre a las autoridades competentes para la aplicación forzosa del Convenio de La Haya, máxime teniendo en cuenta los conflictos creados en esas visitas de los que se deduce una situación tensa más que una armónica temporada vacacional, y el hecho de que el padre enviara dinero para la madre y los hijos mientras éstos permanecían en España, al carecer la esposa de ingresos en España, tiene la clara finalidad de no dejar desasistida a la familia.

El segundo motivo recurrente ya se resolvió en gran parte en el Auto dictado en este Rollo de Apelación el 24 junio 2015 en el que se acuerda inadmitir la prueba de exploración del menor ya que éste no ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones, sobre todo porque su opinión válida o completa exigiría el previo conocimiento personal de la situación vivida cuando se produce su traslado a España, lo que raramente podría recordar al tener entonces seis años y haber transcurrido dos años desde entonces y, en todo caso, la prueba resultaría inútil pues dado que el padre continúa residiendo en Venezuela y la madre en España, se desenfoca el supuesto legal previsto en el segundo párrafo del art. 13 del Convenio en cuanto que el menor no daría su opinión sobre su restitución a su país de origen sino sobre con cuál de sus progenitores desea convivir, cuestión que, como resuelve la sentencia de instancia, excede del objeto de este procedimiento y deberá decidirse ante los Tribunales competentes para ello.

El tercer motivo recurrente también se resolvió en parte en el Auto dictado por esta Sala el 24 junio 2015 en el que se acuerda inadmitir la prueba testifical de la hermana del menor, procediendo ser desestimado toda vez que la demandada no ha acreditado la existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una

situación intolerable, pues no solo no ha sido acreditado ese riesgo, sino que ni tan siquiera se ha alegado qué peligro físico o psíquico amenaza al menor con su restitución a Venezuela, cuestión a la que se ciñe este procedimiento, y el resto de hechos relatados deben ser enjuiciados y decididos ante los Tribunales competentes para ello, como ya se indicó respecto al segundo motivo recurrente.

SOLICITUD DE PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL PARA UN MENOR. INEXISTENCIA DE MOTIVOS PARA ADOPTAR LA MEDIDA

2016/72.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 780/2015, de 18 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. JUR 2015\246213.

Divorcio.– **Guarda y custodia de los hijos.**– **Solicitud de que se prohíba la salida al extranjero de los hijos con cualquiera de sus padres, si previamente no cuenta con el consentimiento del otro progenitor o, en su defecto, con la pertinente autorización judicial: ausencia de motivos para adoptar tal medida.**

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 156 Cc.

La ahora apelante no ofrece a la consideración del Tribunal razones de entidad suficiente para restringir, en los términos que interesa, la salida de los menores del territorio nacional en compañía de cualquiera de sus progenitores, pues ni se hace mención alguna, directa o indirecta, a un hipotético riesgo de sustracción de los mismos por parte del progenitor no custodio, ni, en el hipotético caso contrario, la situación quedaría huérfana, en orden al reintegro de los hijos, del necesario amparo legal, mediante la utilización de los mecanismos al efecto habilitados por el Convenio sobre Sustracción Internacional de Menores de 25 octubre 1980, ratificado tanto por España como por Chile, países de respectiva residencia de apelante y apelado.

MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO

2016/73.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 19 noviembre 2015. Asunto C-455/15 PPU. Ponente: A. Prechal.

Cooperación judicial en materia civil.– **Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.**– **Reglamento (CE) nº 2201/2003.**– **Art. 23, letra a).**– **Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.**– **Orden público.**

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

45. De esto se deriva, como ha señalado el Abogado General en el punto 72 de su opinión, que una supuesta infracción del art. 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición

establecida en el art. 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho art. 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional.

46. Por lo demás, debe señalarse que el juez del Estado requerido no puede, sin poner en peligro la finalidad del Reglamento nº 2201/2003, denegar el reconocimiento de una resolución emanada de otro Estado miembro por el mero hecho de que considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión.

[...]

50. De este modo, incluso suponiendo que en el litigio principal se presente una dificultad en relación con la retención ilícita de un menor, tal dificultad debería resolverse, no mediante una denegación de reconocimiento, con arreglo al art. 23, letra a) Reglamento nº 2201/2003, de una resolución como la del Šilutės rajono apylinkės teismas (Tribunal de Primera Instancia de Silute), de 18 febrero 2015, sino, en su caso, recurriendo al procedimiento previsto en el art. 11 de dicho Reglamento.

51. Dicho procedimiento permite al órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícitos tomar una decisión posterior para garantizar el retorno del menor al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

52. No obstante, debe recordarse que el órgano jurisdiccional competente, antes de adoptar tal resolución, debe tener en cuenta los motivos y elementos de prueba sobre cuya base se adoptó la resolución de no restitución (sentencia Povse, C-211/10 PPU, ap. 59).

53. De las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuestión prejudicial planteada que el art. 23, letra a) Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor.

[P y Q]

Observaciones: 1. En el supuesto origen de la STJ 19 noviembre 2015 se concentran interesantes factores que ponen de relieve nuevas dimensiones de la tipología clásica del traslado ilícito de menores a través de las fronteras. En esencia los hechos son los siguientes: padre y madre, residentes en Lituania desde 1997, tuvieron un hijo en 2000, se divorciaron por sentencia de un Tribunal lituano en 2003 y se trasladaron a vivir a Suecia en 2005. En 2006, el mismo tribunal lituano que había pronunciado el divorcio decretó que la residencia del hijo (entonces de 6 años de edad) quedara fijada en el domicilio de la madre, aunque la custodia correspondía a ambos. En 2009 nació un segundo hijo en Suecia. Cuatro años más tarde, en 2013 (los niños tenían 4 y 13 años), las autoridades suecas dictaron una orden de alejamiento del padre respecto de la madre y los hijos. En 2014 la madre se trasladó a Lituania con sus hijos, los inscribió en el Registro civil y solicitó ante un tribunal lituano medidas provisionales (en el marco de un procedimiento sobre el fondo) sobre la residencia, la custodia del hijo menor y alimentos para ambos. Días después el padre solicitó ante un tribunal sueco la custodia de sus hijos en exclusiva; también pidió ante las autoridades suecas la restitución de los dos hijos de acuerdo con el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Los tribunales lituanos rechazaron el retorno sobre la base del art. 13 del referido Convenio. El 18 febrero 2015, un Tribunal lituano determinó que la residencia del hijo menor debía fijarse en el domicilio de la madre y condenó al padre a pagar alimentos a los dos hijos. Esta es la resolución cuyo reconocimiento en Suecia – pendiente aún el procedimiento sueco sobre el fondo de la custodia– da origen a la cuestión prejudicial. Previamente el padre había obtenido una resolución provisional en Suecia atribuyéndole la custodia de su hijo menor en exclusiva.

¿Cuáles son los términos de la controversia desde un punto de vista jurídico? Quizá sea esta la parte más sorprendente del caso, puesto que lo que se discute es si en virtud del art. 23.a) Reglamento 2001/2003 el reconocimiento de la resolución judicial lituana puede rechazarse en Suecia por ser contraria al orden público sueco, al haber sido dictada por tribunal incompetente, que habría incurrido en un error grave y subvertido el “principio fundamental” según el cual serían los tribunales de la residencia habitual anterior al traslado los que deben decidir definitivamente. Esta era la verdadera duda planteada, con independencia de que la cuestión prejudicial elevada fue más genérica. En concreto se preguntaba si “¿Deberá el tribunal remitente, con arreglo al art. 23, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, o conforme a cualquier otra disposición, y no obstante lo dispuesto en el art. 24 del citado Reglamento, denegar el reconocimiento de la resolución del *Šilutės rajono apylinkės teismas* (Tribunal de Primera Instancia de Silute) de 18 febrero 2015 [...], y deberá, por tanto, continuar con la tramitación del asunto de custodia pendiente ante él?”.

2. El lector iniciado (e incluso el profano) habrá visto en esta descripción un sucedáneo de control de la competencia del juez de origen, erradicado como criterio para rechazar el reconocimiento de las resoluciones dictadas por órganos judiciales de Estados Miembros por el art. 24 del Reglamento 2001/2003, en lo que a este caso afecta. Bajo la rúbrica *Prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen*, este precepto dispone que “No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del art. 22 y la letra a) del art. 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3 a 14”.

Ante esta meridiana claridad, ¿cómo se explica entonces las dudas del órgano judicial sueco? La respuesta está en los intereses del padre y el los recovecos de un positivismo mal entendido. En efecto, el reconocimiento de la sentencia lituana en Suecia paraliza, según el relato del TJ, el proceso allí abierto por el padre. Y este quiere oponerse porque considera que el juez lituano no era competente para conocer de la demanda interpuesta por la madre sobre la determinación de la residencia del hijo menor. Probablemente es verdad: no era competente. Pero eso es irrelevante como factor condicionante del reconocimiento. La apelación al orden público es un clavo ardiendo al que se agarra el padre con base en el tenor literal del art. 24 del Reglamento que, recordemos, dice que el orden público “no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los arts. 3 a 14” (cursiva añadida): pero resulta que el tribunal lituano se había declarado competente ¡sobre la base del art. 15! Artículo que aparentemente no está cubierto por la interdicción del art. 24.

Un repaso por los hechos nos pone de manifiesto que la competencia de los órganos judiciales suecos y lituanos es, ciertamente, discutible. Quiero decir, que puede discutirse cuál de los dos resulta competente sobre la base del Reglamento 2001/2003. En primer lugar, porque parecen existir ciertas dudas sobre el carácter lícito o ilícito del traslado de los menores realizado por la madre. Digamos que, a mi juicio, en estricta aplicación del art. 3 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el art. 2.11º Reglamento 2001/2003, el traslado habría de reputarse lícito, al no estar siendo ejercido el derecho de custodia de forma efectiva por el padre, dado que sobre él pesaba una orden de alejamiento de la madre y los hijos. En todo caso, incluso bajo esta hipótesis de licitud del traslado, el lapso de tiempo transcurrido entre el mismo y el planteamiento de la demanda ante los tribunales lituanos (el traslado se produce el 29 marzo 2014, el 8 abril ese mismo año, la demanda) convierte en igualmente discutible la residencia habitual de los niños en Lituania (vid. sobre el carácter abierto de este tema la STJ 22 diciembre 2010, as. C-497/10 PPU: *Barbara Mercredi contra Richard Chaffe*).

3. Todo lo dicho, empero, no resulta relevante a los efectos de la pregunta elevada por el juez sueco. Ante la generalidad de la misma (recordemos, el tema del control de la competencia del juez Litauano aparece con un mero “no obstante lo dispuesto en el art. 24”) el TJ se despacha con la misma generalidad: no puede rechazarse el reconocimiento por razones de orden público “cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho reconocido como fundamental

en ese ordenamiento jurídico”..., “dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor”. La respuesta era previsible. Que se hubiese elevado la pregunta, menos. Sin embargo, creo que hay varios factores que explican, aunque no justifican, la cuestión prejudicial.

Por un lado, la incertidumbre sobre la competencia judicial internacional en los casos de traslado de menores (lícito o ilícito) a que me he referido en el apartado anterior. Un sistema claro de competencia judicial internacional justifica un principio de confianza europea en mayor medida que uno tan evanescente, que puede generar un mayor margen de apreciación (y de vulneración) en el Estado de origen. Esta idea está detrás de las observaciones de la Comisión, según las cuales se debería abrir una cierta puerta al rechazo del reconocimiento de la sentencia lituana, permitiendo al órgano jurisdiccional nacional determinar si, en el caso, la infracción del Derecho de la UE (recordemos, en su caso, normas sobre competencia judicial internacional) es un error que podía razonablemente haber sido subsanado por los recursos disponibles en el Estado miembro de origen (en combinación con los recursos previstos en el Reglamento), o si se ha producido una violación manifiesta y abusiva de las normas de este Reglamento constitutiva de una violación de los principios de la confianza mutua y la cooperación leal consagrados en el derecho de la Unión (*vid.* el ap. 57 de las Conclusiones del Abogado General). En segundo término, está el interés del menor como elemento catalizador natural del contenido del orden público en la materia. Apoyándose en este principio, el razonamiento del padre no se vio ayuno de sustento: España dio cierto soporte argumental a esta concepción en las observaciones presentadas ante el TJ (Punto 49 de las Conclusiones del Abogado General). En tercer lugar, se manifiesta una falta de comprensión de lo que es realmente el control de la competencia judicial del juez de origen y un argumento extravagante propiciado por la letra del art. 24 del Reglamento, que es el que proscribía dicho control.

4. No obstante, si leemos el fallo a la luz de los aps. 45 y 46 de la Sentencia, el tribunal sueco (y cualquier otro ante el que plantee una duda similar) no puede alegar que no recibió una respuesta clara: “...una supuesta infracción del art. 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición establecida en el art. 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho art. 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional”; “el juez del Estado requerido no puede, sin poner en peligro la finalidad del Reglamento nº 2201/2003, denegar el reconocimiento de una resolución emanada de otro Estado miembro por el mero hecho de que considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión”.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

**RETENCIÓN ILÍCITA DE MENOR POR SU MADRE.
DEVOLUCIÓN A LOS ABUELOS QUE OSTENTAN LA CUSTODIA EN VIRTUD
DE SENTENCIA PORTUGUESA**

2016/74.— Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Tercera, Sentencia nº 318/2015, de 26 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gutiérrez Rodríguez—Moldes. JUR 2016\8795.

Retención ilícita de un menor.— Guarda y custodia ostentada por los abuelos por resolución de sentencia portuguesa.— Resolución en la que se concede a la madre un derecho de visitas.— Ausencia de razones que se opongan al retorno.

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

Normas aplicadas: Art. 24.1º CE; arts. 2 aps. 4, 7, 8, 9 y 11 y arts. 20, 21, 37 y 39 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 154 Cc.

[...]

Los actores son los abuelos paternos del menor y tienen atribuida la guarda y custodia por resolución del Tribunal de Viana do Castelo de 20 septiembre 2014, mientras que la demandada es la madre a quien el mismo Tribunal reconoció el derecho de visitas que se declara expresamente incumplido.

La madre promueve recurso de apelación con el motivo único de infracción del art. 2 aps. 4, 7, 8, 9 y 11 y arts. 20, 21, 37 y 39 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental e infracción de la doctrina del TJ, Sala Segunda, Caso Bianca Purucker contra Guillermo Vallés Pérez Sentencia 15 julio 2010, en relación con los arts. 154 Cc y 24.1º CEE.

Son esenciales las disposiciones del referido Reglamento Comunitario, con el que se relaciona la reciente L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, por la que, entre otras normas, se introduce el capítulo IV bis del Libro IV LEC, de Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, cuyos arts. 778 quáter y 778 quinquies fundamentan la tramitación y la resolución que se recurren.

El recurso se desestima porque no se aprecia ninguna de las infracciones alegadas, ni del Reglamento Comunitario ni de la normativa nacional, como informa también en el trámite de segunda instancia el M. Fiscal. Por el contrario la fundamentación de la Juez a quo es la correcta de acuerdo con las referidas disposiciones y con las concretas y bien detalladas circunstancias del caso.

Es decisivo el principio de interés o beneficio del menor, también adecuadamente valorado. Y en todo caso olvida el recurso que el objeto del presente procedimiento se limita a la ilicitud o no del traslado o retención y a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor, como dispone el actual art. 778 quinquies LEC y destaca la sentencia apelada.

La restitución judicial que ampara primero la demanda y después la sentencia de primera instancia es la del Tribunal de Viana do Castelo Inst. Central –SF Menores–J2, de fecha 20 septiembre 2014 que no sólo es de naturaleza judicial sino además resuelve sobre responsabilidad parental pues por un lado atribuye la guarda y custodia del menor a los abuelos y por otro establece el régimen de visitas que corresponde a la madre. Los esfuerzos argumentales del recurso de ésta para privar de eficacia a esa resolución no son de recibo. Es cierto que las incidencias entre las mismas partes en relación al menor se remontan hasta diez años, cuando los padres vivían con el menor y el Juzgado de Santiago atribuye la custodia a la madre, por sentencia de 1 junio 2006. Son muchas las incidencias posteriores, incluso con estancias en Brasil, pero que se resumen en que desde el año 2011 el menor se encuentra viviendo con sus abuelos paternos en Paredes (Portugal) y que los Tribunales portugueses han asumido la competencia relativa a la protección del menor y a la responsabilidad parental que comprende los derechos y obligaciones de las personas (en el caso madre y abuelos) con el menor. La normativa internacional de la CE y de Naciones Unidas es de obligada aplicación y fundamenta la misma conclusión. Pero además se refuerza con los actos propios de la madre apelante, pues se ha sometido a esa jurisdicción primero asumiendo la guarda y custodia de los abuelos y después interesando ante ese Tribunal el otorgamiento de un régimen de comunicación con su hijo y la progresiva ampliación de las visitas que culminó con el traslado el fin de semana a su domicilio en España. Es en este momento cuando se produce el incumplimiento que en este procedimiento se subsana por vía de urgencia. La madre demandada contaba con la legitimidad de pasar el fin de semana con su hijo en España, otorgada por el mismo Tribunal que ha legitimado la guarda y custodia a favor de los abuelos demandantes.

Por consiguiente carece de base en este procedimiento la alegación del recurso que remite a la sentencia del Juzgado de Santiago, ya desfasada por los muchos acontecimientos posteriores. Como tampoco se modifica la fundamentación de la sentencia apelada por la sentencia del TJ que se invoca, por no contener doctrina aplicable al presente caso, pues en éste sí existe un Tribunal plenamente compe-

tente en Portugal que ha dictado una resolución absolutamente relativa a la responsabilidad parental, como es la guarda y custodia y las visitas del menor, con los plenos efectos jurídicos que se reconocen y declaran por la Juez a quo.

ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA, CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES

2016/75.– Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, Sentencia nº 513/2015, de 1 diciembre 2015. Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez. TOL5.656.638.

Adopción de medidas de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos respecto del hijo común.– Citación del padre demandado por edictos.– Ampliación de demanda a la de privación de la patria potestad del padre.– Posible indefensión.– Aplicación de la ley sustantiva y procesal española.

Normas aplicadas: Arts. 21, 238.3º y 240 LOPJ/1985; arts. 9.4º y 170 Cc; arts. 2, 3, 15 y 17 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 3, 401, 442.2º, 443.1º, 748, 752.1º y 753 LEC.

[...]

A fin de concretar el debate y de fundamentar la respuesta que consideramos procedente, se considera conveniente remarcar las siguientes circunstancias: A) En virtud de demanda deducida en fecha 16 abril 2012, doña Natividad (cuya nacionalidad española no consta ni se alega) dedujo demanda frente a don Luis Manuel (cuya nacionalidad española tampoco consta ni se alega); el objeto de dicha demanda era la adopción de medidas de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos respecto del hijo común Eloy, nacido en ... de 2004 en la localidad rumana de Craiova (certificación de nacimiento unida al fol. 14 de las actuaciones).

B) En dicha demanda se hace constar, entre otros extremos, que ambos progenitores inmigraron y han residido durante años en España; que la convivencia cesó en el año 2009 y que la actora trasladó su domicilio a la localidad de Montilla donde reside con su referido hijo.

C) El demandado reside en ignorado paradero y fue citado por edictos, acaeciendo que comenzado el juicio y tras ser este declarado en rebeldía, la actora dedujo ampliación de la demanda solicitando la privación al padre de la patria potestad.

D) La sentencia estima las medidas solicitadas, pero considera que no puede acceder a la privación de la patria potestad ante el déficit probatorio existente respecto a lo pernicioso y lesivo para el interés del menor que puede suponer su mantenimiento bajo la patria potestad paterna y el carácter restrictivo con el que debe aplicarse dicha privación, toda vez que, en principio y mientras no se acredite lo contrario, en el desarrollo de todo menor es conveniente y adecuado facilitar “la vinculación afectiva, emocional y material tanto con su madre como con su padre”.

E) Frente a este exclusivo particular se interpone el presente recurso de apelación, toda vez, se alega, que la prueba practicada (interrogatorio de la actora y la incomparecencia del demandado a la prueba de interrogatorio de parte) muestra un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pues “el padre, aun conociendo el paradero de su hijo menor, ha hecho dejación de sus deberes inherentes a la patria potestad no de forma puntual, sino que la misma se lleva prolongando durante los últimos años”.

Planteada así la cuestión, y revisado el contenido de las actuaciones se debe señalar: 1º.–Estamos ante un conflicto entre unos progenitores de nacionalidad rumana que tiene por objeto el ejercicio de la denominada responsabilidad parental en relación a un hijo menor de igual nacionalidad, que tiene su residencia habitual en España.

2º.- El art. 21 LOPJ, señala que “los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”.

3º.- El art. 9.4º, párrafo segundo Cc, señala: “la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y el ejercicio de la responsabilidad parental, se determinan con arreglo al Convenio de la Haya de 19 octubre 1996...”.

4º.- En dicho Convenio, que fue ratificado por Rumania en fecha 8 septiembre 2010 con vigencia a partir de 1 enero 2011, se afirma que la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño (art. 2) y se establece (arts. 3 y 15) que, en el ejercicio de la competencia atribuida respecto a “la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental..... las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”.

Igualmente se expresa en el art. 17 que “el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño”.

Pues bien, sobre dicha base de competencia jurisdiccional y de derecho sustantivo (con arreglo a la cual la sentencia apelada es irreprochable, pues, tal y como afirma la STS 10 febrero 2012, la facultad del art. 170 Cc es una facultad discrecional de apreciación reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor; y en desarrollo de dicha doctrina expreso la SAP Barcelona 18 diciembre 2012, que el solo hecho del incumplimiento por el padre de sus deberes no es causa suficiente para la privación de la patria potestad, pues es necesario que se considere que dicha privación es requerida por el interés del menor; lo cierto y relevante en el caso de autos es que la apelante parece considerar la privación de la patria potestad como una sanción lineal al padre por incumplimiento de deberes paterno-filiales, haciendo abstracción de la acreditación de cualquier extremo revelador del perjuicio que el formal mantenimiento de la potestad del padre puede suponer para el menor), lo inicialmente relevante, sin embargo, es una estricta cuestión procesal.

En efecto, si estamos ante un proceso civil que se sigue en el territorio nacional y, por tanto, únicamente rigen las normas procesales españolas (art. 3 LEC en relación a la no apreciación de excepción alguna en el Convenio antes citado), lo relevante a nuestro juicio es, tal y como deriva de las circunstancias inicialmente expuestas, es que en el acto del juicio se produjo una extemporánea e indebida ampliación de la demanda.

[...]

PROCESO SOBRE DEVOLUCIÓN DE UN MENOR ILÍCITAMENTE RETENIDO Y PROCESO SOBRE EL FONDO DE LA GUARDA

2016/76.- Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 19/2016, de 19 enero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós. JUR 2016\28055.

Retención ilícita de una menor en España por su madre.- Consentimiento del otro progenitor que también ostenta el derecho de guarda: no.- Derecho a fijar la residencia habitual de un menor de poco más de un año.- Corresponde a ambos progenitores.- Existencia de un grave riesgo de peligro físico o psíquico para el menor, que se ponga en una situación intolerable: no.- Decisión de retorno de la menor a Italia donde hay abierto un proceso sobre atribución de la guarda a solicitud del padre.

Normas aplicadas: Art. 11 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de

responsabilidad parental; art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

Consta acreditado en autos que la menor Regina, que cuenta con año y cinco meses, nació y ha residido en Italia, habiendo desarrollado allí su vida, siendo la recurrente la que viajó a dicho país para alumbrar a su hija y mantener una relación de convivencia familiar con el solicitante.

El traslado a España fue convenido por ambas partes de mutuo acuerdo para pasar una estancia temporal durante un viaje profesional de D. Constantino, padre la menor y regresar después a Italia.

No consta pues en modo alguno, tal como razona la Sentencia apelada, que hubiera un consentimiento previo en el solicitante, para que su hija se trasladara de forma definitiva a España (art. 13 a) del Convenio).

La corte edad de la menor no puede ser causa determinante para que pueda dejarse en manos exclusiva de la recurrente la voluntad de decidir el lugar de residencia de aquélla, siendo claro, por lo expuesto, que la residencia habitual de la menor se encontraba en Italia.

Tampoco puede aceptarse que sea España el único lugar donde vaya a poder ser atendida la menor, consta en autos la demanda de custodia presentada por el padre de la menor en Italia, habiéndose adoptado medidas para procurar un entorno estable y adecuado en ese país para la menor (art. 11.4º Reglamento CE nº 2201/2003) disponiendo de recursos materiales para ello, ello al margen de cuál sea el régimen de custodia que definitivamente se implante, no existiendo ninguna excepción ex art. 13 b) del Convenio de La Haya que impida la restitución de la menor, éste precepto exige, para denegar la restitución, la concurrencia de un grave riesgo de peligro físico o psíquico para el menor, que se ponga en una situación intolerable, lo que no es el caso.

Por lo expuesto, la decisión unilateral de la madre de permanecer en España y no regresar al lugar de residencia familiar constituye un traslado ilícito de la menor, por lo que procede desestimar el recurso confirmando la Sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

M^a Victoria CUARTERO RUBIO *

1. El caso que resuelve la STC 16/2016, de 1 de febrero, es un supuesto típico de sustracción internacional de menor. En agosto 2013, en el curso de unas vacaciones en Grecia, la menor fue desplazada por su madre a España. La menor, nacida el 17 diciembre 2009, hija de española y griego, residía habitualmente con sus padres en Suiza. El 7 noviembre 2013 el padre inició el procedimiento para la restitución inmediata de la menor a Suiza. En breve síntesis, los antecedentes procesales son los siguientes. Por Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 11 de Madrid 14 abril 2014 se desestimó la solicitud de restitución (el Juzgado de Violencia resultó competente previa cuestión de competencia objetiva). El padre interpuso recurso de apelación que fue estimado por AAP Madrid 22ª 31 marzo 2015 (*AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015/88, pp. 1061–1062). Solicitada aclaración por ambas partes fueron declaradas no ha lugar por Auto de la Audiencia 13 abril 2015. La madre de la menor formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, inadmitido por Providencia de la Audiencia 21 mayo 2015. La madre interpuso entonces recurso de amparo que fue admitido por Providencia TC (Sección Tercera) 25 mayo

* Profesora titular de DIPr. Universidad de Castilla–La Mancha.

2015, con suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas ex art. 56.6º LOTC; suspensión que se acordó mantener por ATC (Sala Segunda) 119/2015, 6 julio.

En cuanto a la fundamentación, el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 11 de Madrid 14 abril 2014, que deniega el retorno, establece de forma indubitada la residencia de la menor en Suiza, donde convivía con los padres, la ilicitud del traslado y la ausencia de consentimiento, y concentra su fundamentación en la alegación de violencia de género como excepción al retorno por la vía del art. 13.b) Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, el Convenio). El Juzgado estima la excepción, en particular, en atención a un hecho violento que tuvo lugar en Grecia antes del traslado, reconocido por el padre (“... admitió haber arrancado las gafas de su compañera y haberlas tirado al suelo, provocándole una rozadura en la nariz”) para “concluir en el riesgo de acceder a la restitución antes de que los tribunales penales se pronuncien sobre la cuestión” (STC 16/2016, Antecedente 2 b). En apelación, el AAP Madrid 22ª 31 marzo 2015, estima el recurso y ordena la restitución de la menor. El Auto reproduce diversos preceptos del Convenio de La Haya de 1980, entre otros, los arts. 1, 3.5º, 12 y 19, tras lo cual descarta la excepción del art. 13.a) (consentimiento al traslado) y concentra su argumentación en la excepción del art. 13.b) del Convenio y la alegación de violencia de género. A tal efecto exterioriza una valoración extensa y detallada del caudal probatorio obrante en autos para concluir que no se aprecia la situación de riesgo y que, habiendo quedado acreditada la retención ilícita y que el padre no ha vuelto a ver a la menor desde hace meses, acuerda el retorno “en atención al interés del menor” y “sin que tales pronunciamientos alcancen a otros procedimientos ajenos a esta jurisdicción”, con invocación de los arts. 16 y 17 del Convenio (STC 16/2016, Antecedente 2 c) ap. 5).

Hemos dicho que se trata de un caso tipo de sustracción internacional. También en cuanto a las iniciativas procesales seguidas por las partes a raíz de la sustracción. Así, ambos progenitores promovieron procedimientos civiles: el padre en Suiza, que resultó en la atribución de guarda y custodia al padre, no reconocida en España, y la madre en España, donde presentó demanda de medidas, que fue admitida y, en sede de provisionales previas, se le otorgó la guarda y custodia. En el ámbito penal, madre y padre se cruzaron múltiples denuncias tanto ante los tribunales españoles como ante los suizos. En lo que aquí interesa, la madre denunció al padre por violencia de género ante los tribunales suizos y ante los tribunales españoles. Respecto a las denuncias en España, seguidas ante el mismo el Juzgado de Violencia nº 11 de Madrid, el Juzgado denegó por dos veces la orden de protección y, limitado su conocimiento a los hechos denunciados ocurridos en España, constan como pendientes de conclusión a la fecha de la STC; respecto a las denuncias en Suiza, el hecho ocurrido en Grecia en agosto 2013 fue objeto de investigación y la denuncia desestimada por resolución suiza de 12 agosto 2014 (cf. STC 16/2016, Antecedente 2 f) *in fine*).

2. Contra el Auto de la Audiencia Provincial que ordenaba el retorno, la madre interpuso recurso de amparo ante el TC con tres argumentos: a) la existencia de resoluciones judiciales españolas que le otorgan la guarda y custodia, b) la discrepancia con la desestimación de la excepción de riesgo grave, art. 13.b) del Convenio, por violencia de género y c) la contravención del interés superior del menor por no tener en cuenta la situación actual de la menor, en concreto: “su edad, el tiempo que lleva residiendo en España, el cuidado de su madre, arraigo, escolarización, estabilidad, el nacimiento de un hermano en España, que el padre lleva veinte meses sin ver a su hija y la imposibilidad que tendría la madre para ejercer sus derechos inherentes a la patria potestad y régimen de visitas en Suiza” (que sustenta en la existencia de resoluciones judiciales suizas dictadas en los procedimientos civiles y penales promovidos por el padre, cf. STC 16/2016, Antecedente 3). A ello anuda la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE) en varias de sus vertientes, entre ellas, en la vertiente de derecho fundamental a una resolución judicial motivada; asimismo, anuda vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2º CE).

La STC estima el amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada pues, ésta es la *ratio decidendi*, el TC aprecia insuficiencia de la motivación en el Auto de la Audiencia, por omitir la

valoración de la situación actual de la menor en España exigida por el interés superior del menor. La STC ordena la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del AAP 31 marzo 2015. La fundamentación de la STC parte de la doctrina constitucional sobre el derecho a la motivación (FJ 5) y sobre la necesaria evaluación de la adecuación constitucional de la motivación en función del interés superior del menor en los asuntos relativos a menores (FJ 6) y concluye el alcance del control constitucional en el caso: un control externo de motivación que se extiende a comprobar la explicitación del juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor (FJ 7). Dicho lo cual, la Sentencia aborda las alegaciones que sostienen el recurso de amparo. Descarta la primera alegación al no apreciar irrazonabilidad en la motivación que ordena el retorno pese a que se hayan adoptado medidas (provisionales) en España (FJ 8). Para el análisis de las otras dos alegaciones la Sentencia parte del sistema del Convenio de La Haya, con cita de jurisprudencia del TEDH (FJ 9) y procede a evaluar la alegación relativa a la falta de valoración de las circunstancias actuales de la menor. El TC aprecia lesión del derecho fundamental por motivación insuficiente en la respuesta a esta alegación contra el retorno pues “la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida...”, y ello dadas las “circunstancias excepcionales” que concurren en el caso, por la duración del procedimiento (FJ 10, a cuya lectura nos remitimos). Sobre la alegación relativa a la violencia doméstica que se anuda a la excepción al retorno del art. 13.b) la Sentencia no dice nada.

La *ratio* de la STC se construye sobre dos conceptos: interés del menor e integración. Por tanto, conviene recordar el lugar de estos conceptos en el Convenio de La Haya de 1980, así como el de otros conectados: riesgo grave para el menor y paso del tiempo. E igualmente interesa apuntar el marco en el que parece moverse el TEDH al confrontar estos conceptos con el art. 8 CEDH. Con estos presupuestos, analizaremos la STC desde tres perspectivas: la identificación interés del menor-integración, la justificación de la decisión por las circunstancias excepcionales que concurren en el caso y su compatibilidad con el derecho al respeto a la vida y familiar, art. 8 CEDH.

3. Decimos que hay que partir de los conceptos utilizados por la STC de conformidad con su sentido en el Convenio (no es posible una visión crítica de la STC obviándolo; en contrario, J. Flores Rodríguez, “La integración en el nuevo medio como causa de denegación de la restitución en la sustracción internacional de menores. Comentario a la STC 16/2016, de 1 de febrero (Recurso de amparo 2937–2015)”, *La Ley: Derecho de familia*, nº 10, abril–junio 2016). Pues bien, en relación con el interés superior del menor, es lugar común que el Convenio se construye sobre la identificación del interés superior del menor con el retorno, en sintonía con el efecto disuasorio y preventivo de la conducta que el Convenio pretende. Este principio admite excepciones (las causas previstas para detener el retorno) en atención al interés superior del menor en el caso concreto. El Convenio otorga un “contenido preciso” a este concepto y exige una interpretación restrictiva de las excepciones porque su invocación sistemática “hará que se derrumbe todo el edificio convencional” (cf. E. Pérez Vera, *Informe explicativo del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 1982, aps. 29 y 34); pero hasta en una interpretación “menos estricta”, el Convenio tiene margen para atender el interés del menor en el caso concreto sin que sus objetivos se resientan (cf. S. Álvarez González, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, *Cooperación Jurídica Internacional*, nº 5, Madrid, 2001, pp. 135–136). Que la interpretación y aplicación del Convenio debe hacerse en atención al interés superior del menor es inmediato desde la óptica del control constitucional pues las resoluciones judiciales que afectan a un menor deben incluir un juicio de ponderación explícito en términos de interés superior del menor como requisito legal y constitucional de motivación (STC 176/2008, 22 diciembre, FJ 6, STC 127/2013, 3 junio, FJ 6, *AEDIPr*, t. XIII, 2013–61, pp. 1119–1121).

Al servicio del interés del menor, la integración del menor es una de las causas posibles de denegación del retorno, que está prevista por el Convenio de La Haya en unos términos determinados: si en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor (art.

12.1º) pero si se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año se ordenara asimismo la restitución del menor “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio” (art. 12.2º). Este precepto acoge una solución que refleja una ponderación predeterminada del interés del menor; solución imperfecta, discutible, pero la “menos mala” habida cuenta de que, “si el retorno del menor debe decidirse en su propio interés, es cierto que cuando está integrado en un nuevo ambiente, su retorno sólo debería tener lugar tras un análisis del fondo del derecho de custodia, lo que nos situaría fuera del objetivo convencional” (E. Pérez Vera, *op. cit.*, ap. 107; y sigue, ap. 109: “...porque el retorno tendrá lugar siempre, por la propia naturaleza de las cosas, mucho después de un año de la sustracción, el Convenio no habla en este contexto de restitución “inmediata” sino simplemente de restitución”). En todo caso, y esto es fundamental, esta ponderación predeterminada del interés del menor es la opción legislativa del Convenio.

También al servicio del interés del menor, el “riesgo grave” para el menor es otra causa posible para detener el retorno, la principal en la práctica, prevista por el Convenio, art. 13.b). Por ejemplo, puede subsumirse en este apartado la acreditación de riesgo grave para el menor asociado a la separación de la madre-cuidadora principal; en particular, si la madre se niega a volver por causas objetivas, como en el caso de la secuestradora-víctima de violencia de género. Hay que subrayar que el Convenio sujeta la integración a una condición precisa de aplicación mientras que el riesgo grave se configura como una excepción al retorno expresada mediante un concepto jurídico abierto permeable a la situación del menor en el caso concreto, en todo caso.

Al fin, el paso del tiempo, factor transversal que siempre juega a favor del secuestro, es el enemigo natural del Convenio. Por eso se pretende una restitución inmediata, resuelta en breve plazo y, en todo caso, con urgencia. En general, el paso del tiempo es enemigo natural en todos los procesos de menores. La doctrina constitucional es consciente de ello: el interés superior del menor reclama “tan pronto como sea legalmente posible, pues el paso del tiempo es pernicioso, preservar la seguridad jurídica y estabilidad de la menor” (STC 65/2016, de 11 abril, FJ 7, que resuelve sobre la ejecución de la condena a España por STEDH 18 junio 2013, as. *R.M.S. v. España*). El paso del tiempo favorece la integración. Por eso, la solución del art. 12 del Convenio es una pieza importante del sistema convencional pues sirve, en la medida de lo posible y con una solución discutible, para neutralizar el efecto del paso del tiempo. Peor aún: la “integración del menor” puede convertirse en “riesgo grave” por el paso del tiempo.

4. El TEDH sostiene haber conseguido una “interpretación combinada y armoniosa” del art. 8 CEDH y de las excepciones al retorno, en particular, del art. 13.b) del Convenio, al aclarar que la exigencia de un “examen profundo del conjunto de la situación familiar” como condición de la orden de retorno (STEDH, Gran Sala, 6 julio 2010, caso *Neulinger y Shuruck v. Suiza*) no es un principio para la aplicación del Convenio, y reconduciendo dicha exigencia a una motivación suficiente del rechazo de las causas alegadas (STEDH, Gran Sala, 26 noviembre 2013, caso *X v. Letonia*). La propia Sentencia aclaratoria no invita a dar por cerrada la cuestión a la vista de las Opiniones que la acompañan; máxime si lo que pone de manifiesto esta crisis es una tendencia a que el interés del menor en el caso concreto prime sobre la consideración general de evitar las sustracciones (cf. C. González Beilfuss, “Comentario a la STEDH 6 junio 2010, as. *Neulinger y Shuruck c. Suiza*”, *REDI*, vol. LXII, 2010-2, pp. 232-235) y el cuestionamiento del sistema del Convenio, cuyas decisiones se consideran desfasadas (cf. E. Rodríguez Pineau, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota a X c. Letonia)”, *Revista General de Derecho Europeo*, 33, 2014).

A mi juicio, esta polémica no puede abstraerse del problema de la violencia de género y la necesidad de que el interés del menor en el caso concreto (en estos casos concretos) encontrara un cauce en el Convenio. Pero lo cierto es que, en conexión con el interés del menor en el caso concreto, el factor “integración” aparece en la fundamentación de la sentencia del TEDH, no por la vía del art. 12, párr. segundo, la prevista por el Convenio como causa de denegación del retorno, sino en supuestos que entran en el ámbito de aplicación del art. 12.1º. Ahora bien, cuando se produce esta toma en consideración tiende a articularse mediante una operación jurídica determinada: la integración se asocia a una circunstancia subsumible en el art. 13.b), esto es, al concepto jurídico abierto “riesgo grave” para el

menor (particularmente, riesgo psicológico grave por separación de la madre, violencia de género), y funciona como argumento a mayor abundamiento (así, en STEDH 5 febrero 2015, caso *Phostira Eftymiou y Ribeiro Fernandes v. Portugal*, STEDH, Sección Quinta, 5 noviembre 2015, caso, *Henrioud v. Francia*). Esta construcción está presente hasta en aquellas Sentencias más radicales, como en el caso. *Neulinger* o en la STEDH, Sección Segunda, 10 julio 2012, caso *B v. Bélgica*.

Acaso es anecdótico pero llama la atención que en un asunto como *Neulinger* se argumente la consideración del paso del tiempo—toma en consideración de la integración del menor, con cita del art. 12.2º, e invocación de la STEDH, Sección Segunda, 30 septiembre 2008, caso *Koons v. Italia*, cuando el as. *Neulinger* es un supuesto del art. 12.1º, y cuando el as. *Koons*, aun con un fondo de sustracción, no es un asunto de sustracción internacional sino de guarda y custodia. La misma cita aparece en el caso *Phostira* (por tanto, con posterioridad al caso *X v. Letonia*), también un caso del 12.1º. Con una invocación más pertinente del art. 12, la STEDH en el precitado caso *X v. Letonia* destaca, a favor del retorno, que, no solamente la presentación de la demanda, sino la totalidad del procedimiento hasta el efectivo retorno del menor se produjeron dentro del año “previsto en el art. 12.1º (diligente ejecución debida al secuestro del menor por el padre). Y aunque se valore la toma en consideración de la integración a mayor abundamiento (la ratio radicaba en el consentimiento al traslado) se relativiza cuando fue debida a la duración del procedimiento causada o permitida por la actuación de las autoridades (y no enmienda la condena a la orden de no retorno, STEDH, Sección Tercera, 28 abril 2015, caso *Ferrari v. Rumanía*). Desde otra perspectiva, también se reclama la necesidad de no minusvalorar las buenas condiciones para la integración tras el retorno (STEDH, Sección Cuarta, 1 marzo 2016, caso *K.J. v. Polonia*).

5. Con estos presupuestos, volvamos al FJ 10 de la STC 16/2016. La STC declara la vulneración del derecho fundamental a una resolución judicial motivada por motivación insuficiente. La fundamentación de la STC se construye sobre el respeto del sistema del Convenio y en la asunción de su autonomía respecto del proceso de guarda y custodia (FJ 9). Así, el FJ 10 arranca con una invocación del objeto y fin del Convenio, a los que se anudan las previsiones del art. 12. Dicho lo cual, la Sentencia aborda la cuestión de la integración con un párrafo de difícil comprensión, pero seguido de otro que explica la motivación del Auto recurrido en función del sistema del Convenio: que el Auto aplica el art. 12 del Convenio, en cuyo contexto la integración del menor tiene un valor “determinado”, y que, apreciado el traslado ilícito y la ausencia de causa de excepción, el interés del menor se corresponde con el retorno de conformidad con el Convenio. Pero, paradójicamente, la STC concluye que, aunque la integración del menor puede ser causa para detener el retorno “cuando ha transcurrido más de una año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento, lo que no sucede en este caso”, desde que tuvo lugar el desplazamiento hasta la finalización del procedimiento han transcurrido 20 meses, por lo que “ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor al que antes nos referíamos”.

Esta identificación interés superior del menor—integración del menor difumina los límites con el análisis del interés del menor que correspondería en el marco del litigio por la guarda y custodia. En este sentido ha resultado premonitoria la fundamentación jurídica del ATC 119/2015, 6 julio, que mantenía la suspensión. El Auto vinculaba la suspensión del procedimiento de restitución a la efectividad de la decisión (española) sobre la guarda y custodia y, en consonancia, otorgaba el protagonismo argumentativo a la integración de la menor; planteamiento desacertado cuando el problema en el caso es precisamente el contrario: evitar que una decisión sobre la guarda y custodia en España interfiera en la restitución (arts. 16 y 17 del Convenio; excede de esta nota comentar la admisión por los tribunales españoles de la demanda de medidas definitivas promovida por la madre, en trámite simultáneamente al procedimiento de restitución (y que, acorde con ello, se adoptaran medidas “provisionales” vinculadas al procedimiento de medidas y no al de restitución). Las relaciones entre el procedimiento de restitución y el litigio sobre la guarda y custodia presentan múltiples caras y una notable complejidad (vid. P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional del menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008). Pero esta complejidad no puede opacar el principio sobre el que se construye el Convenio: la necesidad de mantener, hasta donde es posible, la autonomía de los procedimientos y las pretensiones

que se ejercitan en uno y otro, y las diferencias sustanciales a la hora de proceder a la determinación del interés del menor en cada uno.

Desde la perspectiva del Convenio de La Haya la Sentencia del Tribunal Constitucional plantea una situación complicada. Ciertamente el Auto de la Audiencia no contiene una respuesta expresa a la alegación controvertida, y se limita a la reproducción del art. 12 del Convenio. Habida cuenta de que se reproduce el tenor del art. 12, que es claro, que consta que el procedimiento se inició dentro del plazo del art. 12.1º, y que la motivación del Auto concluye en una expresa ponderación del interés superior del menor, que se identifica con el retorno, la razón de la omisión parece implícita pero patente: que el supuesto entra en el ámbito de aplicación del art. 12, pár. primero y no en el ámbito de aplicación del pár. segundo (sea el 7 noviembre 2013 la fecha de inicio del procedimiento en origen o “ante la autoridad del Estado donde se halle el menor”, el traslado se produjo en agosto de 2013 y el Auto que resuelve en Instancia es de 14 abril 2014, por tanto, no hay duda sobre este hecho). Pues bien, el TC identifica esta respuesta (si no, habría apreciado un vicio de incongruencia omisiva) y la considera insuficiente. Dado que la declaración de vulneración del derecho lleva implícito el reconocimiento de una indefensión material y no sólo formal, esto implica que, a juicio del TC, completar la motivación es trascendente para el fallo, es decir, que la integración es susceptible de detener el retorno. Y ello pese a reconocerse como un supuesto del art. 12, pár. primero y, además, sin que se pueda asociar la valoración de la situación del menor a otra causa subsumible en el art. 13.b). En efecto, la oposición al retorno se sustentó sobre la alegación de violencia de género, ex art. 13.b). Pero esta alegación fue rechazada por el Auto recurrido con una motivación expresa y reforzada y la STC no dice nada sobre la adecuación constitucional de la motivación con que el Auto la descarta (*vid.* M.V. Cuartero Rubio, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, T. Martín López y J.M. Velasco Retamosa, *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor (Navarra), Civitas–Thomson–Reuters, 2014, pp. 73–100). Este silencio es tanto más llamativo cuando fue el argumento fundamental en instancia y apelación. Al hilo de la alegación de integración del menor también se refirió el argumento de separación de la madre–cuidadora principal (en puridad, imposibilidad de la madre de disfrutar sus derechos en el Estado requirente) pero esta línea argumental no consta que se pretendiera, ni menos se acreditara, en términos de “riesgo grave” para el menor, ex art. 13.b) del Convenio. En fin, que el órgano judicial no podrá contar con el paraguas del art. 13.b). En principio. Porque cuando la Audiencia resuelva, el paso del tiempo habrá cronificado la situación. En efecto, siguiendo la lógica de la STC, si a 31 marzo 2015, fecha del Auto recurrido, “resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio” que ha de tenerse en cuenta para decidir sobre la restitución, con más motivo se habrá podido producir en la fecha posterior a 1 febrero 2016 (fecha de la STC) en que la Audiencia proceda a valorar la situación. Al momento del Auto recurrido en amparo podía haber integración (lo que afirma la STC) pero no había riesgo y un año después es verosímil que, además de integración, haya riesgo (en este sentido STEDH, Sección Tercera, 3 junio 2014, caso. *López Guió v. Eslovaquia*, *REDI*, 2015–2–Pr, pp. 235–238, con nota de M. Herranz Ballesteros).

En conclusión, a resultas de la STC el órgano judicial habrá de valorar sobre la integración de la menor y decidir si detiene el retorno en las siguientes condiciones: con ese único motivo, con valor de ratio decidendi, en un supuesto del art. 12.1º, que lo excluye como causa de denegación, y sin poder invocar “riesgo grave” del art. 13.b) (en principio). En estas condiciones, parece difícil evitar una interpretación *contra legem*, contraria el objeto y fin del Convenio e incompatible con el concepto de interés superior del menor en los términos del Convenio. Respecto al eventual efecto de este entendimiento en la práctica judicial española, la STC debe valorarse en sus justos términos: expresa un control externo de motivación (suficiencia, arbitrariedad, irrazonabilidad, error patente), control ajeno al plano de la legalidad ordinaria, en el que los órganos judiciales son los únicos competentes (art. 117.3º CE). Ahora bien, el deslinde con el plano de la legalidad ordinaria en el caso no es tan simple pues la STC parte de una determinada lectura de la legalidad. Como hemos señalado, el vicio constitucional de motivación apreciado por la STC se concreta en que se considera constitucionalmente necesaria la valoración de la integración del menor, no en un litigio de guarda y custodia, sino como causa de oposición en un procedimiento de restitución, en un supuesto en que el Convenio no lo contempla (art. 12), sin invocación de

un riesgo grave (art. 13.b), por conexión con el interés del menor. En el mejor de los escenarios no parece que facilite la interpretación y aplicación del Convenio por los órganos judiciales.

6. La Sentencia anuda la necesidad de valoración de la situación del menor a la dilación del procedimiento e insiste en que es “circunstancialmente excepcional” y “en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado” (términos que evocan el actual art. 778 *quáter* 5 LEC); y ello “cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora” (FJ 10). Para valorar la excepcionalidad del procedimiento revisémoslo. La primera instancia, incluida la cuestión de competencia objetiva, y la apelación, con aclaración e incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, se prolongaron hasta un total de más de 18 meses. Y el procedimiento no concluye aquí. Tras los Autos de la Audiencia se interpuso recurso de amparo, que culminó en la STC objeto de este comentario, en 1 febrero 2016. Al fin, el asunto ha vuelto a la Audiencia de suerte que, hasta que no se dicte un segundo Auto no podrá darse por concluido. Tras este Auto sigue siendo viable la solicitud de aclaración, subsanación de error y complemento y, en teoría, la interposición de un segundo recurso de amparo. Hay que poner de relieve que el procedimiento se ajusta a las instancias legalmente previstas (primera instancia y apelación, recurso éste constitucionalmente garantizado aun cuando el menor haya sido restituido, esto es, de ejecución comprometida, STC 120/2002, 20 mayo) y el uso de los demás remedios procesales, también legalmente previstos, no parece que pueda considerarse abusivo por cuanto se articularon para servir a su objetivo procesal (el incidente para denunciar la lesión constitucional ante la jurisdicción ordinaria como paso previo al recurso de amparo era procedente). La STC vincula la dilación a diversas vicisitudes pero destaca en concreto una: la cuestión de competencia objetiva debida al fondo de violencia de género alegado. Pues bien, los supuestos de sustracción en los que se trufa la alegación de violencia de género lejos de ser excepcionales cada vez son más frecuentes (lo que justifica la preocupación por el problema de la Conferencia de La Haya desde hace años, entre otros documentos, *Violence conjugale et familiale et l'art. 13 "risque grave" exception dans le fonctionnement de la Convention de La Haya du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: document de réflexion*, mayo 2011) por lo que no puede asociarse excepcionalidad a este factor.

En un test de resultados es inmediato que la duración del procedimiento no se compadece con la teoría de seis semanas, y, en todo caso, con el principio de urgencia que debe inspirar cada uno de los momentos procesales en los procedimientos de menores y, con especial énfasis, en el procedimiento de restitución. Ciertamente los órganos judiciales no dictaron las resoluciones judiciales con urgencia pero, de haber actuado con urgencia, ¿cuál es la expectativa razonable de la duración de un procedimiento como el descrito? La nueva regulación del procedimiento establecida por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria incide en la urgencia y establece expresamente plazos muy breves para conseguir la resolución en seis semanas, salvo “circunstancias excepcionales” (art. 778 *quáter* 5 LEC); si hay oposición, vista, prueba, audiencia al menor, apelación, sentencia en 3 días (art. 778 *quinquies* 6–11 LEC). Pero no se computan “otras incidencias” (cuestión de competencia, aclaración, incidente), ni la tramitación del recurso de amparo si se admite, ni la devolución a la Audiencia si se estima, como en el caso de autos.

Aunque más sutil, la duración del procedimiento está vinculada asimismo a otro factor: la comprensión del Convenio por las instancias judiciales y el Ministerio Fiscal (pocos Convenios cuentan con tantos instrumentos de ayuda, aunque se comparte la pregunta sobre si son realmente efectivos, cf. A. Borrás, “¿Qué ha significado 2014 para la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado?, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, p. 711). Por supuesto, en cuanto a la conciencia de que el paso del tiempo corre siempre a favor del secuestro pero también de las claves del sistema: una fundamentación jurídica incompatible con la lógica del Convenio alimenta la controversia, dificulta la resolución del caso y abona la dilación de la solución definitiva. Por ejemplo, el Auto del Juzgado deniega el retorno por “el riesgo de acceder a la restitución antes de que los tribunales penales se pronuncien sobre la cuestión”. Esta es la solución perfecta. Pero si se puede garantizar una resolución “inmediata” de la denuncia por violencia. De lo contrario, el argumento del Juzgado es incompatible con el Convenio y, en la medida en que dicha incompatibilidad es evidente, irrazonable; máxime cuando, como es el caso, el

mismo Juzgado de Violencia que detiene una restitución “inmediata” por mor del riesgo para el menor en tanto no se resuelva la denuncia, sigue sin resolverla dos años después (cf. ap. 1 de esta nota).

En este sentido, también hay que reparar en los argumentos del Ministerio Fiscal, que interesa el otorgamiento del amparo por la existencia de resolución española sobre guarda y custodia y por falta de ponderación debida del interés superior del menor (STC 16/2016, Antecedente 10). El primer argumento, rechazado por la STC, FJ 8, simplemente desconoce el tenor literal de los arts. 16 y 17 del Convenio, en particular si las medidas son provisionales previas, como recuerda el TC, “cuya vocación no es, ni prejuzgar las definitivas, ni, con mayor motivo, comprometer la obligación de inmediata restitución del menor” (en este sentido, cf. P. Jiménez Blanco, *Litigios...*, op. cit., p. 85). Y, en un análisis del interés del menor, ausente en el razonamiento del Fiscal, medidas que sirvieron “para estabilizar la frágil situación provisional de la menor, incurso en un procedimiento de restitución que se prolongaba, así como a preservar, en estas circunstancias complejas, su derecho a relacionarse con ambos progenitores [art. 8 del Convenio ... y de la misma manera, sirvieron al interés del padre que ha tenido un régimen de visitas en España durante la tramitación del procedimiento de restitución”. Respecto al argumento relativo a la consideración de la integración del menor, poco después de la presentación de alegaciones del Ministerio Fiscal en el caso de autos la Fiscalía General del Estado emitió la Circular 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 17 noviembre 2015. La Circular es tajante en cuanto a la denegación de la devolución por transcurso del tiempo: una vez iniciado el procedimiento “antes del transcurso de un año, la prolongación del mismo más allá de dicho período no alteraría la regla general pro retorno”.

7. Para concluir, desde la óptica del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH, hay que recordar que el derecho exige que las resoluciones que resuelven sobre el retorno contengan una motivación suficiente, que exteriorice un examen eficaz de las causas alegadas para detenerlo, apreciado a la luz del art. 8 CEDH, decisión especialmente motivada, no automática o estereotipada (por todas, caso *X v. Letonia*, aps. 106 y 107). El FJ 10 de la STC culmina con este argumento y justifica que se ha realizado dicho análisis y acogido una solución que se ha considerado adecuada en los términos exigidos por el TEDH. En todo caso, aún queda, al menos, el segundo Auto de la Audiencia, cuya motivación deberá ajustarse al citado principio.

A mi juicio, hay que valorar muy positivamente esta invocación del art. 8 CEDH, que parece ser tendencia en la doctrina constitucional, bien que como argumento a mayor abundamiento y en clave de análisis constitucional de un Derecho procesal y no de un Derecho sustantivo. Esta solución no resuelve el conflicto de fondo, a saber, que no existe cauce en sede de recurso de amparo que permita un análisis constitucional en términos de Derecho sustantivo (lo que es posible pues nada obliga a una identidad de derechos protegidos por el CEDH y susceptibles de recurso de amparo, pero que podría paliar las condenas a España por el TEDH por violación del art. 8 CEDH). En este sentido, conviene llamar la atención sobre la STC (Sala Primera) 11/2006, 1 febrero, que subsume un supuesto de vida privada y familiar ex art. 8 CEDH (incineración de resto biológico resultante de un aborto) en el derecho a la intimidad personal y familiar, ex art. 18.1º CE. El impacto de esta novedad acaso sea limitado (o nulo) por los serios condicionantes con que se formula: es una Sentencia que modifica doctrina constitucional pero que no ha sido adoptada por el Pleno sino por Sala, que cuenta con dos votos discrepantes y uno concurrente, el del Ponente, todos disintiendo de la invocación del art. 18.1º CE.

Junto con el principio de examen eficaz de las alegaciones, el cumplimiento de las obligaciones positivas inherentes al derecho protegido por el art. 8 CEDH se concreta en si se han adoptado todas las medidas razonablemente exigibles y adecuadas para garantizar el derecho (un análisis del caso desde esta perspectiva condujo a la condena a España en el caso *Iglesias Gil*, vid. M-V. Cuartero Rubio, “*Iglesias Gil y A.U.I. c. España*. Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida familiar”, *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (R. Alcacer Guirao, M., Beladiez Rojo y J.M. Sánchez Tomás, coords.), Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 471-499). En lo que ahora interesa, una de las manifestaciones concretas de aquellas obligaciones positivas es la actuación urgente de las autoridades nacionales por

las irremediables consecuencias sobre la situación del menor del paso del tiempo (caso *Ignaccolo-Zenide*, pár. 102, caso *Maire*, pár. 74, caso *Pini* y otros caso. *Rumania*, pár. 175, caso *Monory*, pár. 82, caso *Tapia Gasca*, pár. 92). Pues bien, desde esta perspectiva la actuación de las autoridades españolas parece difícilmente compatible con el art. 8. La propia STC, en cuanto justifica la necesidad de valoración de la integración por la duración del procedimiento, deja poco margen de duda. Invita a la reflexión que, acaso en el ánimo de conseguir una motivación adecuada en interés del menor, la suma de la actuación de los órganos judiciales habrá ocasionado la lesión de su derecho al respeto a la vida privada y familiar.

2016/77.– Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia nº 16/2016, de 1 febrero 2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas. RTC 2016\16.

Sustracción internacional de menores.– Orden de retorno.– Transcurso de casi veinte meses desde que se produjeron los hechos que dieron lugar al proceso de restitución.– Recurso de amparo.– Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales.– Derecho a obtener una resolución fundada en derecho: motivación.– Resoluciones infundadas por absoluta falta de ponderación del principio de interés superior de la menor y de su posible integración en el nuevo entorno durante el tiempo transcurrido entre el traslado y la resolución definitiva.– Vulneración existente.

Normas aplicadas: Art. 24.1º CE; art. 8 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950; arts. 11, 12, 13, 16 y 17 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

Pues bien, vista la motivación del Auto recurrido que consta resumida en los Antecedentes, se observa que el Auto de la Audiencia parte del marco normativo del Convenio de La Haya de 1980, que reproduce, y explica de forma motivada las razones por las que considera que concurre un traslado ilícito, así como por las que entiende que no estamos ante un consentimiento al traslado en los términos del Convenio, lo que conduce a la desestimación de la excepción al retorno prevista en el art. 13.a). El Auto también descarta la excepción al retorno prevista en el art. 13.b), grave riesgo para el menor, para culminar ordenando el retorno en atención al interés del menor. Es respecto de la motivación relativa a estas dos cuestiones que la demandante en amparo hace alegaciones concretas y a ellas nos referiremos inmediatamente.

Con carácter previo conviene abordar la otra queja específica que acompaña la denuncia genérica por vicio de motivación y que es la referida a la contradicción del Auto recurrido con otras resoluciones judiciales dictadas por los tribunales españoles, en concreto, el Auto del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 11, de 15 abril 2014, Auto firme que atribuye la guarda y custodia a la madre, y con el Auto de 23 junio 2014, que deniega el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que otorgan la guarda y custodia al padre. El mismo sentido tiene otro argumento expresado en la demanda, consistente en subrayar que el Auto ignora el denominado –laberinto procedimental– en que se incardina el procedimiento de restitución.

Con este planteamiento, y habida cuenta de que la perspectiva de análisis es el derecho fundamental a una resolución judicial motivada, puede entenderse que una denuncia no es irrazonable, por no ser decisiones inconciliables, denegar el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que establecen medidas provisionales y ordenar la restitución de la menor, ni puede apreciarse irrazonabilidad en la motivación cuando la resolución española de guarda y custodia que se reputa como contradictoria con la orden de restitución se ha dictado en un procedimiento de medidas puramente provisionales (autos de medidas provisionales previas 1/2014) cuya vocación no es, ni prejuzgar las definitivas, ni, con mayor motivo, comprometer la obligación de inmediata restitución del menor. En

este sentido, el Auto recurrido culmina la fundamentación –recordando, en todo caso los contenidos de los arts. 16 y 17 del Convenio de La Haya – y conforme a éste último, en lo que ahora interesa, el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor no podrá justificar la negativa a la restitución.

Antes al contrario y al margen de un análisis de legalidad ordinaria sobre las resoluciones judiciales que nos está vetado, en un análisis constitucional de motivación presidido por el interés superior del menor lo relevante es que las medidas provisionales fueron adoptadas por el Juzgado de Violencia tras la denegación de la restitución, pero con la oportunidad defensiva del recurso de apelación abierta, que efectivamente se utilizó y que dilató la situación de pendencia hasta el Auto ahora recurrido de 31 marzo 2015.

De esta suerte, estas medidas provisionales sirvieron para estabilizar la frágil situación provisional de la menor, incurso en un procedimiento de restitución que se prolongaba, así como a preservar, en estas circunstancias complejas, su derecho a relacionarse con ambos progenitores (art. 8 CEDH) y de la misma manera, sirvieron al interés del padre que ha tenido un régimen de visitas en España durante la tramitación del procedimiento de restitución.

Como se ha establecido, la vulneración denunciada se sustenta principalmente sobre dos alegaciones: a) la falta de valoración de las circunstancias actuales de la menor, en orden a ponderar el interés superior de ésta para detener la restitución inmediata prevista por el Convenio, y b) la discrepancia con la valoración de la Audiencia de la denuncia de la parte recurrente por violencia doméstica, en orden a determinar la excepción a la restitución del art. 13.b) del Convenio.

Al objeto de valorar la suficiencia y razonabilidad de la motivación del Auto hay que partir del sistema del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así, conforme a la Exposición de Motivos, el Convenio obedece al deseo –de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita. En consonancia con ello, el art. 1 establece que: –La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante. b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes!.

Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar la finalidad del Convenio y que, en aras de esta finalidad, el ordenamiento español –arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso– (STC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia posterior a la STEDH (Gran Sala) de 6 julio 2010 (asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza), que requería un examen en profundidad del conjunto de la situación familiar (ap. 139; STEDH (Sección Tercera) de 6 diciembre 2007, asunto Maumousseau y Washington c. Francia, ap. 74), ha considerado que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, art. 8 CEDH, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes. En primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del art. 8 del Convenio Europeo, con cita de las SSTEDH (Gran Sala) de 6 julio 2010,

asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza; (Gran Sala) de 26 noviembre 2013, asunto X. c. Letonia, ap. 106; 1 julio 2014, asunto Blaga c. Rumania, ap. 69 y 28 abril 2015, asunto Ferrari c. Rumania, ap. 47.

En este contexto, abordando ya la alegación de falta de ponderación de la situación actual de la menor que la demanda anuda a una indebida valoración del interés superior de la misma, hay que añadir que, en consonancia con su objeto y fin, el Convenio de La Haya de 1980 incluye en su art. 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si –en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor¹, mientras que –la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio².

Por todo ello, la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial, cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución.

En estas condiciones, el Auto reproduce textualmente el art. 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución, y aprecia que, confirmado el traslado ilícito y sin que concurran las causas excepcionales para detenerlo previstas en el art. 13.a) y b), unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés del menor se corresponde con el retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

En este punto, el art. 12 permite valorar –la integración del menor en el nuevo medio, a fin de rechazar la devolución, cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento, lo que no sucede en este caso. Se trata, como se adelantaba, de una previsión que trata de hacer efectivo el superior interés del menor de modo coherente con el carácter urgente del procedimiento de devolución configurado en el propio Convenio y que, por razón del tiempo, no permitiría, de haberse interpuesto y resuelto el procedimiento diligentemente en el plazo máximo de seis semanas (art. 11 del Convenio), una integración real del menor en un nuevo medio.

En el supuesto que enjuiciamos, tal y como se ha dejado constancia, el procedimiento se promueve transcurridos apenas tres meses desde que tuvo lugar el hecho que le da origen. Su definitiva terminación, sin embargo, hasta la resolución del recurso de apelación, se retrasa a abril de 2015, lo que supone que desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del procedimiento han transcurrido casi veinte meses. En este prolongado período de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor al que antes nos referíamos.

Hemos de reparar en que en el caso examinado, circunstancialmente excepcional, la dilación del procedimiento judicial no se ha debido ni a la tardanza en su iniciación ni al comportamiento del promotor del incidente sino a diversas vicisitudes procesales entre las que destaca la declinatoria por falta de competencia objetiva, al existir denuncias de violencia de género. En todo caso, este Tribunal, con la decisión que ahora adopta, se limita a constatar que la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva.

En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña

en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1º CE.

Esta conclusión es, por lo demás, acorde con las exigencias derivadas del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) en los términos expresados en la jurisprudencia del TEDH precitada, en cuanto obliga a los órganos judiciales nacionales a expresar una decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor. Tales omisiones son determinantes para concluir estimando la vulneración del derecho fundamental de la demandante en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE.

Los razonamientos expuestos conducen a la estimación del recurso de amparo en la forma prevista en la parte dispositiva de esta resolución.

MENOR. SOLICITUD DE RESTRICCIONES A LA SALIDA DEL TERRITORIO NACIONAL. AUSENCIA DE RAZONES

2016/78.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 138/2016, de 17 febrero 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez. JUR 2016\70029.

Menor.– Vacaciones en Marruecos, en compañía de la familia materna.– Solicitud de restricción de salida del territorio nacional.– Ausencia de motivos.– Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que vincula a España y a Marruecos.– Denegación de la medida.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

Sin embargo, no se propone aquí que el menor haya de irse a vivir a Marruecos sino una medida restrictiva de limitación de salida del territorio nacional, lo que remite a la apreciación de si hay riesgo o no de que el menor sea sustraído o que, realizando las vacaciones en el país de su familia materna, luego no regrese a España.

[...]No se acredita por parte del padre, ni se aprecia, a priori, ninguna razón que permita suponer que la madre se sustraerá a la competencia de las Autoridades españolas y no cabe por ello establecer una medida limitativa de los viajes a Marruecos. El que la madre pueda haber reconocido que, en un momento álgido de la crisis manifestó que marcharía no es suficiente para apreciar un peligro en que incumpla sus obligaciones.

En todo caso, como dijimos en la SAP, Civil sección 18 del 13 febrero 2015 “el Convenio de la Haya de 1980 complementado por el RB II bis en esta materia, asegura suficientemente la eventualidad que se pretende evitar con la prohibición o limitación que se impone”.

Marruecos es parte del Convenio de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores desde el año 2010.

SOLICITUD DE MEDIDAS SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN POLONIA. INCOMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

2016/79.– Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, Sentencia nº 89/2016, de 1 marzo 2016. Ponente: D. Ramón Romero Navarro. JUR 2016\110756.

Solicitud de medidas sobre la regulación de la guarda y custodia y alimentos para menores.– Competencia judicial internacional de los tribunales españoles: no.– Menores con residencia habitual en Polonia.– Existencia de resolución polaca resolviendo sobre la reclamación alimenticia.

Normas aplicadas: Arts. 8, 9 y 10 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[...]

En esta alzada se ha planteado de oficio por la Sala la cuestión atinente a la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles sobre la base de las propias declaraciones del apelado en el acto de la vista que se llevó a cabo el 14 enero 2015. En efecto, en dicha vista, como consta debidamente registrado en el CD con la grabación audiovisual, el interesado manifestó que Katarzina se llevó a las niñas a Polonia a mediados del año 2012. Pues bien, habida cuenta que lo se pide en el presente procedimiento es la regulación de la guarda y custodia de las menores y los alimentos de las mismas, es preciso poner de relieve que de conformidad con el Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, la competencia para conocer del presente procedimiento corresponde a los órganos judiciales de Polonia.

En efecto, en primer lugar, es aplicable dicho Reglamento por cuanto su art. 1, relativo al ámbito de aplicación, incluye el derecho de custodia y visitas, y aún cuando se excluyen los alimentos, en relación con éstos últimos existe una resolución dictada por el Juzgado de Distrito de Zlotoryja, Sección Tercera de Familia y Menores, de fecha 14 enero 2014, por la cual se condena al demandado en aquél procedimiento, D. Estanislao, a abonar pensión de alimentos a favor de las dos hijas comunes habidas con Doña Bruno, lo que imposibilita que en la demanda formulada el Juzgador de Arcos pueda pronunciarse al respecto. Es una resolución dictada por los órganos judiciales de un estado miembro de la Unión Europea al amparo del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos que además no precisa de exequatur. En concreto, se señala en el art. 17.1° del mencionado Reglamento, que “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento”. Basta remitirnos al Protocolo de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en la Haya, para ver que Polonia es uno de los estados vinculados por dicho Protocolo, por lo que de conformidad con el Reglamento 4/2009, en materia de alimentos, la sentencia dictada por el tribunal de Polonia acordando alimentos a favor de las hijas y a cargo del demandante, Sr. Estanislao, ha de ser reconocida en España sin necesidad de proceso alguno o exequatur. Por lo tanto, no solo no cabe que en el presente procedimiento la demanda pueda abordar los alimentos ya tratados por la sentencia invocada, sino que los Tribunales Españoles carecen de competencia para conocer de la demanda en relación con la guarda, custodia y derecho de visitas.

En relación con la guarda y custodia y visitas de las menores, a tenor del art. 8 Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre, “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”. En el presente supuesto, cuando se presenta la demanda ante los Juzgados de Arcos, el 20 febrero 2014, ya la residencia habitual de las menores se situaba en territorio polaco desde mediados del 2012. El art. 9 señala que “Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la ante-

rior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al art. 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor”. Es obvio que la residencia de las menores se alteró pasado con exceso el plazo señalado (de tres meses) como para que pudiera seguir conservando la competencia el tribunal español. Es más, si consideráramos que existió una sustracción de menores por cuanto que dicho traslado fue inconsciente y contrario al derecho y al parecer del otro progenitor, también, transcurrido más de un año del mismo (obsérvese que en el juicio dijo con claridad que se las llevó a mediados del 2012) la competencia de los tribunales españoles se habría mantenido durante un año contado desde dicho traslado o sustracción. Ahora bien, de conformidad con el art. 10 y concordantes del citado Reglamento, transcurrido más de un año desde la sustracción ilícita(a contar desde que se tuvo conocimiento)y sin que se haya formulado dentro de ese año demanda de restitución ante las autoridades del Estado al que han sido trasladadas las menores, se considera que las menores adquieren la residencia habitual del Estado miembro al que han sido trasladadas y que la competencia para el conocimiento de la demanda de guarda, custodia y visitas corresponderá a dicho nuevo estado. No consta que en todo este tiempo se haya presentado demanda de restitución (y menos en el curso del año siguiente al traslado a Polonia) y desde mediados del 2012 las menores residen allí sin conste que no estén integradas en dicho país, hasta el punto de que como consecuencia de la demanda formulada por la apelante, el Juzgado de Zlotoryja, con fecha 14 enero 2014, dictó sentencia fijando la obligación de alimentos del apelado para con sus hijas, sentencia que tiene reconocimiento sin necesidad de exequatur. Por todo lo expuesto, se ha evidenciado que se ha llevado a cabo un procedimiento relativo a la guarda y custodia y visitas de menores por un órgano judicial que no tiene competencia para ello, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre (“El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente) procede declarar la nulidad de lo actuado de conformidad con lo establecido en los arts. 225 y concordantes de la LEC, 17 del Reglamento indicado y 36 y concordantes LEC.

TRASLADO ILÍCITO DE MENORES DE MARRUECOS A ESPAÑA: RETORNO

2016/80.– Audiencia Provincial de Cuenca, Sección Primera, Sentencia nº 31/2016, de 1 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Casado Delgado. ROJ: SAP CU 79/2016 – ECLI:ES:APCU:2016:79.

Divorcio pronunciado en Marruecos.– Atribución de la guarda de los menores en exclusiva a la madre.– Traslado ilícito de los menores a España por parte del padre.– No ejercicio efectivo de custodia por parte de la madre: necesidad de prueba.– El retorno no supone para los menores ningún tipo de peligro físico o psíquico ni de cualquier otra manera les pone en una situación intolerable.– Opinión de los menores: no es enteramente decisiva.– Traslado ilícito.– Retorno a Marruecos.

Normas aplicadas: Art. 23 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961; arts. 15 y 19 Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 mayo 1997; art. 144 LEC.

[...]

El segundo motivo del recurso tampoco merece acogimiento por parte de este Tribunal. El art. 15 del Convenio Hispano Marroquí (CBHM) señala: “La solicitud de devolución inmediata, prevista en el capítulo II, deberá incluir: a) Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona de que se alega que se ha llevado o retenido al menor. b) Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la devolución del menor. En apoyo de dicha solicitud, se presentarán según los casos: 1. Copia de la resolución dictada que reúna las condiciones necesarias para que se considere auténtica. 2. Cualquier documento que establezca que, según la ley del Estado requirente, la resolución es ejecutiva. 3. Cualquier acto o documento que establezca la nacionalidad del menor, en la fecha del desplazamiento ilegal. 4. Cualquier documento que pueda demostrar que el menor tenía su residencia habitual en el territorio del Estado requirente, en el momento del desplazamiento ilegal. c) Cualquier información disponible referente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone que se encuentra el menor. d) En caso de que se solicite la intervención de la Autoridad Central del Estado requerido, cualquier documento que habilite, a dicha Autoridad Central, para actuar en nombre del requirente o a designar para ello a otro representante”. Pues bien, como señala el Juzgador a quo nos encontramos ante un supuesto de procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en el que la autoridad judicial se limita a sancionar un acuerdo entre las partes por lo que carece de sentido una expresa declaración de firmeza y ejecutividad, vista la naturaleza consensual del procedimiento, conclusiones que son compartidas por este Tribunal y ello en atención a la especial naturaleza de este procedimiento que tiene por objeto emitir un pronunciamiento judicial sobre si el traslado o la retención de menores son ilícitos y acordar, si procede o no, la restitución de los menores a la demandante a quién en sentencia de 23 julio 2013 se le atribuye, en exclusividad, la guarda de los menores Primitivo e Melisa a la madre. Es más, como señala la parte apelada, en el acto de la Vista se aportó instrucción sobre las disposiciones aplicables del derecho marroquí que prevén la posibilidad de que las partes puedan instar un procedimiento de modificación de las medidas acordadas en el proceso de divorcio, siendo de resaltar que, dado el tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia de divorcio, la parte no haya acreditado haber realizado actuación alguna ante los Tribunales de Tánger (Marruecos) en dicho sentido o, en su caso, haber la interposición de cualquier recurso ante los Tribunales que permitiese inferir que la resolución judicial por la que se atribuye la guarda de los menores a la madre no es firme ni ejecutiva.

El tercer motivo del recurso se rechaza. Al respecto, el art. 13 del Convenio de 25 octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, señala: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Debemos partir, necesariamente, de que nos encontramos ante una resolución judicial que atribuye – en exclusiva – la guarda de los menores a la madre. Pues bien, cualquier circunstancia relativa a que dicho derecho no se lesiona con el traslado de los menores a España, en concreto a la localidad de Villaescusa de Haro (Cuenca) por el hecho de que la guarda y custodia se ejercitaba –en exclusiva– por el padre/demandado, esto es, el no ejercicio efectivo de la custodia debe ser cumplidamente acreditado por quién la invoca, en este caso el padre, circunstancia que no ha acontecido en el presente caso por cuanto se trata de manifestaciones carentes de acervo probatorio corroborador por cuánto no se ha articulado prueba al respecto. Es más, dicha circunstancia no se deduce ni infiere del contenido de la exploración judicial de los menores y la parte bien pudo haber interrogado en la Vista a la madre, habiendo renunciado a dicha prueba después de ser propuesta y admitida por el Juzgador de Instancia. En todo caso, es de advertir que el hecho de que el padre pudiera dedicar más tiempo a los menores que la madre –quién era la que aportaba el sustento económico a la entonces unidad familiar– no determina ni conlleva –como necesaria consecuencia– que la madre hubiese efectuado una dejación de sus funciones como titular de la guarda de

los menores, siendo que nos encontramos ante una decisión de los progenitores que –en modo alguno– implica una derogación de facto del contenido de la sentencia de divorcio. Y, finalmente, tampoco puede ser acogida la alegación vertida en el cuerpo del recurso y referida a que la restitución de los menores a Marruecos causa a los menores un “tremendo daño” por la variación radical del status quo aceptado por las partes. Al respecto, no existe prueba alguna por la que pueda inferirse, ni siquiera sospecharse, que exista riesgo alguno por el que la restitución de los menores a su madre les exponga a un peligro físico o psíquico, o de cualquier otra manera les ponga en una situación intolerable y ello por cuánto, de las pruebas practicadas en el procedimiento y en atención a los hechos aceptados por las partes, se evidencia que los menores hasta diciembre de 2010 han vivido en Tánger, han acudido al colegio “Ramón y Cajal” de dicha localidad donde reciben enseñanza bilingüe (español e inglés) con notas satisfactorias, se encuentran matriculados en dicho colegio para el curso escolar 2015–2016, realizan actividades extraescolares y disponen de un nivel de vida/ status bastante elevado en atención –precisamente– al trabajo de la madre, mientras que se desconocen los medios de vida del padre en España, siendo reconocido por el padre que en Marruecos no desarrollaba actividad laboral alguna. Por otro lado, los menores si bien manifestaron en la exploración judicial que preferían el colegio de Villaescusa, en atención a su edad y grado de madurez, no puede sostenerse que exista un rechazo frontal a la restitución a Tánger. Es más, de sus manifestaciones se desprende que llevan solo un mes en España y que albergan la esperanza de que su madre venga a vivir con ellos a España.

El cuarto motivo del recurso tampoco merece acogimiento por parte de este Tribunal. Al respecto, dentro del Capítulo II, bajo la rúbrica “Devolución inmediata del menor”, dispone el art. 7: 1. El desplazamiento de un menor, del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la Autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando: a) El desplazamiento hubiere tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor: Éste tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado. El menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente. b) Se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el Derecho del Estado del que fuera nacional. c) El desplazamiento infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes”. Alega el recurrente que nos encontramos ante el supuesto contemplado en el ap. a) del art. 7, mientras que el Juzgador, erróneamente, ha incurrido en el supuesto en la letra c). No es esta la opinión de este Tribunal y ello por cuánto nos encontramos ante un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en el que la parte demandada, ahora recurrente, compareció a la Vista por medio de una Abogada Marroquí Hakima Zouitini en fecha 21 marzo 2013 (Protocolo 13767) con poder especial, con traducción debidamente legalizada, y en el que se atribuyó la guarda y custodia a la madre, luego existe vulneración del derecho de custodia atribuido a la madre por el Estado Marroquí (ap. b) y, además, el desplazamiento y la retención de los menores en Cuenca supone la infracción del acuerdo concretado entre las partes implicadas y refrendado por la Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes, en este caso, por el Tribunal de Primera Instancia de Tánger (Marruecos).

El último motivo del recurso también debe ser desestimado. En efecto, reitera la parte apelante el desconocimiento de la existencia del proceso de divorcio sosteniendo, en esencia, que se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales. Al respecto, como se señala en la sentencia de instancia, nos encontramos ante un proceso de divorcio de mutuo acuerdo en el que no se detectan irregularidades y, en todo caso, no puede ser objeto del presente procedimiento las posibles “irregularidades” en que se hubiere desarrollado el proceso de divorcio en Marruecos, en especial, si las autoridades judiciales habían otorgado la guarda a la madre sin que en el acuerdo privado se hubiere pactado dicho extremo, ni que la autoridad judicial marroquí hubiera omitido las necesarias cautelas en cuanto a conocer si el demandado/recurrente desconocía el idioma árabe ni, por otro lado, si se le había notificado o no dicha resolución. Por otro lado, por lo se refiere a la alegación que dicha resolución de divorcio vacía de contenido, en cuanto a los pronunciamientos sobre los menores, a la sentencia de

divorcio a dictarse en España, como jurisdicción competente para decidir sobre la acción de divorcio, hemos de señalar que conforme dispone el art. 10 del CBHM: "1. El ejercicio de la acción de devolución inmediata del menor no estará supeditado al reconocimiento y a la ejecución de una resolución judicial en el Estado requerido. 2. La resolución mediante la que se ordene la devolución inmediata del menor no prejuzgará el fondo del derecho de custodia". Pues bien, es evidente que la presente resolución no puede prejuzgar el fondo del derecho de custodia sin que sea dable entrar a conocer ni resolver la ley aplicable al divorcio, si la española –como sostiene la parte recurrente– o la marroquí –como sostiene la parte apelada–. 6 En atención a las consideraciones anteriormente expuestas procede la desestimación del recurso y, consiguientemente, la plena confirmación de la resolución recurrida.

RETENCIÓN ILÍCITA. RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD EXPRESADA DE LOS MENORES EN EL PROCESO DE RETORNO

2016/81.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia nº 206/2016, de 8 marzo 2016. Ponente: Ilma. Sra. D^a María José Pérez Tormo. TOL5.715.227.

Menores con residencia habitual en Bruselas (Bélgica).– Traslado a España con ocasión de unas vacaciones y retención por parte de su padre.– Ninguno de los progenitores puede decidir sobre la residencia habitual de los hijos por sí mismo.– Presuntos malos tratos de la madre sobre los hijos: necesidad de prueba.– Opinión manifestada por los hijos de permanecer en España, contando con 9 y 14 años respectivamente: no concluyente.– Interés de los menores: conveniencia de que el retorno se efectúe una vez concluido el curso escolar.

Normas aplicadas: Arts. 7, 12 y 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 55 e) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 31 b) Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996.

[...]

La sentencia apelada ha declarado probado que la residencia habitual de los hijos menores era Bruselas, Bélgica, criterio con el que esta Sala coincide, pues el demandado prestó su consentimiento por escrito en fecha 16 abril 2012, para su traslado con la madre, a aquel país, donde estaban escolarizados hasta que en agosto 2015 se trasladaron a Terrasa (Barcelona) para pasar el verano con su padre.

Ambos progenitores tienen encomendados los derechos de custodia de los hijos en el sentido exigido por el Convenio y por el Reglamento pues ninguno de ellos puede decidir sin el consentimiento del otro o autorización judicial el lugar de residencia de los menores. La retención de los hijos en Terrasa (Barcelona) sin autorización de la madre es por tanto ilícita, pues no ha sido consentida por la Sra. Eufrasia.

El art 12 del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 octubre 1980, establece que si hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata de los menores, y el art. 13 del mismo convenio prevé las excepciones a tal traslado inmediato.

Dicho lo anterior debe examinarse si concurre alguna de las excepciones contempladas en el art. 13 del Convenio para autorizar la no restitución que el Convenio contempla como una medida dotada de automatismo salvo concurrencia de excepciones.

El art. 13 b) autoriza la no restitución cuando exista un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga a los menores en una situación intolerable.

En el caso de autos no se ha acreditado las aseveraciones del demandado sobre los malos tratos que según alega, ocasiona la madre a los hijos comunes. No presenta documentación al respecto, no ha presentado nunca denuncias poniendo en conocimiento de las autoridades tal actuación materna, ni los menores le han comentado nunca al padre que la madre les maltratará, según los propios menores manifestaron a esta Sala cuando fueron explorados. Si bien el mayor de los hijos que tiene 14 años mostró un nivel alto de madurez cuando realizó sus manifestaciones inequívocas de querer permanecer en este país con su padre, siendo de la misma opinión el menor de los hijos, de 9 años de edad, esta Sala coincidiendo con la Juzgadora de Primera Instancia, tuvo la percepción de que Jaime no era absolutamente sincero en sus manifestaciones, quizás intentando obtener el resultado de permanecer en este país que es lo que en definitiva, le movía, pues no debemos olvidar que hasta 2012 en que se trasladó a Bruselas con su madre y hermano, había vivido en Terrassa, donde se hallaban ambos hermanos acostumbrados al entorno escolar, social y de su familia paterna, entorno que ahora habían recuperado y que consideran más acogedor que el que han encontrado en Bruselas. Ciertamente es que los menores explicaron que su madre no los trataba de forma adecuada, pero incurrieron en contradicciones entre ellos por lo que este Tribunal no ha podido alcanzar la convicción de que en realidad se haya producido el maltrato materno alegado por el padre

Este Tribunal no puede basar una decisión de no restitución en la única opinión de los menores, por muy firmes y constantes que se hayan posicionado, por cuanto uno de ellos de 9 años de edad, por tanto, de edad inferior a la mínima que la legislación aplicable establece con carácter general para ser oído, y el otro, de 14 años de edad mostraron contradicciones entre sí la atención recibida por la madre, y no aparece del contenido de ambas exploraciones, que sus motivaciones tengan un fundamento objetivo y serio, faltando una reflexión y un discurso maduro a los efectos de lo consignado en el art. 13.2º, pese a la inteligencia demostrada por los mismos y su evidente voluntad de quedarse en este país

No concurren pues, los requisitos mínimos que permiten una excepción a los términos del Convenio, que opera al margen de consideraciones sobre quien deba ser el progenitor más adecuado para la custodia, debiendo atenderse únicamente al cumplimiento de la legalidad vigente entre las partes antes de la retención ilícita.

Si bien, ha quedado acreditada la preferencia de los menores por permanecer en España y convivir con el padre, mostrando un alejamiento importante de la madre, de la que manifestaron no tener prácticamente relación ni siquiera telefónica desde que viven en Terrassa, lo cierto es que no se ha acreditado la concurrencia de las causas de excepción al cumplimiento de la finalidad del Convenio que es el cumplimiento del mandato de restitución de los menores a Bélgica de forma inmediata, por lo que debe acordarse la restitución de los menores.

El automatismo del Convenio de la Haya de 1980 y lo restrictivo de su objeto puede colocar a los menores en situaciones que si bien no pueden calificarse de grave riesgo, si entran en la consideración de perniciosas o inconvenientes para los menores y requieren de la adopción de medidas que traten de paliar las consecuencias negativas que la orden de restitución pueda causarles.

El marco normativo integrado por el art. 7 del Convenio de la Haya de 1980, 55 e) del Reglamento 2201/2003, 31 b) del Convenio de la Haya de 1996, complementado con las recomendaciones contenidas en la Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, redactado por la Oficina Permanente, permite adoptar las medidas adecuadas para evitar perjuicios a los menores y dado que en este caso los menores se hallan escolarizados y les perjudicaría su traslado en esta fase escolar con riesgo de suspender el curso, se acuerda que la restitución de los menores al país de su residencia habitual se efectúe el día 30 junio 2016, una vez finalizado el curso escolar en Terrassa, y la eventual fase de recuperación de exámenes suspendidos.

Nada impide, no obstante, que si el Sr. Luis Antonio aprecia que puede concurrir un cambio sustancial de circunstancias respecto a lo que pactaron los progenitores en concreto, la guarda materna y el cambio de residencia de los menores, tiene a su disposición cauces legales más que suficientes para hacer valer su pretensión a través del procedimiento de modificación de efectos por cambio de circunstancias que puede plantear ante los tribunales competentes que son los de Bruselas, pero no puede en ningún caso, por convencido que esté y por insistente que sea la postura de los hijos, actuar por la vía de hecho, generando con ello no sólo perjuicios adicionales a los hijos, sino una alteración de las reglas sobre competencia entre tribunales.

RETENCIÓN ILÍCITA. DIFERENCIA ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO Y UN PROCEDIMIENTO PENAL POR SECUESTRO

2016/82.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dicimoctava, Sentencia nº 205/2016, de 8 marzo 2016. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Dolores Viñas Maestre. JUR 2016\101881.

Menor con residencia habitual en Países Bajos, junto con su madre.— Retención ilícita en España con ocasión del ejercicio del derecho de visitas a cargo del padre.— Supresión de la patria potestad al padre por parte de tribunal holandés.— Incoación de un procedimiento penal por secuestro en Países Bajos.— Denegación de la restitución en el curso de un procedimiento penal a través de Medidas cautelares.— Procedimiento independiente del previsto por el Convenio de La Haya.

Normas aplicadas: Art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 11 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 7 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 778 *quinquies* ss LEC reformados por Ley 15/2015 de 2 de julio.

[...]

*En el supuesto contemplado el menor tiene su residencia en Holanda donde vivía con su madre desde 2010 que tenía atribuida la guarda del hijo por resolución judicial. El menor viajó a España para dar cumplimiento al régimen de contacto establecido por los Tribunales del Estado de residencia del menor y no volvió al terminar el régimen de visitas. La retención del menor en España es ilícita al amparo de los Convenios y Reglamento antes citados. Las medidas adoptadas por los Tribunales Españoles, tanto en las Diligencias Penales en las que se ha denegado la restitución del menor como en el procedimiento civil de Modificación de Medidas en que se ha autorizado temporalmente la escolarización del menor en España, no implican autorización del menor a quedarse en España en el sentido regulado en el Convenio de 1980. La medida de escolarización viene autorizada por el art. 11 al que se remite el art. 7.3º Convenio de la Haya de 1996. La denegación de la restitución en el procedimiento penal se ha acordado en sede de Medidas cautelares y no en el procedimiento de restitución de menores instado al amparo del Convenio de la Haya de 1980 y regulado en los art. 778 *quinquies* ss LEC reformados por Ley 15/2015 de 2 de julio.*

Debe examinarse las causas de oposición alegadas por el demandado para fundar su petición de no restitución del menor a Holanda. Es el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980 el que regula las excepciones que autorizan al Tribunal a denegar la restitución. El art. 13 autoriza la no restitución a) cuando la persona no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, b) cuando existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. También se autoriza a no ordenar la restitución si comprueba que el propio menor se opone a su resti-

tución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

El art. 11.4º Reglamento 2201/20103 dispone que “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

El padre sostiene que es voluntad del menor quedarse en España por lo que hay que analizar si la voluntad expresada por el menor es real, sólida y fundada y obedece o se corresponde con una auténtica objeción o se trata por el contrario de una mera preferencia o está mediatizada. Se ha de tener en consideración que en el marco del Convenio el interés del menor se identifica con la restitución del mismo al Estado de su residencia, en cuyo Estado puede plantearse por el progenitor sustractor las cuestiones relativas a la guarda y cambio de residencia del menor, de manera que la objeción u oposición del menor a la restitución ha de ser propia, firme, clara e inequívoca. En este caso resulta necesario relacionar la voluntad expresada por el menor y documentada en las actuaciones con las circunstancias fácticas derivadas de la ruptura matrimonial de sus padres y que se desprenden de los documentos aportados. El contexto de la ruptura es altamente conflictivo y ello se desprende de las distintas resoluciones aportadas; el menor ha tenido problemas de conducta y de aprendizaje y en el Informe aportado por la madre emitido en Holanda se recogen manifestaciones del menor muy diferentes a las expresadas ante los Juzgados de España existiendo motivos fundados para pensar que el padre ejerce una importante presión en el menor y que la voluntad manifestada por éste está claramente mediatizada. Otro indicio de que la retención ha sido más voluntad del padre que del menor es el que recoge la sentencia apelada cuando hace referencia a que el billete de vuelta era abierto y que estaba pendiente de pago, lo que pone de manifiesto la intención unilateral del padre de no cumplir con la sentencia que le obliga a devolver al menor al terminar el régimen de visitas reconocido.

El padre explica en el recurso que las hermanas mayores de Higinio regresaron a España atribuyendo ello a conductas inadecuadas de la madre que justificarían la voluntad expresada por el menor, pero del informe aportado emitido por la EAIA en 2013 (Equipo especializado de protección de menores) se deriva la existencia de una gran conflictividad en la ruptura que colocó a una de las hermanas mayores en una situación de riesgo a la que el padre tampoco pudo hacer frente. Las referencias en el recurso a determinados comportamientos de la madre que pondrían en duda sus cualidades o habilidades parentales no pueden ser objeto de consideración en esta resolución, salvo que se incardinaran en el art. 13 b) del Convenio, pues son más propias de un proceso cuyo objeto sea la resolución sobre la guarda y custodia del menor. En este procedimiento no debemos resolver sobre la guarda por lo que no debemos valorar la capacidad parental del progenitor que solicita la restitución salvo que su conducta o comportamiento coloque al menor en una grave situación de riesgo no susceptible de protección en el Estado de su residencia habitual (art. 11.4º del Reglamento). Respecto a si la alegada conducta de la madre constituye o no una situación de riesgo, debemos afirmar que no ha quedado probada, que el informe de Equipo especializados de protección es de 2013, que no hace referencia al menor sino a una de sus hermanas y que del mismo se desprenden limitaciones importantes en las habilidades de la figura paterna en tanto no hay un estudio o valoración de la madre. Los demás documentos también se refieren a una época anterior y con posterioridad se han dictado resoluciones por los Tribunales competentes de Holanda que se han pronunciado sobre la guarda a favor de la madre y el régimen de visitas del padre.

Debe acordarse la restitución del menor al no concurrir ninguna de las excepciones o causas que autorizan la no restitución confirmándose la sentencia y si el padre considera que debe atribuírsele la guarda tiene a su disposición cauces legales para hacer valer su pretensión, pues incluso consta que ha tenido intervención con asistencia letrada en los procedimientos tramitados ante los Tribunales Holandeses, viaja a Holanda con cierta frecuencia para ver a su hijo, y puede instar medidas de protección en dicho Estado si considera que son procedentes. Lo que no puede en ningún caso es actuar por la vía de hecho, generando una alteración de las reglas sobre competencia entre tribunales y perjuicio a su hijo.

EFFECTOS DEL DIVORCIO Y MEDIDAS SOBRE LOS MENORES. APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN

2016/83.– Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 153/2016, de 15 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós. JUR 2016/92205.

Medidas sobre alimentos a menores y prohibición de salida del territorio nacional.– Menores residentes en España.– Divorcio.– Competencia de los tribunales españoles.– Ley aplicable al divorcio: ley española.– Ley aplicable a los alimentos: ley española.– Remisión a un sistema plurilegislativo: aplicación de la ley aragonesa a las medidas sobre los menores y a los efectos del divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art 8 a) del Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre (Roma III); art. 3.1º Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 noviembre 2007; arts. 47 y 48 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; art. 14 Cc. Legislación aragonesa.

[...]

Los pronunciamientos objeto de recurso son los relativos a la pensión de alimentos y prohibición de salida del territorio nacional de los hijos del matrimonio, Segundo y José Francisco, de 6 y 4 años de edad, solicitada por el demandado recurrente para que los menores puedan relacionarse en Argelia con su familia extensa paterna en el periodo comprendido entre el 1 y el 20 de agosto.

Previamente, plantea la falta de jurisdicción de los tribunales españoles por no ser competentes para conocer del divorcio al no haberse celebrado el matrimonio en España y no haberse registrado posteriormente en territorio español.

Actora y demandado, de nacionalidad argelina, contrajeron matrimonio en El Amria (Argelia) en 2007 y residen en España desde hace años, siendo su último domicilio Zaragoza.

Atendida la fecha de presentación de la demanda –17 febrero 2015–, competentes para conocer de la acción de divorcio ejercitada, ex arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento CE /2201/2003, son los tribunales españoles por residencia de los litigantes y de los menores.

La norma aplicable al divorcio es la española, en virtud del art 8 a) Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre.

Y en lo que toca a alimentos, el art. 3.1º Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 determina que la ley aplicable es la del foro, con aplicación del Derecho aragonés, no Cc, por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 Cc, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010 (STSJA 6 octubre 2015).

[...]

RETENCIÓN ILÍCITA. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO Y EL PROCEDIMIENTO SOBRE EL FONDO DE LA CUSTODIA

2016/84.– Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Tercera, Sentencia nº 129/2016, de 4 mayo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gutiérrez Rodríguez–Moldes. JUR 2016/123011.

Retención ilícita de tres menores en España.– Procedimiento de retorno y procedimiento sobre el fondo de los derechos de custodia: diferencias.– Necesaria determinación de la residencia habitual de los menores.– Valoración de la existencia de consentimiento a la retención por parte de los progenitores.– Audiencia a los menores: no relevante.– Ausencia de motivos obstativos del retorno.

Normas aplicadas: Arts. 13 y 19 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; arts. 778 *quáter* y 778 *quinquies* LEC, introducidos por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia

[...]

*La sentencia de primera instancia estima la demanda promovida por el padre de los tres menores y declara que son ilícitos su traslado desde Francia y su retención en España llevados a cabo por su madre. En consecuencia acuerda la restitución de los menores en la forma que establece, todo ello de acuerdo con los arts. 778 *quáter* y 778 *quinquies* LEC, introducidos por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, así como la normativa internacional representada por el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, y el Reglamento CE de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.*

La madre demandada interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia y se deje sin efecto la restitución de los menores que se acuerda.

Su motivación no se refiere a la normativa aplicada por la Juez a quo, sino que alega sustancialmente error en la apreciación de la prueba respecto a dos hechos decisivos como son el lugar de residencia de los menores y el consentimiento paterno para el traslado.

*Alega también falta de motivación de la sentencia, por no resolverse todas las cuestiones planteadas. Este defecto es incompatible con la fundamentación de la sentencia cuya simple lectura permite reconocer la resolución de lo que corresponde al presente juicio. La demandada tanto en su contestación como en el recurso mezcla las cuestiones propias de este procedimiento especial con las de la atribución de la guarda y custodia que se ha promovido ante Tribunales españoles y franceses. El ap. 9 del art. 778 *quinquies* LEC establece con claridad que la sentencia dictada en este procedimiento se pronunciará únicamente sobre si el traslado a la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor. Lo que viene a coincidir con el art. 19 Convenio de La Haya en cuanto dispone que “una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia”. Como dice el ap. 5 del art. 778 *quáter* LEC este procedimiento tiene carácter urgente y preferente, relacionado con su estricto contenido. Y la competencia corresponde al Juzgado sentenciador de acuerdo con el mismo art. 778 *quáter* ap. 2. Nada ha de resolverse ahora por tanto sobre la conflictiva competencia relativa a la guarda y custodia de los tres menores.*

Sobre el lugar de residencia de los menores la prueba es concluyente en que era Francia, en el domicilio familiar que compartían con sus padres hasta el verano de 2015. El conflicto matrimonial es indiscutido, pero consta que los hijos siempre vinieron a pasar las vacaciones de verano a España. Hasta el último verano, tras el que no sólo no retornan a Francia sino que la madre formaliza de forma unilateral el empadronamiento (...) y la matrícula para el siguiente curso escolar en colegio español (...). No consta en estos actos intervención del padre demandante, quien continúa residiendo en Francia.

Tampoco consta su consentimiento, ni siquiera inicial. Siendo obvia su oposición actual, con la interposición de esta demanda el 17 diciembre 2015 y antes con la reclamación ante las Autoridades francesas el 24 noviembre 2015, lo que alega la apelante es que ambos padres habían llegado a ese acuerdo y después el actor cambia de opinión. No existe prueba de este acuerdo. La testifical es muy indirecta y su contenido va orientado a acreditar el conflicto de la pareja.

Se remite el recurso a la exploración de las dos hijas practicados por la Juez a quo y por el Ministerio Fiscal, pero en este punto la valoración de la primera la consideramos irrefutable por su inmediatez en relación a unas niñas de doce y nueve años y por lo razonado expresamente al efecto en el fundamento segundo de su sentencia. Unas niñas de esa edad carecen de criterio para determinar lo que puedan acordar unos padres en conflicto, y siguen siendo susceptibles de fácil influencia. Por otro lado no se aprecia riesgo para ellas con su retorno a Francia, según criterio de la Juez a quo y también del M. Fiscal que las exploró con la misma intermediación.

El interés del menor es siempre superior y prioritario en este procedimiento y en todos los relacionados con menores, como destaca recientemente el preámbulo de la citada LO 8/2015. El recurso también se fundamenta en este principio pero con unas alegaciones que son más bien propias de la cuestión de la guarda y custodia que es ajena a este procedimiento. En este proceso tanto la sentencia apelada como los informes del Ministerio Fiscal han atendido a ese principio esencial.

En definitiva nos encontramos ante una situación familiar consolidada en Francia, con efectivo ejercicio de la patria potestad por los dos padres que es modificada de forma unilateral por la madre con el traslado a España, sin contar con el acuerdo del padre, ni previo ni posterior, y sin ninguna resolución judicial, ni española ni francesa, que le otorgara la guarda y custodia exclusiva de los tres hijos. Se tramitan ahora dos procedimientos que resolverán sobre la guarda y custodia, pero no consta que lo hayan hecho. Se califica por tanto de traslado y retención ilícitos conforme al art. 3 del Convenio de La Haya pues el ejercicio conjunto de la custodia se interrumpió con ese traslado, y no se aprecia ninguna de las excepciones previstas por el art. 13 del mismo Convenio.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

LEY APLICABLE Y AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

Con respecto al régimen de la Directiva 95/46/CE, que será sustituida a partir del 25 mayo 2018, el Reglamento (UE) n° 2016/679 general de protección de datos, la sentencia *Weltimmo* incluye importantes precisiones en materia de determinación de la ley aplicable al tratamiento de datos personales en páginas de Internet, así como con respecto a la concreción de la autoridad competente para investigar y sancionar esas conductas. El Tribunal de Justicia refuerza la posibilidad de actuación por parte de las diversas autoridades nacionales de control (así como facilita el acceso por los afectados a la de su propio Estado) en situaciones en las que prestadores de servicios en principio establecidos en un único Estado miembro (o en un tercer Estado, como EE UU) tienen un gran número de usuarios en diversos Estados miembros en los que además cuentan con algún tipo de presencia, como una mera oficina de representación, de modo que a efectos de la aplicación de la legislación de protección de datos (y de la determinación de la autoridad de control) se les puede considerar establecidos en más de un Estado miembro. Tras la célebre sentencia *Google Spain* relativa al derecho al olvido, el asunto *Weltimmo* ha permitido de nuevo al Tribunal de Justicia abordar las complejas cuestiones que plantea en materia de determinación del Derecho aplicable el actual marco normativo de protección de datos de la UE. Dos aspectos, en concreto, son objeto de especial atención. Por una parte, como es sabido, a partir de lo dispuesto en el art. 4.1º.a) Directiva 95/46, la concreción de que el tratamiento de datos se efectúa en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en el territorio de un Estado miembro, resulta deter-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

minante de que el tratamiento quede sometido a la legislación europea, al tiempo que en el plano *ad intra* permite fijar la legislación nacional que resulta aplicable al tratamiento. Con respecto a este último aspecto, es clave la identificación del concreto Estado miembro en el que se considera que un responsable del tratamiento tiene el establecimiento en el marco del cual se efectúa el tratamiento en cuestión.

El asunto *Weltimmo* resulta especialmente de interés en aquellas situaciones en las que no cabe cuestionar que el responsable del tratamiento tiene un establecimiento en un Estado miembro pero realiza actividades en otro (u otros) Estado(s) miembro(s), en relación con las cuales puede surgir la duda de si el tratamiento se lleva a cabo en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en ese otro Estado miembro. En consecuencia, a estos efectos resulta de gran importancia cuándo cabe entender que un responsable tiene establecimientos en más de un Estado miembro, pues tal circunstancia es determinante para que pueda quedar sometido a las legislaciones (y eventualmente a sanciones por las autoridades de control) de más de un Estado miembro.

En concreto, el litigio principal en el asunto *Weltimmo* iba referido a una controversia entre la autoridad húngara de protección de datos y una empresa, con domicilio social en Eslovaquia, que gestiona una página web de intermediación inmobiliaria en la que se anuncian inmuebles sitos en Hungría y algunos de cuyos anunciantes, residentes en Hungría habían presentado reclamaciones ante la autoridad húngara que pretendía sancionar a la empresa con domicilio social en Eslovaquia. Más allá de confirmar que el art. 4.1º.a) Directiva 95/46 excluye la posibilidad de que la autoridad húngara pueda aplicar la ley húngara a un responsable del tratamiento establecido exclusivamente en otro Estado miembro, la sentencia resulta relevante al fijar las pautas que pueden llevar a entender que el responsable del tratamiento tiene establecimientos en más de un Estado miembro y si el tratamiento en cuestión se ha realizado en el marco de un establecimiento situado en un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene su domicilio social el responsable.

En virtud del art. 4.1º.a) Directiva 95/46 (traspuesto en nuestro ordenamiento en la LOPD y en su Reglamento):

“Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que [hayan] aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable”.

Con respecto a la concreción de cuándo un responsable del tratamiento tiene un establecimiento en un Estado miembro (o potencialmente varios) distinto del Estado de su domicilio social, la sentencia, al igual que las conclusiones en dicho asunto del Abogado General Cruz Villalón presentadas el 25 junio 2015, establece, a partir del cdo. 19 de la Directiva, que en materia de protección de datos se impone una concepción flexible de la noción de establecimiento, rechazando un enfoque formalista (y la idea de que una sociedad a estos efectos estaría establecida exclusivamente en el Estado miembro en el que tenga su domicilio social). La existencia de un establecimiento en un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable. De hecho la sentencia (ap. 31) afirma que “el concepto de ‘establecimiento’, en el sentido de la Directiva 95/46, se extiende a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable”.

Como pone de relieve esta sentencia, para apreciar que se ejerce una actividad real y efectiva en un Estado miembro puede resultar determinante la gestión por parte de responsable de un sitio de Internet dirigido a dicho Estado (ap. 32). La nacionalidad de los afectados no se considera relevante a esos efectos. De acuerdo con su jurisprudencia previa –sentencias *Lindqvist* y *Google Spain*–, el Tribunal confirma que hacer referencia a datos personales en una página de Internet constituye un tratamiento de los mismos, que tiene lugar en el marco de las actividades que lleva a cabo quien gestiona el sitio de Internet en cuestión. Para apreciar que hay establecimiento, además del ejercicio efectivo y real de esa mínima

actividad, es necesario la existencia de “una instalación estable” en el Estado en cuestión. La sentencia *Weltimmo* adopta un criterio según el cual debe valorarse “el grado de estabilidad de la instalación como la efectividad del desarrollo de las actividades... tomando en consideración la naturaleza específica de las actividades económicas y de las prestaciones de servicios en cuestión”, lo que en particular facilita la posibilidad de determinar que existe una instalación estable a esos efectos en un Estado distinto al del domicilio social especialmente para las empresas que se dedican a ofrecer servicios exclusivamente a través de Internet (ap. 29).

En concreto, puede bastar a tal fin la presencia en ese país de un único representante de la sociedad domiciliada en otro Estado “si actúa con un grado de estabilidad suficiente a través de los medios necesarios para la prestación de los servicios concretos de los que se trate en el Estado miembro en cuestión” (ap. 30). Como circunstancias relevantes en el caso concreto para llevar a cabo esa apreciación, destaca el Tribunal: “se desprende que *Weltimmo* dispone de un representante en Hungría, que se menciona en el registro de sociedades eslovaco con una dirección en Hungría y que intentó negociar con los anunciantes el pago de los créditos impagados. Dicho representante sirvió de enlace entre la citada sociedad y los denunciantes y la representó en los procedimientos administrativo y judicial. Por añadidura, la referida sociedad abrió una cuenta bancaria en Hungría, destinada al cobro de sus créditos, y utiliza un apartado de correos en el territorio de dicho Estado miembro para la gestión de sus asuntos corrientes”. Se trata de factores que pueden resultar determinantes para apreciar en una situación como la controvertida en el asunto *Weltimmo*, la existencia de un “establecimiento”, a efectos del art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46. (ap. 33). Según los términos del propio fallo de la sentencia, para apreciar si existe establecimiento: “...el órgano jurisdiccional remitente puede tener en cuenta, por un lado, que la actividad del responsable de dicho tratamiento, en cuyo marco éste tiene lugar, consiste en la gestión de sitios de Internet de anuncios de inmuebles situados en el territorio de dicho Estado miembro y redactados en la lengua de ese Estado y que, en consecuencia, se dirige principalmente, incluso íntegramente, a dicho Estado miembro y, por otro lado, que ese responsable dispone de un representante en el referido Estado miembro que se encarga de cobrar los créditos resultantes de dicha actividad y de representarlo en los procedimientos administrativo y judicial relativos al tratamiento de los datos en cuestión.” En síntesis, para asegurar el elevado nivel de protección que persigue la Directiva, el enfoque adoptado por el Tribunal facilita la posibilidad de apreciar que a los efectos del art. 4.1º.a) Directiva 95/46 una sociedad puede considerarse establecida en Estados miembros distintos de aquel en el que tiene su domicilio social, lo que resulta determinante de que deba cumplir con la legislación sobre protección de datos (también) de ese otro Estado miembro y pueda ser sancionado por la autoridad de control de ese Estado en relación con el tratamiento de datos efectuado en el marco del establecimiento situado en su territorio.

Cuando no quepa concluir que el responsable tiene un establecimiento en ese otro Estado miembro en el que también actúa, cobra importancia, la séptima cuestión prejudicial planteada en el asunto *Weltimmo*, relativa básicamente a la interpretación del art. 28.6º Directiva 95/46 y a las posibilidades de que la autoridad de control de un Estado miembro actúe incluso cuando conforme al art. 4.1º.a) sea aplicable el Derecho de otro Estado miembro. En virtud del mencionado art. 28.6º: “Toda autoridad de control será competente, sean cuales sean las disposiciones de Derecho nacional aplicables al tratamiento de que se trate, para ejercer en el territorio de su propio Estado miembro los poderes que se le atribuyen en virtud del ap. 3 del presente artículo. Dicha autoridad podrá ser instada a ejercer sus poderes por una autoridad de otro Estado miembro.” El ap. 3 del art. 28 contempla, entre otros, poderes de investigación y de intervención. El Tribunal destaca como punto de partida que el art. 28.6º de la Directiva se vincula con la garantía de la libre circulación de los datos personales en la Unión, en particular para hacer posible la tutela de quienes se ven afectados por el tratamiento de datos personales llevado a cabo por quien estando sujeto al Derecho de un Estado miembro vulnera los derechos de personas en otro Estado miembro al que dirige su actividad pero en el que no está establecido (por carecer de cualquier instalación estable en ese otro Estado).

Para dar respuesta a esa séptima cuestión, el Tribunal de Justicia básicamente acoge la propuesta del Abogado General, que ofrecía un enfoque ponderado, coherente con el criterio básico de que –a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas (piénsese, por ejemplo, en el caso

de una eventual reclamación privada por daños derivados del incumplimiento de la legislación de protección de datos)– en relación con la aplicación jurídico–pública de la legislación sobre protección de datos, y en particular el ejercicio de la potestad sancionadora, el criterio de base es la correlación entre la legislación aplicable y la autoridad nacional competente. Ello resulta determinante de que la capacidad de actuación de la autoridad de control de un Estado miembro cuando resulte aplicable la ley sustantiva de otro Estado miembro, por estar establecido sólo allí el responsable del tratamiento, es limitada.

En los términos del ap. 57 de la sentencia: “...cuando una autoridad de control entienda de una denuncia, de conformidad con el art. 28, ap. 4, de la Directiva 95/46, puede ejercer sus facultades de investigación sea cual sea el Derecho aplicable e incluso antes de saber cuál es el Derecho nacional aplicable al tratamiento de que se trata. Sin embargo, si llega a la conclusión de que es aplicable el Derecho de otro Estado miembro, no puede imponer sanciones fuera del territorio de su propio Estado miembro. En tal situación, le corresponde instar, en ejecución de la obligación de cooperación que se establece en el art. 28, ap. 6, de la citada Directiva, a la autoridad de control de ese otro Estado miembro a declarar una eventual infracción de ese Derecho y a imponer sanciones si éste lo permite, basándose, en su caso, en la información que ella le haya remitido.” Ahora bien, es importante tener presente que estas consideraciones sólo son relevantes en la medida en que se concluya que el tratamiento no se efectúa en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en ese otro Estado miembro – a cuya autoridad de control se han dirigido los afectados–, y que, precisamente, el criterio al respecto adoptado por la sentencia, como se ha reseñado en el apartado anterior, facilita la posibilidad de apreciar a tales efectos que el responsable tiene su establecimiento en varios Estados miembros.

La situación actual a la que responde la sentencia *Weltimmo* se verá alterada de manera sustancial con la inminente evolución de la legislación europea sobre protección de datos, mediante la aplicación a partir del 25 mayo 2018 del Reglamento (UE) n° 2016/679, de 27 abril 2016, general de protección de datos, que deroga la Directiva 95/46/CE y sustituirá desde entonces, en las materias que regula, a las legislaciones nacionales sobre protección de datos, sin perjuicio de que en ocasiones puntuales el Reglamento contemple que sus normas puedan ser especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros (v.gr., en relación con la edad aplicable al consentimiento para el tratamiento por los niños en virtud del art. 8). Precisamente la transformación en Reglamento y consiguiente unificación, privará en gran medida de relevancia a la cuestión de determinar la legislación de qué concreto Estado miembro resulta aplicable, en particular en el ámbito intracomunitario (no así en las situaciones vinculadas con terceros Estados). No debe extrañar que en tales circunstancias, la concreción de la autoridad nacional de control competente y el alcance de sus poderes hayan sido cuestiones especialmente controvertidas en el largo debate relativo a la aprobación del Reglamento (UE) n° 2016/679.

2016/85.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 1 octubre 2015. Asunto C-230/14. Ponente: C.G. Fernlund.

Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.– Directiva 95/46/CE.– Arts. 4, ap. 1, y 28, aps. 1, 3 y 6.– Responsable del tratamiento establecido formalmente en un Estado miembro.– Vulneración del derecho a la protección de los datos personales relativos a las personas físicas en otro Estado miembro.– Determinación del Derecho aplicable y de la autoridad de control competente.– Ejercicio de las facultades de la autoridad de control.– Potestad sancionadora.

Normas aplicadas: Arts. 4, ap. 1, letra a), y 28, aps. 1, 3 y 6 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[...]

36. En el caso de autos, el tratamiento controvertido en el litigio principal consiste, concretamente, en la publicación, en los sitios de Internet de anuncios inmobiliarios de *Weltimmo*, de datos personales

relativos a los propietarios de dichos bienes y, en su caso, en la utilización de esos datos para la facturación de los anuncios transcurrido un plazo de un mes.

37. A este respecto, es preciso recordar que, en lo que atañe concretamente a Internet, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página de Internet, a datos personales debe considerarse un “tratamiento” en el sentido del art. 2, letra b), de la Directiva 95/46 (sentencias Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, ap. 25, y Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317, ap. 26).

38. Pues bien, no cabe duda de que dicho tratamiento tiene lugar en el marco de las actividades, descritas en el ap. 32 de la presente sentencia, a las que se dedica Weltimmo en Hungría.

39. Por lo tanto, sin perjuicio de las comprobaciones recordadas en el ap. 33 de la presente sentencia, que incumbe realizar al órgano jurisdiccional remitente a efectos de determinar, en su caso, la existencia de un establecimiento del responsable del tratamiento en Hungría, procede considerar que dicho tratamiento se efectúa en el marco de las actividades de ese establecimiento y que el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46 permite, en una situación como la controvertida en el litigio principal, aplicar el Derecho húngaro relativo a la protección de los datos personales.

40. En cambio, el hecho de que los propietarios de los bienes objeto de los anuncios inmobiliarios tengan la nacionalidad húngara no es en absoluto relevante para determinar el Derecho nacional aplicable al tratamiento de los datos de que se trata en el litigio principal.

41. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a sexta como sigue:

– El art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que permite aplicar la legislación relativa a la protección de los datos personales de un Estado miembro distinto de aquel en el que está registrado el responsable del tratamiento de esos datos, siempre que éste ejerza, mediante una instalación estable en el territorio de dicho Estado miembro, una actividad efectiva y real, aun mínima, en cuyo marco se realice el referido tratamiento.

– Para determinar si así ocurre, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente puede tener en cuenta, por un lado, que la actividad del responsable de dicho tratamiento, en cuyo marco éste tiene lugar, consiste en la gestión de sitios de Internet de anuncios de inmuebles situados en el territorio de dicho Estado miembro y redactados en la lengua de ese Estado y que, en consecuencia, se dirige principalmente, incluso íntegramente, a dicho Estado miembro y, por otro lado, que ese responsable dispone de un representante en el referido Estado miembro que se encarga de cobrar los créditos resultantes de dicha actividad y de representarlo en los procedimientos administrativo y judicial relativos al tratamiento de los datos en cuestión.

– En cambio, es irrelevante el tema de la nacionalidad de las personas afectadas por dicho tratamiento de datos. [...]

57. Así pues, cuando una autoridad de control entienda de una denuncia, de conformidad con el art. 28, ap. 4, de la Directiva 95/46, puede ejercer sus facultades de investigación sea cual sea el Derecho aplicable e incluso antes de saber cuál es el Derecho nacional aplicable al tratamiento de que se trata. Sin embargo, si llega a la conclusión de que es aplicable el Derecho de otro Estado miembro, no puede imponer sanciones fuera del territorio de su propio Estado miembro. En tal situación, le corresponde instar, en ejecución de la obligación de cooperación que se establece en el art. 28, ap. 6, de la citada Directiva, a la autoridad de control de ese otro Estado miembro a declarar una eventual infracción de ese Derecho y a imponer sanciones si éste lo permite, basándose, en su caso, en la información que ella le haya remitido.

58. La autoridad de control que entienda de tal denuncia puede verse obligada, en el marco de esta cooperación, a efectuar otras investigaciones, siguiendo las directrices de la autoridad de control del otro Estado miembro.

59. De lo anterior se desprende que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en el supuesto de que el Derecho aplicable sea el de un Estado miembro que no sea Hungría, la autoridad húngara de control no podría ejercer la potestad sancionadora que le confiere el Derecho húngaro.

60. De las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la séptima cuestión prejudicial que, en el supuesto de que la autoridad de control de un Estado miembro que entiende de unas denuncias, de conformidad con el art. 28, ap. 4, de la Directiva 95/46, llegue a la conclusión de que el Derecho aplicable al tratamiento de los datos personales de que se trata no es el Derecho de ese Estado miembro, sino el de otro Estado miembro, el art. 28, aps. 1, 3 y 6, de esa misma Directiva debe interpretarse en el sentido de que dicha autoridad de control sólo podría ejercer en el territorio de su propio Estado miembro las facultades efectivas de intervención que se le han conferido conforme al art. 28, ap. 3, de la citada Directiva. Por lo tanto, no puede imponer sanciones basándose en el Derecho de ese Estado miembro al responsable del tratamiento de tales datos que no está establecido en dicho territorio, sino que, con arreglo al art. 28, ap. 6, de la misma Directiva, debe instar la intervención de la autoridad de control dependiente del Estado miembro cuyo Derecho es aplicable.

[...]

64. Si bien el concepto de “adatfeldolgozás”, según su acepción habitual y como resulta de la Ley sobre la información, tiene un sentido más estricto que el concepto de “adatkezelés”, es preciso no obstante señalar que la versión húngara de la Directiva 95/46 define el término “adatfeldolgozás” en su art. 2, letra b), de modo amplio, correspondiente al término “adatkezelés”.

65. De lo anterior se desprende que procede responder a la octava cuestión prejudicial que la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “adatfeldolgozás” (procesamiento de datos), utilizado en la versión húngara de esta Directiva, en particular en sus arts. 4, ap. 1, letra a), y 28, ap. 6, tiene el mismo sentido que el término “adatkezelés” (tratamiento de datos).

[WELTIMMO S. R. O. Y NEMZETI ADATVÉDELMI ÉS INFORMÁCIÓSZABADSÁG HATÓSÁG]

TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS PERSONALES: INVALIDEZ DE LOS PRINCIPIOS DE PUERTO SEGURO

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

Mediante la sentencia *Schrems* el Tribunal de Justicia ha declarado la invalidez de la Decisión 2000/520/CE de la Comisión relativa a los principios de puerto seguro, hasta ahora pieza fundamental del entramado que facilitaba las transferencias internacionales de datos desde la UE a EE UU. La declaración de invalidez resulta de singular trascendencia en un contexto en el que las tradicionales carencias en la aplicación efectiva por las autoridades europeas (básicamente, nacionales) a ciertos prestadores de servicios procedentes terceros Estados de la rigurosa legislación europea sobre protección de datos, unidas a ciertas prácticas de autoridades y empresas de EE UU, han generado no sólo importantes riesgos (vulneraciones) del derecho fundamental a la protección de datos de los afectados sino que han constituido también un factor muy acusado de desventaja competitiva para las empresas europeas en el ámbito de la sociedad de la información. Con respecto a los principios de puerto seguro, cabe reseñar que constituyen un peculiar mecanismo, fruto de una prolongada negociación entre la Comisión y el Gobierno de EE UU, recogido en la Decisión de la Comisión 2000/520/CE de 26 julio 2000. Se trata de un instrumento singular que, tomando en consideración el contraste entre la autorregulación estadounidense y los estrictos criterios legales en materia de protección de datos de la UE, permite a las entidades de EE UU que lo deseen comprometerse a su cumplimiento, lo que tiene como consecuencia fundamen-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

tal que respecto de las transferencias de datos personales dirigidas a esos concretos destinatarios se considera que EE UU es un país que proporciona protección adecuada por lo que, desde la perspectiva española, aunque no concurran las excepciones del art. 34 LOPD, deja de ser necesaria para esas transferencias internacionales de datos la previa autorización de la Agencia Española de Protección de Datos, si bien será preciso acreditar ante la AEPD que el destinatario se encuentra entre las entidades que se han adherido a los Principios así como que se encuentra sometido a la jurisdicción de uno de los organismos públicos de EE UU que figuran en la mencionada Decisión 2000/520/CE. Además, la AEPD tiene la facultad de suspender las transferencias a empresas adheridas a los Principios en supuestos específicos, si bien la Comisión manifiesta que hasta la fecha no le consta que ninguna autoridad de un Estado miembro haya adoptado esa medida desde el inicio de la aplicación de los Principios. En todo caso, resulta claro que es un mecanismo que facilita las transferencias de datos a EE UU, en comparación con el resto de países del mundo que no proporcionan un nivel adecuado de protección de datos personales para la UE.

Ilustrativo de la ineficacia de la política de la UE en materia de protección de datos –tanto desde la perspectiva de la tutela de este derecho fundamental como de la protección de los intereses de las empresas y consumidores europeos en el ámbito de la sociedad de la información– es que la sentencia *Schrems* funda en buena medida la declaración de invalidez de la Decisión 2000/520/CE de la Comisión relativa a los principios de puerto seguro, en las conclusiones alcanzadas por la propia Comisión hace ya un par de años, en su Comunicación sobre el funcionamiento de los principios de puerto seguro desde la perspectiva de los ciudadanos y empresas de la UE [COM(2013) 846 final], en el sentido de que ese mecanismo facilitaba la vulneración sistemática de los estándares de protección de la legislación europea con respecto a datos personales transferidos desde la UE a EE UU por empresas adheridas al sistema de los principios de puerto seguro. Ciertamente, en ese documento la Comisión destacaba la negativa repercusión de la situación existente sobre la competitividad de las empresas europeas, constataba un significativo nivel de incumplimiento de los principios de puerto seguro, al tiempo que ponía de relieve su voluntad de revisarlo para dotarlo de una mayor eficacia, como opción preferible frente a la suspensión o revocación de este sistema, habida cuenta de los perjuicios que de tal opción derivarían para los intereses en EE UU y la UE de las empresas participantes en el mismo.

También había puesto entonces de relieve la Comisión cómo la conexión con los programas de supervisión del Gobierno de EE UU de los principales prestadores de servicios de Internet era elemento que menoscababa la confianza en esos servicios de los ciudadanos europeos (cuyas comunicaciones y datos no gozan en el ordenamiento de EE UU de una protección frente a esas actividades de supervisión por las autoridades de EE UU similar a la de los residentes en EE UU). En este sentido, la Comisión había destacado que en la medida en que los programas de supervisión estadounidenses afectan a datos almacenados en la nube a los que resulte de aplicación la legislación europea sobre protección de datos personales, la facilitación a las autoridades de EE UU –sin cumplir los requisitos previstos en la legislación europea y nacional aplicable– del acceso a los datos ahí alojados, incluso por quienes revistan la condición de meros encargados del tratamiento, supondrá típicamente la infracción de la legislación europea de protección de datos –COM(2013) 846 final, p. 6–, sin que las excepciones previstas en el marco de los principios de puerto seguro permitan alcanzar normalmente una conclusión diferente –COM(2013) 847 final, pp. 16–17–.

Aunque el detonante en este caso que lleva a liquidar el sistema de los Principios de puerto seguro tal como fue instaurado por la Decisión 2000/520/CE es el que ésta ha permitido en la práctica una vía de acceso a las autoridades de inteligencia de EE UU para recopilar masivamente datos personales transferidos a EE UU desde la UE en virtud de tales Principios, lo cierto es que las constataciones de la propia Comisión pusieron de relieve que el sistema ha hecho posible el tratamiento en EE UU por esas mismas empresas de datos de sus usuarios en la UE sin controles efectivos de respeto a los estándares europeos de protección de datos, habiéndose comprobado que un número elevado de empresas participantes no respetaban en la práctica los principios de puerto seguro, lo que no impidió que el sistema siguiera funcionando (ap. 21 de la sentencia *Schrems*).

En el marco de la Directiva 95/46 sobre protección de datos personales, el criterio de base es que las transferencias internacionales de datos personales desde la UE a terceros Estados que no garanticen un nivel de protección adecuado (art. 25) requieren autorización previa, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el art. 26.1º de la Directiva (consentimiento inequívoco del afectado a la transferencia; que la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre interesado y responsable; que sea necesaria para la salvaguardia de un interés público importante o el ejercicio de un derecho en un proceso; que sea necesaria para la salvaguardia de un interés vital del interesado; o que la transferencia tenga lugar desde un registro público cuando concurren determinadas circunstancias). Habida cuenta de que la obtención de autorización o del consentimiento inequívoco del afectado a la transferencia constituye un obstáculo práctico relevante, que se subordina además a la prestación de garantías suficientes por parte del responsable –típicamente, mediante la inserción de ciertas cláusulas contractuales en sus relaciones con el destinatario de los datos–, el mecanismo de los principios de puerto seguro ha resultado fundamental para facilitar la transferencia de datos personales de la UE a EE UU.

Con respecto al funcionamiento de los arts. 25, 26 y concordantes de la Directiva, la principal aportación de la sentencia Schrems es que si bien cuando la Comisión ha adoptado una decisión que constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado –como sucede con la relativa al puerto seguro con respecto a EE UU– los Estados miembros y las autoridades nacionales de control no pueden adoptar medidas contrarias a la decisión, como establecer que el país en cuestión no garantiza un nivel de protección adecuado, sí cabe que la autoridad nacional de control conozca de reclamaciones relativas al tratamiento de datos transferidos con base en la decisión de la Comisión y que la validez de ésta sea revisada por el Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional derivada de una de esas reclamaciones, como sucede con los tribunales irlandeses en el asunto *Schrems*.

Elementos determinantes en la sentencia *Schrems* para la declaración de invalidez de la Decisión 2000/520/CE por el Tribunal de Justicia, en gran medida en línea con la propuesta del Abogado General son los siguientes. El sistema de autocertificación instaurado carece de la necesaria fiabilidad, en la medida en que los principios de puerto seguro son aplicables únicamente a las entidades estadounidenses autocertificadas pero las autoridades de EE UU no quedan sometidas a esos principios, sin que la Decisión establezca cómo los EE UU a la luz de su legislación interna o sus compromisos internacionales garantizan esos principios (aps. 82–83 de la sentencia). La Decisión 2000/520/CE reconoce la primacía de las “exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley [de EE UU]” sobre los principios de puerto seguro (ap. 84) en términos que facilitan la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales sin las debidas garantías (aps. 86), lo que se ve confirmado por el análisis de la Comisión acerca de la aplicación de los principios de puerto seguro (ap. 90). En palabras del Tribunal, “la protección del derecho fundamental al respeto de la vida privada al nivel de la Unión [art. 7 de la Carta] exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no excedan de lo estrictamente necesario”, considerando que “no se limita a lo estrictamente necesario una normativa que autoriza de forma generalizada la conservación de la totalidad de los datos personales de todas las personas cuyos datos se hayan transferido desde la Unión a EE UU, sin establecer ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo perseguido y sin prever ningún criterio objetivo que permita circunscribir el acceso de las autoridades públicas a los datos y su utilización posterior a fines específicos, estrictamente limitados y propios para justificar la injerencia que constituyen tanto el acceso a esos datos como su utilización” (aps. 92 y 93). Además, destaca el Tribunal que “una normativa que no prevé posibilidad alguna de que el justiciable ejerza acciones en Derecho para acceder a los datos personales que le conciernen o para obtener su rectificación o supresión no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 47 de la Carta” (ap. 95).

En consecuencia, el Tribunal concluye que la Comisión no llevó a cabo una constatación debidamente motivada de que EE UU “garantiza efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en el ordenamiento jurídico de la Unión”. Además, destaca la sentencia que el art. 3.1 de la

Decisión priva a las autoridades nacionales de las facultades de control previstas en la Directiva, lo que determina que la Decisión 2000/520/CE vulnere las exigencias del art. 25.6º de la Directiva y deba ser declarada inválida.

Tras la sentencia *Schrems* se abre un incierto futuro, vinculado a las significativas diferencias entre los modelos de protección de datos prevalentes en EE UU y la UE, cuya coordinación se ve dificultada por las revelaciones relativas a las actividades de supervisión llevadas a cabo por las autoridades de EE UU. La inexistencia de un marco como el establecido en los principios puede afectar de manera significativa a la prestación de muchos servicios, que cada vez más se basan en la computación en nube. Desde la perspectiva europea, resulta clave la concreta localización de dónde se produce el tratamiento de datos personales en los servicios de computación en nube, así como en el control de que las transferencias internacionales inherentes al funcionamiento de esos servicios no hacen posible el acceso a los datos por autoridades de terceros Estados sin las garantías adecuadas, como puso de relieve nuevamente el Dictamen 02/2015 del llamado Grupo de Trabajo del art. 29 (“Opinion 02/2015 on C-SIG Code of Conduct on Cloud Computing” de 22, septiembre 2015, pp. 6–8). Este periodo de incertidumbre debería concluir con la adopción de un acuerdo entre las autoridades de la UE y de EE UU que supere las carencias que han conducido a la declaración de invalidez de los principios de puerto seguro.

2016/86.– Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 6 octubre 2015. Asunto C–362/14. Ponente: T. von Danwitz.

Datos personales.– Protección de las personas físicas frente al tratamiento de esos datos. – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. – Arts. 7, 8 y 47.– Directiva 95/46/CE: Arts. 25 y 28.– Transferencia de datos personales a países terceros.– Decisión 2000/520/CE.– Transferencia de datos personales a EE UU.– Nivel de protección inadecuado.– Reclamación de una persona física cuyos datos han sido transferidos desde la Unión Europea a EE UU.– Facultades de las autoridades nacionales de control.

Normas aplicadas: Arts. 7, 8 y 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; arts. 25, ap. 6, y 28 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[...]

63. *Atendiendo a esas consideraciones, cuando una persona, cuyos datos personales hayan sido o pudieran ser transferidos a un tercer país que haya sido objeto de una decisión de la Comisión en virtud del art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46, presenta a la autoridad nacional de control una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de esos datos, e impugna con ocasión de esa solicitud, como en el asunto principal, la compatibilidad de dicha decisión con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas, incumbe a esa autoridad examinar la referida solicitud con toda la diligencia exigible.*

64. *En el supuesto de que la referida autoridad llegue a la conclusión de que los datos alegados en apoyo de esa solicitud son infundados y la desestime por ello, la persona que haya presentado la solicitud debe disponer de recursos jurisdiccionales que le permitan impugnar esa decisión lesiva para ella ante los tribunales nacionales, según resulta del art. 28, ap. 3, párrafo segundo, de la Directiva 95/46, entendido a la luz del art. 47 de la Carta. Conforme a la jurisprudencia citada en los aps. 61 y 62 de la presente sentencia, esos tribunales están obligados a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez si estiman que uno o varios de los motivos de invalidez alegados por las partes o, en su caso, suscitados de oficio son fundados (véase, en ese sentido, la sentencia T & L Sugars y Sidul Açúcares / Comisión, C -456/13 P, EU:C:2015:284, ap. 48 y jurisprudencia citada).*

65. En el supuesto contrario, cuando esa autoridad considere fundadas las alegaciones expuestas por la persona que le haya presentado una solicitud para la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales, la referida autoridad debe tener capacidad para comparecer en juicio, conforme al art. 28, ap. 3, párrafo primero, tercer guion, de la Directiva 95/46, entendido a la luz del art. 8, ap. 3, de la Carta. A ese efecto, corresponde al legislador nacional prever las vías de acción que permitan a la autoridad nacional de control exponer las alegaciones que juzgue fundadas ante los tribunales nacionales, para que éstos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de la Comisión, planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de ésta.

66. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones planteadas que el art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46, entendido a la luz de los arts. 7, 8 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una Decisión adoptada en virtud de la referida disposición, como la Decisión 2000/520, por la que la Comisión constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, no impide que una autoridad de control de un Estado miembro, a la que se refiere el art. 28 de esa Directiva, examine la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de los datos personales que la conciernen que se hayan transferido desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona alega que el Derecho y las prácticas en vigor en éste no garantizan un nivel de protección adecuado.

[...]

99. [...] en virtud del art. 28 de la Directiva 95/46, entendido a la luz del art. 8 de la Carta, las autoridades nacionales de control deben poder examinar con toda independencia cualquier solicitud de protección de los derechos y libertades de una persona frente a un tratamiento de datos personales que la afecte. Así es, en particular, cuando esa persona suscite con ocasión de su solicitud interrogantes sobre la compatibilidad de una decisión de la Comisión adoptada en virtud del art. 25, ap. 6, de esa Directiva con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

100. No obstante, el art. 3, ap. 1, párrafo primero, de la Decisión 2000/520 establece una regulación específica de las facultades de las que disponen las autoridades nacionales de control ante una constatación realizada por la Comisión sobre el nivel de protección adecuado, en el sentido del art. 25 de la Directiva 95/46.

101. De esa forma, a tenor de dicha disposición las referidas autoridades, “sin perjuicio de sus facultades para emprender acciones que garanticen el cumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas de conformidad con disposiciones diferentes del art. 25 de la Directiva [95/46], [...] podrán ejercer su facultad de suspender los flujos de datos hacia una entidad que haya autocertificado su adhesión a los principios [de la Decisión 2000/520]”, de manera restrictiva, ya que sólo es posible la intervención a partir de un alto umbral de condiciones. Aunque esa disposición no enerva las facultades de esas autoridades para tomar medidas encaminadas a asegurar el cumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de esa Directiva, excluye en cambio la posibilidad de que esas autoridades tomen medidas con objeto de asegurar el cumplimiento del art. 25 de la misma Directiva.

102. Por tanto, el art. 3, ap. 1, párrafo primero, de la Decisión 2000/520 debe entenderse en el sentido de que priva a las autoridades nacionales de control de las facultades que les atribuye el art. 28 de la Directiva 95/46, en el supuesto de que una persona alegue, con ocasión de una solicitud basada en esa disposición, factores que puedan afectar a la compatibilidad de una decisión de la Comisión, que haya constatado con fundamento en el art. 25, ap. 6, de esa Directiva que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

103. Ahora bien, la facultad de ejecución atribuida a la Comisión por el legislador de la Unión en el art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46 no confiere a esa institución la competencia para restringir las

facultades de las autoridades nacionales de control a las que se refiere el anterior apartado de esta sentencia.

104. Siendo así, es preciso apreciar que, al adoptar el art. 3 de la Decisión 2000/520, la Comisión excedió los límites de la competencia que le atribuye el art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46, entendido a la luz de la Carta, y que dicho art. 3 es inválido por esa causa.

105. Toda vez que los arts. 1 y 3 de la Decisión 2000/520 son indisociables de los arts. 2 y 4 y de los anexos de ésta, su invalidez tiene el efecto de afectar a la validez de esa Decisión en su conjunto.

106. Por todas las consideraciones precedentes se debe concluir que la Decisión 2000/520 es inválida.

[MAXIMILLIAN SCHREMS Y DATA PROTECTION COMMISSIONER]

PROCESO

NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES: OMISIÓN DEL FORMULARIO NORMALIZADO

2016/87.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 16 septiembre 2015. Asunto C–519/13. Ponente: F. Biltgen.

Cooperación judicial en materia civil o mercantil.– Notificación y traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales.– Reglamento (CE) nº 1393/2007: Art. 8.– Negativa a aceptar el documento.– Falta de traducción de uno de los documentos transmitidos.– Omisión del formulario normalizado contenido en el anexo II del referido Reglamento.– Consecuencias.

Normas aplicadas: Art. 8 Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[...]

42. En ese sentido, una vez iniciado el procedimiento de notificación o de traslado, determinando el o los documentos pertinentes a ese efecto, ese tribunal sólo se pronunciará después de que el destinatario de un documento se haya negado efectivamente a aceptarlo porque no estaba redactado en una lengua que entienda o que se presume entiende. De esa manera, el referido tribunal deberá comprobar, a instancia del demandante, si esa negativa estaba justificada o no (véase, por analogía, la sentencia Weiss und Partner, C–14/07, EU:C:2008:264, ap. 85). A tal efecto, deberá considerar todos los aspectos del procedimiento, para determinar los conocimientos lingüísticos del destinatario del documento (véase la sentencia Weiss und Partner, C–14/07, EU:C:2008:264, ap. 80), y decidir si, atendiendo a la naturaleza del documento considerado, es exigible una traducción de éste.

43. En definitiva, ese tribunal deberá procurar en cada caso concreto que los derechos respectivos de las partes interesadas sean protegidos de manera equilibrada, ponderando el objetivo de eficacia y rapidez de la notificación o del traslado en interés del demandante y el de la protección efectiva del derecho de defensa del destinatario.

[...]

55. Por tanto, cuando realiza o hace realizar la notificación o el traslado de un documento a su destinatario el organismo receptor está obligado en todos los supuestos a adjuntar al documento en cuestión el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007 informando al destinatario de su derecho a negarse a aceptar ese documento.

56. Se ha de precisar además que esa obligación no genera dificultades especiales para el organismo receptor, ya que basta que ese organismo adjunte al documento que se debe notificar o trasladar el texto preimpreso que prevé ese Reglamento en cada una de las lenguas oficiales de la Unión.

57. Así pues, la precedente interpretación es apta tanto para garantizar la transparencia, permitiendo que el destinatario conozca el alcance de sus derechos, como para hacer posible la aplicación uniforme del Reglamento nº 1393/2007 (véanse, por analogía, las sentencias *Leffler*, C-443/03, EU:C:2005:665, ap. 46, y *Weiss und Partner*, C-14/07, EU:C:2008:264, ap. 60), sin causar ningún retraso en la transmisión de ese documento, sino contribuyendo por el contrario a simplificarla y facilitarla.

58. Por tanto, debe considerarse que el organismo receptor está obligado en todos los supuestos y sin disponer de margen alguno de apreciación en ese sentido a informar al destinatario de un documento de su derecho a negarse a aceptarlo, utilizando para ello en cualquier caso el formulario normalizado contenido en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007.

[...]

72. En una situación como la de los litigios principales corresponderá, por tanto, al organismo receptor informar sin demora a los destinatarios del documento de su derecho a negarse a aceptarlo, transmitiéndoles el formulario normalizado contenido en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007, en aplicación del art. 8, ap. 1, de éste.

73. Conviene añadir que, en el supuesto de que, a raíz de esa información los destinatarios interesados ejercieran su derecho a negarse a aceptar el documento en cuestión, correspondería al tribunal nacional que conozca del asunto en el Estado miembro de origen decidir si esa negativa está o no justificada, atendiendo a todos los aspectos del caso, como se expone en los aps. 41 a 43 de esta sentencia.

74. Si ese tribunal concluyera que la negativa a aceptar el documento referido es fundada, la versión traducida de éste también debería ser entregada a los destinatarios según las modalidades previstas por el Reglamento nº 1393/2007 y, en particular, su art. 8, ap. 3.

75. En cambio, el Reglamento nº 1393/2007 no prevé que se pueda notificar válidamente un documento a los mandatarios de los destinatarios que hayan aceptado comparecer con reservas ante el tribunal que conozca del asunto en el Estado miembro de origen, exclusivamente para impugnar la regularidad del procedimiento.

76. Por tanto, se debe considerar que la circunstancia de que al realizar la notificación o el traslado de un documento a su destinatario el organismo receptor no haya adjuntado el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007 no constituye una causa de nulidad del procedimiento, sino una omisión que debe ser subsanada conforme a las disposiciones de ese Reglamento.

77. Por todas las precedentes consideraciones se ha de responder a las tres cuestiones planteadas que el Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que:

- el organismo receptor está obligado en todos los supuestos y sin disponer de margen alguno de apreciación al respecto a informar al destinatario de un documento de su derecho a negarse a aceptarlo, utilizando para ello en cualquier caso el formulario normalizado contenido en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007;

- la circunstancia de que, al realizar la notificación o el traslado de un documento a su destinatario, el organismo receptor no haya adjuntado el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento nº 1393/2007 no constituye una causa de nulidad del procedimiento, sino una omisión que debe ser subsanada conforme a las disposiciones de ese Reglamento.

[ALPHA BANK CYPRUS LTD Y DAU SI SENH, ALPHA PANARETI PUBLIC LTD, SUSAN TOWSON, STEWART CRESSWELL, GILLIAN CRESSWELL, JULIE GASKELL, PETER GASKELL, RICHARD WERHAM, TRACY WERNHAM, JOANNE ZORANI, RICHARD SIMPSON]

NOTA

1. El litigio surge entre una empresa chipriota que vende inmuebles situados en Chipre a residentes en Gran Bretaña y estos adquirentes de inmuebles y el banco a través del que obtuvieron los préstamos hipotecarios para la adquisición de dichos inmuebles. La constructora reclama el pago de los créditos ante los tribunales chipriotas (sin que se mencione, en ningún momento, qué criterio de competencia se invoca). Para que los demandados puedan conocer del inicio del proceso, éste debe notificarse a los demandados domiciliados en el Reino Unido y para ello se utiliza Reglamento 1393/2007.

Los documentos que se notificaron fueron: copia de la demanda y nota (*notice of writ*) en griego e inglés, copia del Auto de notificación al extranjero –exclusivamente, en griego y copia conforme de la traductora.

Los demandados comparecen “con reservas” y solicitan la anulación de la notificación por no reunir las condiciones establecidas en el art. 8 del Reglamento 1393/2007 ni las previstas en el Código de procedimiento civil chipriota (art. 48, regla 13). Entendían que bien no se había notificado, bien no se había notificado con la traducción pertinente: la copia de la petición de parte conforme al Código de procedimiento civil chipriota, el Auto de notificación al extranjero no había sido traducido ni acompañado de traducción al inglés, no se había utilizado el formulario previsto en el art. 8 y no se había comunicado un escrito explicativo de los documentos que se debían notificar.

En el Auto de notificación al extranjero (solo en griego) se contenía información importante para la defensa de los demandados ya que, por ejemplo, indicaba un plazo de comparecencia superior al indicado en el escrito que dio origen al litigio. Y más determinante aún era el hecho de que en dicho documento se advertía a los demandados que no comparecían en el plazo señalado en el Auto “toda petición ulterior se presumiría notificada a la parte interesada cuando se hubiera expuesto una copia de tal petición en el tablón de anuncios del *Eparchiako Dikastirio* de Paphos durante cinco días” (ap. 20 de la sentencia que se comenta).

En primera instancia, el tribunal anuló la notificación aceptando las alegaciones hechas por los demandados porque se les había privado de la posibilidad de tener conocimiento del contenido de documentos necesarios para poder plantear su defensa y no se les había informado de su derecho a negarse a aceptar el Auto redactado en griego y sin traducción al inglés, al no haber utilizado el Formulario previsto a tal efecto.

Alpha Bank presentó recurso de apelación contra esta decisión y el tribunal entendió que no se justificaba la anulación de la notificación conforme al Derecho procesal chipriota. Sin embargo, plantea dudas sobre la actuación de las autoridades competentes del Reino Unido que no consideraron oportuno utilizar el Formulario previsto en el art. 8 para notificar a los demandados.

Asimismo señala que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de utilizar el Formulario en todos los casos ni de cuál sería la consecuencia de su omisión:

“¿Es necesaria la notificación del formulario normalizado con arreglo al Reglamento nº 1393/2007 en todos los supuestos o pueden existir excepciones?

En caso de que dicha notificación sea necesaria, ¿la omisión en el presente asunto constituye causa de nulidad de la notificación?

En caso de respuesta negativa, ¿puede llevarse a cabo, de conformidad con el espíritu del Reglamento nº 1393/2007, mediante la notificación al abogado de las recurridas que comparecen bajo reserva, el cual está obligado a aceptarla en nombre de sus clientes, o debe realizarse una nueva notificación con arreglo al procedimiento previsto en el Reglamento nº 1393/2007?”

2. El Cdo. 11º del Reglamento establece que “para facilitar la transmisión, notificación y traslado de documentos entre Estados miembros, deben utilizarse los formularios establecidos en los anexos del presente Reglamento”. Pero el cdo. 12º puede generar dudas sobre esta obligación ya que establece “Conviene que el organismo receptor informe al destinatario...”. La posible contracción queda resuelta,

de una parte, porque el art. 4, 3º exige que el documento que se transmite “irá acompañado de una solicitud formulada en el formulario normalizado que figura en el Anexo I”. De otra, el art. 8 obliga al organismo receptor a informar al destinatario, “mediante el formulario normalizado que figura en el Anexo II...”.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que por sí solo el art. 8 no permite una respuesta útil (ap. 27 de la sentencia que se comenta) y, en consecuencia, es necesario tener en cuenta los objetivos y el sistema del Reglamento.

Los objetivos del Reglamento son la eficacia y la rapidez (Cdo. 6º): “tales objetivos, sin embargo, no pueden alcanzarse debilitando, de la manera que sea, el derecho de defensa (*vid.*, por analogía, en lo que atañe al Reglamento nº 44/2001, STJ 14 diciembre 2006, as. C-283/05: *ASML*, Rec. p. I 12041, ap. 24). En efecto, el mencionado derecho, que se deriva del derecho a un proceso equitativo consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, “CEDH”), constituye un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia (*vid.*, entre otras, la sentencia *ASML*, antes citada, ap. 26)”. En este mismo sentido se pronuncia la STJ 8 mayo 2008, as. C-14/07, *Weiss und Partner*, aps. 45 y 47.

Pero ¿qué ocurre con el uso de los formularios? En la Sentencia del asunto *Alder* (STJ 19 diciembre 2012, as. C-305/11, ap. 37), el Tribunal señaló que “En particular, los arts. 4, ap. 3, y 5, ap. 1, del referido Reglamento, leídos a la luz de su duodécimo considerando, mencionan la necesidad de que la notificación o el traslado de los documentos judiciales se realicen a través de un formulario normalizado, y que éste se traduzca a una lengua que el destinatario entienda o a la lengua oficial del Estado miembro requerido o al menos a una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado”. El formulario es el medio para la notificación pero lo determinante es el idioma en el que vaya redactado. No obstante, parece claro que es indisoluble la notificación con el uso del mismo.

3. ¿Qué ocurre en el caso de que no se utilice el formulario? Anteriormente, el Tribunal ha abordado las consecuencias de la falta de traducción y ha concluido con la posibilidad de subsanar aportando la traducción de aquellos documentos necesarios para la defensa: “Corresponde al juez nacional determinar si el contenido del escrito de demanda es suficiente para permitir al demandado hacer valer sus derechos o si incumbe al demandante subsanar la inexistencia de traducción de un anexo indispensable” (STJ 8 noviembre 2005, as. C-443/03: *Leffler*). Pero cabe preguntarse ¿esta solución sería trasladable al asunto que nos ocupa?

En la presente sentencia, el órgano receptor consideró que el Auto que autorizaba la notificación (en griego, sin traducción al inglés) no debía ser traducido “y dedujo de ello que no tenía que adjuntar al documento en cuestión el formulario normalizado contenido en el anexo II del Reglamento 1393/2007 (ap. 39). Sin embargo el Reglamento “no atribuye al organismo receptor facultad alguna para apreciar si concurren o no las condiciones en las que el destinatario de un documento puede negarse a aceptarlo” (ap. 40).

Si la actuación del organismo receptor no está cubierta por el Reglamento cabe preguntarse qué consecuencia, sobre el procedimiento, supondrá esta actuación, toda vez que el texto no prevé los efectos de un acto como el descrito.

El Tribunal descarta la nulidad del procedimiento de notificación (ap. 60) “no se debía declarar la nulidad del procedimiento sino permitir en cambio que el remitente subsanara la omisión del documento exigido enviando la traducción requerida (*vid.* en ese sentido la sentencia *Leffler*, C 443/03, EU:C:2005:665, aps. 38 y 53)” (ap. 61). Por ello debe aplicarse una solución similar (aps. 62 y 65), pues la nulidad, en este supuesto, resultaría incompatible con el objetivo del Reglamento de establecer un modo de transmisión directo, rápido y eficaz (ap. 66).

Por tanto, “el organismo receptor está obligado en todos los supuestos y sin disponer de margen alguno de apreciación al respecto a informar al destinatario de un documento de su derecho a negarse a aceptarlo, utilizando para ello en cualquier caso el formulario normalizado contenido en el anexo II del

Reglamento nº 1393/2007; (...) y que no haya adjuntado el formulario normalizado que figura en el anexo II del Reglamento nº1393/2007 no constituye una causa de nulidad del procedimiento, sino una omisión que debe ser subsanada conforme a las disposiciones de ese Reglamento”.

4. En un análisis superficial de la sentencia, cabría pensar que el pronunciamiento del Tribunal tiene un alcance menor, secundario al centrarse en el uso o no de un formulario, de un instrumento al servicio del objetivo del Reglamento de notificar o dar traslado a documentos judiciales o extrajudiciales. Sin embargo, guarda una íntima relación con la tutela judicial de los demandados ya que se contiene la información precisa para el ejercicio de su derecho (la posibilidad de rechazar la notificación). Lamentablemente, como se ha puesto de manifiesto, es frecuente desatender al uso de los formularios (L.F. Carrillo Pozo, “El Reglamento sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales”, *Instrumentos Procesales de la UE. Los Reglamentos de notificación y prueba* (L.F. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, eds.), Granada, Comares, 2012, p. 53. Nos recuerda este autor que es una un hecho constatado y difundido (que genera cierta preocupación) en el *Study on the Application of Council Regulation (EC) number 1348/2000 on the Service of Judicial and Extrajudicial Documents on Civil and Commercial Matters*).

Paradójicamente, se ha considerado un avance (y lo es, a mi juicio) la incorporación de estos a los instrumentos procesales de la UE, no sólo porque aportan seguridad en los trámites procesales a garantizar un contenido uniforme de los mismos sino que además permite la celeridad pues no es necesario acudir a los ordenamientos nacionales y a las exigencias específicas de los mismo sino que basta con cumplimentar los apartados prefijados.

Así, en materia de notificación, el antecesor al Reglamento 1393/2007 (Reglamento 1348/2000) establecía que los formularios tenían una mera función de agilizar la notificación y, por tanto, los principales problemas que planteaban (como se puede deducir de los informes de aplicación) son los que se refieren a los idiomas en los que deben ser transmitidos y en los que lo deben hacer los documentos que se remiten. Sin embargo, con su aplicación práctica se comprobó que era necesaria una actuación específica para informar al notificado de sus derechos. Por este motivo el Proyecto de Reglamento de 2005 (finalmente fue otro proyecto de 2006 pero que recogió mismo objetivo) añadió la necesidad de incluir un nuevo formulario destinado a informar al destinatario que tiene derecho a negarse a recibir un determinado documento cuando se den las circunstancias prevista en el texto (actualmente art. 8): si el documento que debe notificarse no está en la “lengua que el destinatario entienda o en la lengua oficial del Estado miembro requerido o lengua oficial o lenguas oficiales del lugar donde deba efectuarse la notificación o traslado”. El objetivo no es la determinación de la recepción de la notificación sino la constancia de la comprensión de las consecuencias de las actuaciones para un ejercicio eficaz de los derechos (Considerandos 7º, 10º y 11º del Reglamento 1393/2007).

5. Por último, indicar que esta sentencia ha sido utilizada en el ATJ 10ª 28 abril 2016, as. C-384/14: *Alta Realitat SL / Erlock Films ApS y Ulrich Thomsen*, en aplicación del art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal (versión consolidada de 25 septiembre 2012) que permite la resolución “de una cuestión prejudicial idéntica a otra ya resuelta cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

María Jesús ELVIRA BENAYAS *

* Profesora contratada doctora. Universidad Autónoma de Madrid. mariajesus.elvira@uam.es

**CONCEPTO DE DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES QUE DEBEN SER OBJETO DE
UNA TRANSMISIÓN FORMAL A LOS DESTINATARIOS RESIDENTES
EN OTRO ESTADO MIEMBRO**

Joaquim J. FORNER DELAYGUA *

1. En la sentencia *Tecom Mican, S.L.*, el TJ declara que en el art. 16 Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (en adelante “Reglamento de notificaciones”) “el concepto de ‘documento extrajudicial’ [...] comprende, no sólo los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público, sino también los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”.

La interpretación le es requerida al TJ a raíz de la negativa del Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria de cursar el 11 diciembre 2013, como “organismo transmisor”, escrito de requerimiento de pago de indemnización por clientela y comisiones devengadas en el marco de un contrato de agencia que había vinculado al requirente (Tecom Micam, sociedad española) con el destinatario del requerimiento a notificar (Man Diesel, sociedad alemana), quien meses antes había resuelto el contrato. Este requerimiento reiteraba otro efectuado por conducto notarial, que volvió a efectuarse nuevamente por el mismo conducto dos días después de la negativa del Secretario Judicial. Aunque paralelamente el 12 de diciembre se recurrió la decisión de dicho Secretario, éste confirmó su decisión mediante Decreto de 20 de diciembre, por lo que Tecom interpuso recurso de revisión ante el mencionado juzgado de Las Palmas, el que consulta al TJ.

La consulta se efectúa en primer lugar para saber si el art. 16 del Reglamento de notificaciones abarca, dentro de su ámbito material, la transmisión y notificación de documentos privados que no hayan sido emitidos o autenticados por autoridad o funcionario público no judicial y, en caso positivo, si cabe que se trate de cualquier documento o si debe reunir algunas características concretas (“¿Puede considerarse “documento extrajudicial” conforme al art. 16 del Reglamento no 1393/2007 un documento puramente privado, independientemente de que no haya sido emitido por una autoridad o funcionario público no judicial? 2) De ser así, ¿puede ser considerado documento extrajudicial cualquier documento privado o debe reunir algunas características concretas?”). En segundo lugar se pregunta por la incidencia que tenga el haber efectuado ya la misma notificación a través de otra autoridad pública no judicial (“Incluso en el caso de que el documento privado reuniera tales características, ¿puede un ciudadano de la Unión solicitar el traslado y notificación por el procedimiento previsto en el art. 16 del actual Reglamento no 1393/2007 cuando ya ha procedido a realizar tal traslado a través de otra autoridad pública no judicial, por ejemplo, un notario?”). Por último, se pregunta si la cooperación queda supeditada a que tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, así como acerca del modo de acreditar, si acaso, que se cumplan estos requisitos (“¿debe tenerse en cuenta a los efectos del art. 16 del Reglamento nº 1393/2007 que dicha cooperación tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior? ¿Cuándo debe entenderse que la cooperación “tiene incidencia transfronteriza y es necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior?”).

2. El Reglamento de notificaciones cubre todo el espectro civil y mercantil. Además de los documentos judiciales, el Reglamento de notificaciones se refiere a los documentos extrajudiciales en el arts. 16: “Los documentos extrajudiciales podrán transmitirse a efectos de notificación o traslado en otro Estado

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

miembro de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento”. Sobre la necesidad de atenerse a un concepto autónomo de la noción “documentos extrajudiciales” ya se había pronunciado el TJ en relación con el idéntico art. 16 del anterior Reglamento de notificaciones (Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000) en la Sentencia de 25 junio 2009, as. C-14/08: *Roda Golf & Beach Resort (Roda Golf*, aps. 49 y 50). Esto concuerda con la afirmación general en el mismo sentido hecha ya en el primer caso ante el TJ en la materia de notificaciones de la Sentencia de 8 noviembre 2005, as. C-443/03: *Götz Lefler / Berlin Chemie AG* (vid., al respecto, J. Maseda Rodríguez, nota a la STJ 25 junio 2009, as. C-148/08 *Roda Golf & Beach Resort*, S.L., *REDI*, 2009-2, 2009-30-Pr, p. 513; N. Marchal Escalona, “*Quid* de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 junio 2009: *Roda Golf & Beach Resort*)”, *Diario La Ley*, 30 octubre 2009, D-338, apartado IV) y el TJ señala que no hay ningún motivo para apartarse de este criterio bajo el vigente Reglamento (*Arias Domínguez*, ap. 32). En dicha Sentencia *Roda Golf* se estableció que el concepto no excluía documentos que no tuvieran conexión con un procedimiento judicial (ap. 33), pero reconoce que su anterior pronunciamiento no permite discernir si el concepto se limita a los “emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público al margen de un procedimiento judicial o si también incluye los documentos privados.” (*Arias Domínguez*, ap. 34; vid., en este sentido, v.gr. J.J. Forner Delaygua, “Cooperación judicial en materia civil. Notificación de documentos extrajudiciales. Reglamento (CE) 1348/2000. Comentario a la STJCE 25 junio 2009, as. C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 2010-1, pp. 282-287, parágrafo 3.)

Para fundamentar la respuesta positiva, ya anticipada, a la pregunta sobre el ámbito material, el TJ busca el contexto y los objetivos del instrumento normativo y se remonta a los antecedentes del vigente Reglamento de notificaciones, en los que no encuentra motivos para una interpretación restrictiva. Al contrario, a falta de mayores precisiones en el texto de los considerandos o del articulado del vigente Reglamento de notificaciones y de su predecesor, acoge el comentario al art. 1° del Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO C 261 de 26.5.1997, p. 1.), adoptado por el Consejo de la Unión Europea por acto de 26 mayo 1997, con fundamento en el entonces art. K.3 TUE. Aunque no entró en vigor, el Convenio suministró el material de construcción de los posteriores Reglamentos. El comentario al Convenio de 1997 está en el Informe explicativo (DO C 261 de 26.5.1997, p. 26) del Convenio e indica que ese concepto podía incluir documentos privados “que por su naturaleza e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial”.

Por su parte, el predecesor del vigente Reglamento previó la elaboración de un léxico de documentos susceptibles de beneficiarse de su régimen, que se nutrió de referencias muy genéricas en el caso de algunos Estados miembros y de otras más detalladas en el caso de otros, que incluían documentos extrajudiciales sin intervención de autoridad. La escasa utilidad de dicho léxico aconsejó su abandono en el vigente Reglamento de notificaciones (vid. *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) 1348/2000 on the service in the Member States of Judicial and Extrajudicial documents in civil or commercial matters*, 1 octubre 2004 COM(2004) 603 final, ap. 2.8. El Glosario sigue publicado en el Atlas Judicial Europeo a efectos de información, con nota aclaratoria de que trae causa del precedente Reglamento de notificaciones (http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/1348_Repertoire.pdf) [consulta: 11 julio 2016]), pero también es un argumento que usa el TJ para concluir, respecto de los documentos privados, afirmando que “la transmisión transfronteriza de tales documentos mediante el mecanismo de notificación y de traslado establecido por el Reglamento n° 1393/2007 contribuye igualmente a reforzar, en el ámbito de la cooperación en materia civil o mercantil, el buen funcionamiento del mercado interior y contribuye a establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia en el interior de la Unión Europea” (*Arias Domínguez*, ap. 45).

Es destacable que una respuesta tan simple sufra tanta resistencia en parte de la doctrina a la hora de anticiparla (vid., v.gr., J.J. Forner Delaygua, loc. cit. o L. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada,

Comares, 2012, p. 123, que al supeditar la operatividad del Reglamento a la existencia de un proceso o de un procedimiento ante una autoridad, entienden que “deja fuera eventuales comunicaciones realizadas de particular a particular”). Se ha preguntado a raíz de la Sentencia *Roda Golf* si una carta de amor es un documento que pueda beneficiarse del régimen del Reglamento [R. Gil Nievas, “Notificaciones”, *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios* (A. Borrás, coord.), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 373], a lo que cabe responder afirmativamente si “por su naturaleza e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial”; o por lo menos que cabe usarse un procedimiento oficial para ser transmitidas en situaciones de desamor, previamente a una reclamación por daños. Efectivamente, se puede afirmar que si bien el Reglamento de notificaciones se aplica a los documentos privados, tal vez no se aplica a los documentos “privados-privados”, en el sentido de carecer de toda trascendencia jurídica, y que sólo cabe su aplicación cuando pierden tal condición, al salir del ámbito íntimo que les es connatural, pasando a ser susceptibles de fundamentar o documentar una pretensión jurídica. No en vano se lee en el fallo del TJ que se trata de documentos para el “ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”. *V.gr.*, una simple factura comercial que normalmente no requiere de la aplicación del Reglamento de notificaciones para ser remitida al deudor, puede ser trasladada a su amparo, sin necesidad de requerimiento notarial, en preparación de una acción judicial en la que se reclamará el pago de su importe.

En el fondo de la cuestión planteada al TJ, subyace el mismo problema “español” que en el caso *Roda Golf* y por ello no es preciso extenderse aquí (*vid.* J. Maseda Rodríguez, “Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial. (A propósito de la STJCE de 25 junio 2009, as. *Roda Golf & Beach Resort SL*)”, *Noticias de la UE*, nº 309, 2010, pp. 141–156; *id.*, nota a la Sentencia del TJ de 25 junio 2009, as. C–148/08 *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*, *REDI*, 2009–2, 2009–30–Pr, pp. 511–514; N. Marchal Escalona, “*Quid* de la interpretación autónoma ...”, *loc. cit.*, pp.1–6). Pocas dudas hubiera tenido un Notario en transmitir según el procedimiento específico de los arts. 4 ss del Reglamento de Notificaciones el requerimiento petitionado al entonces Secretario judicial del Juzgado de Las Palmas, si fuera “organismo transmisor” designado por España, pues no en vano hubo antes y después sendos requerimientos notariales. Ahora bien, a diferencia de lo acaecido en el caso *Roda Golf*, la cuestión planteada por la autoridad española ya no pretende deducir la inaplicabilidad del Reglamento de notificaciones a partir de la supuesta inidoneidad de los Letrados de la Administración de Justicia para tramitar documentos no judiciales. Por lo tanto, en el presente caso ya no le ha sido necesario al TJ deslindar las cuestiones que andaban mezcladas en la pregunta en el caso *Roda Golf*. Pero subyace todavía que el legislador español había pensado inicialmente sólo en los documentos judiciales y que no reaccionó en el caso *Roda Golf* para tener en cuenta los extrajudiciales no vinculados a un proceso judicial y se ha encontrado ahora con que, si no lo remedia el legislador, los Letrados de la Administración de Justicia seguirán siendo las únicas autoridades españolas con función de “organismos transmisores” y de “organismos receptores” (La información que figura en el web mantenido por la Comisión no ha cambiado ni se ha actualizado: https://e-justice.europa.eu/content_serving_documents-373-en.do?clang=es [consulta: 11 julio 2016]. Con más razón todavía podrían ahora observar A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, I, 16ª ed. 2016, p. 892 que “[a]l Estado español se le puede aplicar[r] la sabia máxima latina: *venire contra factum proprium non valet*”).

3. El Reglamento de notificaciones no tolera obstáculos nacionales a su funcionamiento. Visto que en este caso no cabía acudir a la estrategia de la inidoneidad del conducto (Letrado de la Administración de Justicia) respecto del fin (transmisión de documento extrajudicial), la actitud –bien obstruccionista, bien de poner en evidencia al legislador– ha ido por la vía de tratar de establecer la inidoneidad entre el fin y el objetivo del Reglamento de notificaciones. De hecho, una inidoneidad concreta por la reiteración de requerimientos y una posible inidoneidad abstracta por falta de cumplimiento de los presupuestos del Reglamento de notificaciones.

A lo primero responde la respuesta a la tercera pregunta, es decir si la utilización del Reglamento de notificaciones es “procedente aun cuando ya se haya realizado una primera notificación o un primer traslado de ese documento por otra vía de transmisión”, que el TJ hace en el sentido siguiente: “la notificación o el traslado de un documento extrajudicial del modo establecido en dicho Reglamento resulta procedente aun cuando el requirente ya haya realizado una primera notificación o un primer traslado de ese documento por una vía de transmisión no contemplada en ese Reglamento o por otro de los medios de transmisión previstos en él” (*Arias Domínguez*, ap. 61). Tal vez el TJ se extralimita al afirmar (ap. 60) que “... la notificación o el traslado de un documento extrajudicial por uno de los medios previstos por el Reglamento nº 1393/2007 sigue siendo *válida* aunque se haya realizado ya una primera transmisión de ese documento por un medio distinto de los que dicho Reglamento establece” (cursiva añadida). Respecto a una previa o simultánea notificación efectuada al margen de los dispositivos del Reglamento de notificaciones, la argumentación del TJ (aps. 50 a 53) se ciñe a constatar que siendo aplicable el instrumento “cuando un documento [...] extrajudicial deba transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en este último” y no siendo aplicable ninguna de las dos excepciones contempladas en el caso de la STJ 19 diciembre 2012, C-325/11: *Alder*, es decir, “por un lado, cuando el domicilio o el lugar de residencia habitual del destinatario sea desconocido y, por otro lado, cuando este último haya nombrado un representante autorizado en el Estado en el que tenga lugar el procedimiento judicial”, no cabe denegar su acceso, ya que el Reglamento de notificaciones “no establece ninguna otra excepción a la utilización de los medios establecidos para la transmisión entre Estados miembros de un documento extrajudicial, en el supuesto de que un requirente ya hubiera notificado previamente ese mismo documento por una vía de transmisión distinta de las contempladas en ese Reglamento”.

Respecto de una previa o simultánea notificación efectuada mediante alguno de los dispositivos previstos en el instrumento, el TJ recuerda su jurisprudencia relativa a la exhaustividad de los dispositivos previstos en el Reglamento de notificaciones y su carácter no jerarquizado (aps. 54 a 56) tal como lo estableció en sus sentencias *Alder* y previamente, en el contexto más polémico de la STJ 9 febrero 2006, as. C-473/04: *Plumex / Young Sports NV* (L. Carballo Piñeiro, nota en *REDI*, 2006-1, 2006-6-Pr, pp. 450-451); J.J. Former Delaygua, “European Service Regulation: Recent Developments”, *International Company and Commercial L. Rev.*, 2006-6, pp. 166-174, ap. 9), y afirma contundentemente que “ese Reglamento no atribuye a los organismos transmisores o a los organismos receptores, ni a los agentes diplomáticos o consulares, ni a los agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado requerido, la labor de controlar la oportunidad o la pertinencia de las razones por las que un requirente notifica un documento o le da traslado a través de los medios de transmisión establecidos” (*Arias Domínguez*, ap. 58).

En cuanto a una posible inidoneidad abstracta, es decir, si “procede verificar caso por caso si la notificación o el traslado de un “documento extrajudicial” tienen incidencia transfronteriza y son necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior”, el TJ dictamina que “no procede verificar caso por caso si la notificación o el traslado de un documento extrajudicial tienen incidencia transfronteriza y son necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior” (ap. 69). En cuanto a la incidencia transfronteriza, “procede considerar que tal incidencia concurre siempre necesariamente cuando la notificación o el traslado de dicho documento estén comprendidos en el ámbito de aplicación de ese Reglamento [“en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse “de un Estado miembro a otro” para ser notificado o trasladado en este último” (ap. 64)] y deban realizarse, por tanto, con arreglo al sistema que éste establece” (ap. 65). En cuanto al buen funcionamiento del mercado interior, con no menos contundencia, sostiene el TJ que “puesto que todos los medios de transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales previstos por el citado Reglamento han sido expresamente establecidos para alcanzar esa finalidad, resulta legítimo considerar que, una vez que concurren los requisitos de aplicación de esos medios, la notificación o el traslado de dichos documentos contribuyen necesariamente al buen funcionamiento del mercado interior” (ap. 67) y que “el buen funcionamiento del mercado interior no puede considerarse un criterio que deba examinarse antes de cada notificación o traslado de un documento efectuados de un modo establecido por el Reglamento nº 1393/2007 y en particular en su art. 16” (ap. 68).

Hay que celebrar que no se haya caído en la tentación de establecer controles y cortapisas que entorpezcan el acceso al Reglamento de notificaciones, en consideración a la baja probabilidad de que pudiera haber abusos en ciertos casos. Ahora esperemos que el sentido común prevalezca y que ningún profesor de Derecho internacional privado proponga a sus alumnos Erasmus hacer el experimento con sus cartas de amor. Así como esperamos que el legislador español refrene sus ansias de terciar en cuestiones doctrinales y se dedique a su función, designando “organismos transmisores” y “organismos receptores” acordes con la amplitud del ámbito material del Reglamento de notificaciones que el TJ nos ha descubierto. Los casos *Roda Golf* y *Arias Domínguez* apuntan muy claramente hacia dónde se puede ir. No sea que se cumpla lo de “no hay dos sin tres” (cf. J.J. Forner Delaygua, “Cooperación judicial en materia civil. Notificación de documentos extrajudiciales. Reglamento (CE) 1348/2000. Comentario a la STJCE 25 junio 2009, As. C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2010-1, pp. 282-287, parágrafo 5; N. Marchal Escalona, “*Quid* de la interpretación autónoma ...”, *loc. cit.*, p. 2; J. Maseda Rodríguez, nota a la STJ 25 junio 2009, as. C-148/08: *Roda Golf & Beach Resort, S.L., REDI*, 2009-2, 2009-30-Pr, p. 514).

2016/88.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 11 noviembre 2015. Asunto C-223/14. Ponente: A. Tizzano.

Cooperación judicial en materia civil.– Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.– Concepto de “documento extrajudicial”. Documento privado.– Incidencia transfronteriza.– Funcionamiento del mercado interior.

Normas aplicadas: Art. 16 Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[...]

44. De todas las consideraciones anteriores cabe deducir que, conforme a las orientaciones que se derivan de la jurisprudencia citada en el ap. 33 de la presente sentencia y como señaló el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el concepto de “documento extrajudicial”, en el sentido del art. 16 del Reglamento nº 1393/2007, debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público como los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil.

45. En efecto, la transmisión transfronteriza de tales documentos mediante el mecanismo de notificación y de traslado establecido por el Reglamento nº 1393/2007 contribuye igualmente a reforzar, en el ámbito de la cooperación en materia civil o mercantil, el buen funcionamiento del mercado interior y contribuye a establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia en el interior de la Unión Europea.

46. Habida cuenta de todo lo expuesto, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el art. 16 del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “documento extrajudicial” utilizado en dicho artículo comprende, no sólo los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público, sino también los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil.

[...]

59. De estas consideraciones se desprende que, en materia de notificación o traslado de un documento extrajudicial, el requirente puede, no sólo elegir uno u otro de los medios de transmisión previstos por el Reglamento nº 1393/2007, sino también recurrir, de manera simultánea o sucesiva, a dos o a

más medios que, en su opinión, sean los más oportunos o apropiados, habida cuenta de las circunstancias del caso (véase, en este sentido, la sentencia Plumex, C-473/04, EU:C:2006:96, aps. 21, 22 y 31).

60. Por consiguiente, la notificación o el traslado de un documento extrajudicial por uno de los medios previstos por el Reglamento n° 1393/2007 sigue siendo válida aunque se haya realizado ya una primera transmisión de ese documento por un medio distinto de los que dicho Reglamento establece.

61. Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el Reglamento n° 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que la notificación o el traslado de un documento extrajudicial del modo establecido en dicho Reglamento resulta procedente aun cuando el requirente ya haya realizado una primera notificación o un primer traslado de ese documento por una vía de transmisión no contemplada en ese Reglamento o por otro de los medios de transmisión previstos en él. [...]

67. En este contexto, puesto que todos los medios de transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales previstos por el citado Reglamento han sido expresamente establecidos para alcanzar esa finalidad, resulta legítimo considerar que, una vez que concurren los requisitos de aplicación de esos medios, la notificación o el traslado de dichos documentos contribuyen necesariamente al buen funcionamiento del mercado interior.

68. Por consiguiente, como el Abogado General puso igualmente de relieve en el punto 71 de sus conclusiones, el buen funcionamiento del mercado interior no puede considerarse un criterio que deba examinarse antes de cada notificación o traslado de un documento efectuados de un modo establecido por el Reglamento n° 1393/2007 y en particular en su art. 16.

69. Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el art. 16 Reglamento n° 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que, cuando concurren los requisitos de aplicación de dicho artículo, no procede verificar caso por caso si la notificación o el traslado de un documento extrajudicial tienen incidencia transfronteriza y son necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior.

[TECOM MICAN, S.L., JOSÉ ARIAS DOMÍNGUEZ]

TRASLADO Y TRADUCCIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

2016/89.— Tribunal de Justicia, Sala Décima, Auto de 28 abril 2016. Asunto C-384/14. Ponente: F. Biltgen.

Cooperación judicial en materia civil o mercantil.— Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.— Reglamento (CE) n° 1393/2007: Art. 8.— Documento no traducido.— Negativa a aceptar el documento.— Conocimientos lingüísticos del destinatario del documento.— Control por parte del juez que conoce del asunto en el Estado miembro de origen.

Norma aplicadas: Art. 8 Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[...]

87. En cualquier caso, como se desprende de los fundamentos de Derecho del presente auto, el Reglamento n° 1393/2007 sólo permite la aplicación de una normativa nacional como la descrita en el anterior ap. 37 una vez superadas las etapas establecidas por dicho Reglamento, a saber, la información al destinatario, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II del citado Reglamento, de que dispone de la facultad de negarse a aceptar el documento que debe notificarse o trasladarse y, en caso de negativa, una resolución judicial que haya adquirido firmeza en la que se declare injustificada esa negativa.

88. Por tanto, compete al Juzgado remitente apreciar si las medidas concretas que acompañan la aplicación de la disposición nacional controvertida en el litigio principal son conformes a los requisitos y a los objetivos del Reglamento nº 1393/2007.

89. A la vista del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a las tres cuestiones prejudiciales planteadas que el Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se notifica o se traslada un documento a su destinatario residente en el territorio de otro Estado miembro, en el supuesto de que el documento no esté redactado en una lengua que el interesado entienda o bien en la lengua oficial del Estado miembro requerido o, si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en el que debe procederse a la notificación o al traslado, o no vaya acompañado de una traducción a alguna de esas lenguas:

- el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en el Estado miembro de origen debe cerciorarse de que dicho destinatario ha sido debidamente informado, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II de ese Reglamento, de su derecho a negarse a aceptar el citado documento;

- en caso de omisión de este requisito de forma, incumbe a ese órgano jurisdiccional la subsanación del procedimiento conforme a lo dispuesto por el referido Reglamento;

- no corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto obstaculizar el ejercicio por el destinatario de su derecho a negarse a aceptar el documento;

- sólo después de que el destinatario haya ejercido efectivamente su derecho a negarse a aceptar el documento podrá el órgano jurisdiccional que conoce del asunto verificar la procedencia de esa negativa; para ello, ese órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta toda la información pertinente que obre en autos a fin de determinar si el interesado entiende o no la lengua en la que está redactado el documento, y

- cuando dicho órgano jurisdiccional constate que la negativa del destinatario del documento no estaba justificada, podrá, en principio, aplicar las consecuencias establecidas en su Derecho nacional para ese supuesto, siempre que se preserve el efecto útil del Reglamento nº 1393/2007.

[ALTA REALITAT, S.L. Y ERLOCK FILM APS, ULRICH THOMSEN]

PROCESO MONITORIO EUROPEO

LA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE EMITE UN REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO NO CONSTITUYE MOTIVO DE REVISIÓN DEL REQUERIMIENTO

Federico F. GARAU SOBRINO *

1. El proceso monitorio europeo (PME), creado mediante el Reglamento (CE) nº 1896/2006, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399, de 30.12.2006) (RPME) constituye un sistema rápido y eficiente para cobrar deudas no impugnadas. Así, por un lado, se simplifican los trámites de solicitud del documento judicial por el que se ejecutará la deuda pendiente, denominado “requerimiento europeo de pago” (REP) y se limitan los motivos por los que oponerse a su emisión. Por otro lado, el RPME crea unos formularios que no sólo facilitan la tramitación del proceso y cualquier comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, sino que también evitan que se obvie información importante para el desarrollo del proceso. El PME es un proceso transfronteri-

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Illes Balears.

zo, en el que al menos una de las partes debe tener su domicilio o su residencia habitual en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud (art. 1 e.r. con art. 3).

De manera muy resumida, el PME funciona del siguiente modo. En la solicitud debe hacer constar una serie de extremos, entre los que figuran la identificación del órgano jurisdiccional ante el que presenta su solicitud y los criterios atributivos de jurisdicción en los que se funda su competencia internacional (art. 7.2º). Basándose en la información contenida en el formulario, el órgano jurisdiccional debe comprobar el cumplimiento de los requisitos contenidos en los arts. 2, 3, 4, 6, 7: ser un crédito pecuniario, de importe determinado, vencido y exigible, de carácter transfronterizo, sobre una materia civil y mercantil, para el que el propio órgano jurisdiccional es competente para emitir el requerimiento europeo de pago, y que la petición se adecua a las exigencias del correspondiente formulario (art. 8). Verificada la concurrencia de estos requisitos, el órgano jurisdiccional expide el REP e informa al demandado que su expedición se realiza sobre la información facilitada por el solicitante, sin que el órgano jurisdiccional haya podido comprobarla [art. 12.4º, a)], y que el requerimiento devendrá ejecutivo si en el plazo de 30 días no presenta un escrito de oposición [art. 12.4º.b) e.r. con arts. 12.3º.b) y 16.2º]. Ante ello, el demandado puede oponerse por escrito limitándose a impugnar la deuda, sin que deba precisar los motivos por los que lo hace (art. 16.3º). Expirado el plazo sin que se haya formulado oposición, el demandado puede solicitar al órgano jurisdiccional la revisión del requerimiento, basándose bien en una serie de circunstancias expresamente previstas (art. 20.1º), bien porque sea evidente que el requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea o, incluso, “por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional” (art. 20.2º). Destaco este último motivo de oposición porque la sentencia que aquí nos ocupa se centra en su interpretación.

2. La sentencia del TJ tiene su origen en un contrato de prestación de servicios del sector de la hostelería celebrado en el año 2009 entre la sociedad Thomas Cook Belgium, domiciliada en Bélgica, y la sociedad Thurner Hotel GmbH, con domicilio en Austria. En el 2013, Thurner presentó ante el Tribunal Mercantil de primera instancia de Viena (*Bezirksgericht für Handelssachen Wien*) una solicitud de expedición de un requerimiento europeo de pago contra la sociedad Thomas Cook por valor de 15.232 euros, correspondientes al impago de facturas por servicios prestados por la solicitante. El 26 junio 2013, el tribunal notificó el requerimiento europeo de pago a Thomas Cook, quien casi tres meses después (el 25 de septiembre) formuló oposición al REP al amparo del art. 16.2º del RPME, alegando que la solicitante no le había hecho llegar las facturas en el momento oportuno, que el crédito controvertido se basaba en afirmaciones falsas y, finalmente, invocando la existencia de un motivo de revisión del REP del art. 20.2º RPME, como era la falta de competencia para conocer de la solicitud de REP. A finales de octubre, el tribunal desestimó la petición de Thomas Cook, considerando que la falta de competencia del tribunal no era uno de los motivos que permiten solicitar la revisión del requerimiento europeo de pago al amparo del precepto invocado. Recurrida la decisión ante el Tribunal Mercantil de Viena (*Handelsgericht Wien*), éste decidió suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales al TJ, pues la doctrina austríaca se hallaba dividida sobre la cuestión de si la expedición de un REP por un órgano jurisdiccional incompetente era causa para solicitar su revisión al amparo del art. 20.2 RPME [la doctrina alemana se mostraba igualmente favorable a incluir la falta de competencia del tribunal de origen entre las causas de revisión del art. 20.2º del Reglamento; así U.P. Gruber, “Art 20 EG–MahnVO”, en Th. Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar*, Múnich, Sellier, 2010, nº 52; J. von Hein, “Art 20 EuMVVO”, en J. Kropholler, J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9ª ed., Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2011, nº 8.]. En la primera cuestión, el tribunal austríaco preguntaba si se podía plantear una revisión del REP al amparo del art. 20.2 cuando éste había sido expedido por un tribunal incompetente en virtud de la información que sobre la competencia se contenía en el formulario de solicitud. A continuación, y para el caso que el TJ entendiera que era posible, preguntaba si la expedición de un REP expedido de acuerdo con información inexacta contenida en el formulario de solicitud constituía una “circunstancia excepcional” prevista en el art. 20.2º (DO C303 de 8.9.2014, p. 10). Ante ello, el TJ se centró en determinar si la incompetencia del órgano jurisdiccional de origen, basada en información supuestamente falsa proporcionada por el demandante en el formulario de solicitud, es motivo para solicitar la revisión del REP.

3. El REP se expide inaudita parte, por lo que una vez emitido el demandado tiene un plazo de 30 días, desde su notificación, para oponerse a él y sin que tenga obligación de motivar su oposición (art. 16 e.r. con art. 12.3º.b) –también puede optar por pagar al demandante la cantidad reclamada en el requerimiento (art. 12.3º.a)–. En caso de formular oposición, el requerimiento se convierte en ejecutivo (art. 12.4º.b).

Concluido el plazo de oposición, cabe la posibilidad de revisión “en casos excepcionales”, como reza el título del art. 20. Los motivos por los que puede solicitarse la revisión pueden ser de cuatro tipos. El primer grupo lo integran aquellas causas relacionadas con el respeto de defensa de la parte demandada: que el requerimiento se hubiese notificado a la parte demandada sin acuse de recibo [art. 20.1º.a).i)], o que se le hubiese notificado sin tiempo suficiente para organizar su defensa y sin que ello le sea imputable [art. 20.1º.a).ii)]. La segunda causa de oposición es que el demandado no hay impugnado el crédito por motivos de fuerza mayor o por circunstancias ajenas a su responsabilidad [art. 20.1º.b)]. El tercer motivo se basa en la expedición del requerimiento de forma manifiestamente errónea (art. 20.2º, primer inciso). Finalmente, y como motivo de cierre, cabe oponerse al requerimiento por “cualquier otra circunstancia de carácter excepcional” (art. 20.2º, segundo inciso). Debido al carácter excepcional del procedimiento de revisión, estos motivos deben interpretarse de forma restrictiva (ap. 31 de la sentencia) [para S. García Cano la redacción del art. 20.2º es desafortunada e imprecisa, calificando el último motivo de “desafortunado cajón de sastre”, *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 215–216].

La expedición de un REP por parte de un tribunal incompetente solamente tendría encaje en los dos últimos motivos: requerimiento “expedido de forma manifiestamente errónea”, o la falta de competencia constituiría una circunstancia “de carácter excepcional”. Por ello, el TJ acabó centrándose en el examen de los dos motivos de revisión regulados en el art. 20.2º.

4. Sobre si la falta de competencia del tribunal supone la expedición del REP “de forma manifiestamente errónea”, el TJ realiza dos consideraciones. La primera es que el examen de la competencia del tribunal emisor más allá de la información contenida en el formulario de solicitud puede obligarle a entrar en aspectos que no son de su competencia y que acaben por contravenir el principio de celeridad de PME (nº 42 de la sentencia). Así, por ejemplo, en el caso planteado la incompetencia del tribunal de origen derivaba de la existencia de una cláusula atributiva de jurisdicción a favor de los tribunales belgas incluida en el contrato subyacente entre las partes. Si el Tribunal Mercantil de primera instancia de Viena hubiese tenido que analizarla y valorarla, debería haberse pronunciado sobre su validez (de forma y de fondo) y sobre sus efectos (creación o no de una competencia exclusiva) de acuerdo con el art. 23 del RB I (Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aplicable *ratione temporis*). Incluso la falta de mención por el solicitante de la existencia de la cláusula de sumisión expresa no conlleva necesariamente un acto de mala fe procesal, derivado de la ocultación de información necesaria para el establecimiento de la competencia del juez de origen, puesto que el solicitante podría albergar serias dudas sobre su validez, al hallarse incluida en las condiciones generales de un contrato (*vid.* ap. 33 de las conclusiones del Abogado General).

Una segunda consideración del Tribunal es que si el demandado desea alegar la falta de competencia del órgano jurisdiccional de origen basada en la información incorrecta contenida en el formulario de solicitud, puede oponerse al REP en un plazo de 30 días mediante un mecanismo sumamente sencillo, desprovisto de grandes exigencias formales (basta con rellenar el formulario F) y sin ni siquiera motivar su oposición (art. 16) (ap. 39 de la sentencia).

Por todo ello, y teniendo en cuenta la actitud procesal mantenida por la parte demandada –esperó casi 90 días para solicitar la revisión al amparo del art. 20.1º–, el TJ considera que el REP no fue expedido de forma manifiestamente errónea (ap. 43 de la sentencia).

5. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si la expedición de un REP por tribunal incompetente es una circunstancia de “carácter excepcional” que justificaría su revisión, el TJ considera que su

apreciación se halla condicionada por la actitud que tenga la parte demandada ante la expedición (errónea) del requerimiento europeo de pago. Así, si al serle notificado el REP comprueba que ha sido expedido por órgano jurisdiccional incompetente, puede sospechar que se ha basado en una información falsa facilitada por la parte solicitante –máxime si, como era el caso, las partes habían celebrado una cláusula de sumisión expresa que fue invocada por la demandada en su solicitud de revisión–. Por tanto, el motivo podría haber sido invocado en el escrito de oposición al requerimiento previsto en el art. 16, careciendo de sentido su posterior invocación como una circunstancia de carácter excepcional de revisión prevista en el art. 20.2º (aps. 47 y 49 de la sentencia). El TJ considera que permitir alegar la falta de competencia del órgano jurisdiccional emisor en la fase de revisión supondría ir en contra del espíritu y finalidad de este trámite, porque en ningún caso constituye una segunda posibilidad de oponerse a la solicitud de requerimiento de pago (cdo. 25 RPME). Por otro lado, su admisión contravendría los objetivos de celeridad, simplificación de trámites y reducción de costes para el cobro de créditos no impugnados (cdos. 9 y 29 RPME, así como los aps. 48, 50 y 51 de la sentencia). En definitiva, la oposición a un REP emitido por tribunal incompetente, basándose en información errónea contenida en el formulario de solicitud, debe formularse en el plazo 30 días desde la notificación, siempre que el demandado pudiese apreciar el carácter supuestamente falso de la información facilitada por el demandante –recuérdese que en este caso la incompetencia del tribunal derivaba de un acuerdo atributivo de jurisdicción conocido por la parte demandada.

6. La conclusión a la que llega el TJ parece chocar con los principios fundamentales en materia de jurisdicción. Si la jurisdicción es un presupuesto del proceso y todo lo actuado sin jurisdicción devine nulo, no se comprende que un REP emitido por tribunal incompetente sea válido cuando dicho defecto no fue denunciado en el plazo previsto para su oposición, ni que, finalizado dicho plazo, tampoco pueda denunciarse en el posterior proceso de revisión.

Entiendo que la explicación de tan chocante conclusión hay que buscarla en las peculiaridades del PME, que quiere ser un proceso rápido y eficiente para el cobro de deudas no impugnadas. El órgano jurisdiccional que examina la solicitud solamente puede tener en cuenta la información que le proporcione el solicitante en el formulario modelo correspondiente. Si bien debe examinar la concurrencia en la petición de los requisitos exigidos por el RPME, entre los que figura su propia competencia, debe hacerlo exclusivamente sobre la base de la información facilitada por el demandante en el formulario (art. 8). Expedido el REP, se notifica al demandado junto con una copia del formulario de solicitud, quien puede optar por pagar u oponerse en el plazo de 30 días y sin necesidad de motivar ni fundamentar su oposición (art. 16). Por tanto, la diligencia de la parte demandada es fundamental para denunciar y oponerse al requerimiento, sea por la existencia de datos erróneos o por cualquier otra causa, que no está obligado a mencionar. Su falta de cuidado no le habilita a transformar el proceso de revisión del art. 20 en una segunda instancia en la que revisar lo que bien pasó por alto en el trámite de oposición, o bien no supo ver por propia negligencia. Por tanto, la fase de revisión se configura como un mecanismo basado en la concurrencia de causas o motivos de carácter excepcional que la parte demandada no conocía o no pudo conocer, por causas no imputables a él.

Atendiendo a la doctrina del TJ, la incompetencia del tribunal que emite un REP no es motivo de revisión del art. 20. La parte demandada, al serle notificado el requerimiento, recibe una copia del formulario de solicitud presentado por la parte demandante, en cuyo ap. 3 figura el criterio de competencia del órgano jurisdiccional alegado por el demandante. Por tanto, el demandado puede comprobar fácilmente si existe algún error o falsedad en la información facilitada por la contraparte.

7. Llama la atención que el TJ no haga uso de un argumento que permitiría igualmente rechazar la revisión de la incompetencia del tribunal emisor. Me refiero al efecto atributivo de jurisdicción derivado de la sumisión tácita. El art. 6 RPME establece que la competencia judicial internacional se determinará de acuerdo al Derecho de la UE; en la actualidad –y en particular– por el RB I refundido [Reglamento nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO L 351 de 20.12.2012)]. Uno de los criterios atributivos de jurisdicción contenidos en esta

norma es el de la sumisión tácita, previsto en su art. 26, que se produce cuando la parte demandada interpone la demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, y la demandada comparece ante dicho órgano jurisdiccional sin impugnar su jurisdicción –o cuando impugna la competencia y, además, formula pretensiones sobre el fondo del litigio en un momento posterior a la actuación procesal que, de acuerdo con al Derecho del foro, es considerada como la primera actuación de defensa dirigida al tribunal que conoce del asunto [por todas, STJ 24 junio 1981, as. 150/80: *Elefanten Schuh*, Rec. 1981, p. 1671, ECLI:EU:C:1981:148, n^{os} 16 y 17, y STJ 31 marzo 1982, as. 25/81: *W/H*, Rec. 1982, p. 1189, ECLI:EU:C:1982:116, n^o 13]–. Por tanto, en el PME parecería posible que la parte demandante pudiera interponer su demanda de solicitud ante un tribunal en principio incompetente y, paralelamente, la parte demandada aceptara la jurisdicción de dicho tribunal, realizando cualquier gestión procesal (v.gr., oponiéndose al REP) y no impugnando su competencia, quedando entonces sometida tácitamente –siempre que no se tratase de un crédito derivado de un contrato de consumidores, para los que el art. 6.2º RPME establece que el consumidor solamente puede ser demandado ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio–. En el asunto *Thomas Cook* existía entre las partes un acuerdo previo de sumisión expresa, lo que no hubiese sido obstáculo para que las partes lo hubieran podido modificar mediante el mecanismo de la sumisión tácita (STJ 24 junio 1981, as. 150/80: *Elefanten Schuh*, cit., n^{os} 8 a 11; STJ 7 marzo 1985, as. 48/84: *Spitzley*, Rec. 1985, p. 787, n^{os} 24 a 26).

Sin embargo, el planteamiento que acabo de realizar –aparentemente impecable en el plano procesal– topa nuevamente con la especial configuración del PME. El demandado no conoce la existencia del REP hasta que le es notificado, momento a partir del cual puede optar entre pagar al solicitante el importe consignado en el requerimiento u oponerse a él (art. 12.3º RPME). La presentación por el demandado de escrito de oposición, aunque no impugne la competencia del tribunal emisor, tiene como resultado la finalización del PME y su continuación ante la jurisdicción ordinaria del Estado miembro de origen, a no ser que el demandante haya solicitado expresamente que en ese caso se ponga fin al proceso (art. 17.1º RPME). Por tanto, el RPME no menciona ningún efecto distinto –como la sumisión tácita–. Además, la oposición se realiza mediante el formulario F del anexo VI RPME, en el que no se prevé la posibilidad de impugnar la jurisdicción del tribunal de origen (vid. STJ 13 junio 2013, as. C-144/12: *Goldbet Sportwetten*, n^{os} 29 ss). Tampoco la presentación de alegaciones sobre el fondo por la parte demandada en su escrito de oposición puede ser entendida como una aceptación tácita de la competencia del tribunal. El PME y el proceso civil ordinario que sigue al trámite de oposición constituyen procesos independientes, de manera que la oposición al REP acompañada de alegaciones sobre el fondo, presentada en el PME, no puede considerarse la primera actuación de defensa presentada en el proceso civil ordinario, a efectos de activar el foro de la sumisión tácita del art. 26 Reglamento n^o 1215/2012. Además, el demandado no está obligado en su escrito de oposición a precisar los motivos en los que la basa (STJ 13 junio 2013, as. C-144/12: *Goldbet Sportwetten*, cit., n^{os} 37 ss). En conclusión, la falta de impugnación por la parte demandada de la competencia del tribunal en su escrito de oposición e, incluso, la presentación de alegaciones sobre el fondo en la oposición al REP, no pueden considerarse actos que conlleven su sumisión tácita al órgano jurisdiccional de origen.

2016/90.–Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 22 octubre 2015. Asunto C-245/14. Ponente: L. Bay Larsen.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Reglamento (CE) n^o 1896/2006.– Proceso monitorio europeo.– Oposición formulada fuera de plazo.– Art. 20, ap. 2.– Solicitud de revisión del requerimiento europeo de pago.– Excepción de incompetencia del órgano jurisdiccional de origen.– Requerimiento europeo de pago expedido de forma errónea habida cuenta de los requisitos establecidos en el Reglamento.– Inexistencia de carácter “evidente”.– Inexistencia de circunstancias “de carácter excepcional”.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) n^o 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

[...]

47. En estas circunstancias, una vez el requerimiento europeo de pago se hubo notificado a la demandada de conformidad con el Reglamento nº 1896/2006, esta última, que no podía ignorar la existencia de tal cláusula de atribución de competencia, pudo apreciar el carácter supuestamente falso de la información facilitada por el demandante en el formulario de petición en lo que concierne, en el caso de autos, a la competencia del órgano jurisdiccional de origen. En consecuencia, tuvo la posibilidad de invocarlo en el marco de la oposición prevista en el art. 16 del Reglamento nº 1896/2006.

48. Tal y como se indica en el cdo. 25 de este Reglamento, la posibilidad de revisión del requerimiento contemplada en el art. 20 Reglamento nº 1896/2006, no debe tener como consecuencia conferir al demandado una segunda posibilidad de oponerse a la petición.

49. De ello se desprende que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, no puede considerarse que el requerimiento de pago se haya expedido erróneamente debido a circunstancias “de carácter excepcional” en el sentido del art. 20, ap. 2, del Reglamento nº 1896/2006.

50. El objetivo perseguido por dicho Reglamento corrobora tal interpretación de esta disposición. En efecto, del cdo. 9 y del art. 1, ap. 1, letra a), del referido Reglamento resulta que éste tiene por objeto simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo. El cdo. 29 del Reglamento nº 1896/2006 añade que el objetivo perseguido por este último es establecer un mecanismo uniforme y rápido para el cobro de créditos.

51. Pues bien, este objetivo quedaría en entredicho si, en circunstancias como las del litigio principal, el art. 20, ap. 3, del Reglamento nº 1896/2006 se interpretara en el sentido de que permite al demandado solicitar la revisión de una petición de requerimiento europeo de pago.

52. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 20, ap. 2, del Reglamento nº 1896/2006, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que un demandado al que se haya notificado un requerimiento europeo de pago de conformidad con este Reglamento pueda solicitar la revisión de dicho requerimiento alegando que el órgano jurisdiccional de origen consideró erróneamente que era competente sobre la base de la información supuestamente falsa facilitada por el demandante en el formulario de petición.

[THOMAS COOK BELGIUM NV Y THURNER HOTEL GMBH]

PROCESO MONITORIO EUROPEO. CRÉDITO BASADO EN EL DERECHO A COMPENSACIÓN

Nuria MARCHAL ESCALONA *

1. *Hechos.* Una pasajera húngara de un vuelo retrasado procedente de Newark (Nueva Jersey, EE UU de América) con destino a Londres (Reino Unido) ejerció su derecho a obtener una indemnización de 600 Euros de un transportista aéreo con domicilio social en Alemania (*Deutsche Lufthansa AG*, en adelante, *Lufthansa*), sobre la base del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación y gran retraso, que deroga el Reglamento (CEE) nº 295/1991 (DO L nº 46 de 17.2.2004). Esta cedió dicho derecho a una sociedad domiciliada en el Reino Unido (*Flight Refund Ltd*, en adelante, *Flight Refund*), que obtuvo, sobre la base

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Granada.

del proceso establecido en el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (en lo sucesivo RPME) – modificado, recientemente, por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 2015 por el que se modifican el Reglamento (CEE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 340 de 24.12.2015), un requerimiento europeo de pago emitido por una notaria domiciliada en Hungría. La competencia de la notaria se estableció sobre la base de una errónea traducción al húngaro del art. 33, disposición que regula la cuestión de la competencia judicial internacional en el Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 (DO L n° 194, p. 38). El transportista aéreo presentó un escrito de oposición contra el requerimiento europeo de pago y negó haber operado el vuelo en cuestión. En tales circunstancias, y con arreglo al Reglamento PME (art. 17), el proceso debía continuar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, es decir, en Hungría, país donde se expidió el requerimiento europeo de pago.

Pues bien, según el Derecho procesal húngaro, y, en concreto, el art. 38.1° y 3° de la Ley III de 1952, de enjuiciamiento civil (*a polgári perrendtartásról szóló 1952. Évi III. Törvény*. Ley de Enjuiciamiento Civil) resultaba imposible designar cuál era el órgano jurisdiccional territorialmente competente. Por lo que, la *Kúria* (Tribunal Supremo húngaro) decidió suspender el procedimiento, y plantear cinco cuestiones prejudiciales ante el TJ; cuestiones que se vio obligado a reformular tras el requerimiento que recibió del TJ para que aclarara la reclamación controvertida y la identidad del transportista aéreo. Después de lo cual, el TS húngaro planteó dos cuestiones. En la primera, cuestionaba las consecuencias que podría conllevar el hecho de que el requerimiento europeo de pago se hubiera expedido careciendo de competencia judicial internacional para ello, es decir, hasta qué punto aquel era revisable o no, o si, por el contrario, debía archivarse de oficio o a instancia de parte el procedimiento estatal que debe iniciarse tras la presentación del oportuno escrito de oposición al requerimiento europeo de pago., en el caso de que este se hubiera iniciado. Y, en segundo lugar, ante la posibilidad de que algún Tribunal húngaro tuviera competencia judicial internacional para conocer de dicho procedimiento –extremo sobre el que dudaba–, planteaba si el TS húngaro tendría la obligación, en tal caso, de designar un tribunal, incluso, cuando no hubiera ningún tribunal con competencia material y territorial para ello, según su propia normativa. Además, de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJ, el tribunal remitente expresó ciertas dudas en relación con el régimen legal aplicable para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros. Igualmente, dudaba de las implicaciones que se podrían derivar como consecuencia de la competencia o incompetencia internacional de los órganos jurisdiccionales húngaros para conocer del caso.

Desde nuestro punto de vista, el enfoque adoptado por el TS húngaro no es del todo acertado, porque la cuestión que subyacía en el fondo del asunto era si los tribunales húngaros tenían o no competencia judicial internacional para conocer del proceso contradictorio que debe iniciarse tras la presentación del escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago expedido sin competencia judicial internacional para ello. Un problema que lógicamente debe de ser resuelto con carácter previo a aquel apuntado por el TS. Si hay un tribunal con competencia judicial internacional, de acuerdo con la normativa institucional, hay tribunal con competencia territorial para conocer del litigio. No obstante, el presente supuesto presentaba la dificultad añadida, como así queda patente en el relato de los hechos de la Sentencia, de que no existían, por una parte, datos suficientes para verificar la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros. Y, por otra, que la normativa procesal húngara parecía limitar la facultad de dicho tribunal para hacer las pesquisas e indagaciones oportunas al respecto.

2. *Argumentos del TJ.* Para el TJ, estaba claro que el derecho a una compensación a tanto alzado y uniforme del pasajero a raíz del retraso de un vuelo [*ex art. 5 a 7* Reglamento (CE) n° 261/2004] es independiente de la reparación del perjuicio prevista en el art. 19 Convenio de Montreal. Por lo que, las reglas que deberían ser aplicadas para determinar la competencia judicial internacional de las autoridades húngaras eran las previstas en el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

judiciales en materia civil y mercantil, es decir, el Reglamento Bruselas I—en vigor cuando sucedieron los hechos—.

En relación con las cuestiones planteadas, el TJ, en el ap. 48 de su sentencia, sintetiza, a nuestro juicio, de forma errónea, quizás condicionado por la cuestión prejudicial planteada y las desatinadas observaciones, de la Abogada General el meollo del asunto planteado. Para este, se trataba de determinar las facultades y las obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión y, en particular, al Reglamento PME, de un tribunal, como el remitente, cuando conoce de un procedimiento relativo a la designación de un órgano jurisdiccional territorialmente competente del Estado miembro de origen de un requerimiento europeo de pago y examina la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro para conocer del procedimiento contencioso que debe iniciarse tras la presentación del oportuno escrito de oposición.

El TJ considera con una argumentación bastante forzada, que ni el art. 17.1º Reglamento PME ni ninguna disposición del Reglamento Bruselas I permiten identificar las facultades y obligaciones de un tribunal, como el TS en el presente caso. Continúa argumentando que, dado que lo no previsto en dicho texto normativo, depende de lo establecido en la normativa procesal de los Estados partes, dicha cuestión estará sometida a lo determinado por el Derecho húngaro *ex art. 26* Reglamento PME. Una vez, aclarado que tales facultades y obligaciones dependen de lo establecido en el Derecho nacional, el discurso del TJ se encamina a responder a la cuestión que a él le interesa solucionar, pero que en sí no había sido planteada por el órgano de instancia, si bien es cierto que, como hemos evidenciado era la cuestión que subyacía en el fondo, a saber: el posible control y verificación de la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros. En este contexto, apunta que el Reglamento Bruselas I exige que la cuestión de la competencia judicial internacional se resuelva en aplicación de las normas procesales estatales, de forma que permitan garantizar el efecto útil de las disposiciones de dicho texto y el derecho de defensa, con independencia de quien se pronuncie sobre dicha cuestión, teniendo en cuenta que, a tales efectos, el tribunal deberá hacerlo a la luz de toda la información de la que dispone. No solo la información proporcionada por el demandante en su petición de requerimiento de pago, sino toda la información que necesite para ello oyendo, en su caso, a las partes al respecto. De forma que, si tras realizar las oportunas verificaciones resultara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago, el tribunal remitente no podría finalizar el procedimiento por el mero hecho de que no consigue identificar un tribunal territorialmente competente para resolver en cuanto al fondo sobre el crédito impugnado. En cambio, si no lo fueran, no estaría obligado a revisar de oficio, por analogía con el art. 20 Reglamento PME, dicho requerimiento.

3. *Crítica.* La decisión comentada, se presenta con un caso particular, en el que de lo que se trataba era de dar pautas suficientes al TS húngaro para poder resolver la situación de *impasse* que se había generado. Simplificando el discurso, el TJ considera necesario que se lleve a cabo el control de la competencia de los tribunales húngaros, siéndole indiferente qué órgano judicial —bien el tribunal remitente o bien cualquier otro que este designe—, analice la cuestión competencial. Pero no solo eso, sino que, además, da pautas de cómo ha de llevarse a cabo dicho control y establece, asimismo, las consecuencias que se derivan, en su caso, de la competencia o incompetencia judicial internacional de tales órganos.

A pesar de que estamos en cierta manera de acuerdo con parte de la solución finalmente adoptada por el TJ, la verdad es que para ello toma un camino y adopta ciertos razonamientos que, desde nuestro punto de vista, deben ser objeto de crítica.

Como hemos avanzado, el TJ se ocupa, en primer lugar, de determinar las facultades y obligaciones posee el TS húngaro en tales circunstancias. Considera que, como cuestiones de procedimiento que son, dependen de lo establecido en el Derecho procesal del Estado miembro (*ex art. 26* Reglamento PME). Una lectura aislada y atenta solo del fallo merecería una buena acogida y un juicio positivo de la Sentencia dictada por este Tribunal, puesto que las cuestiones procesales, suelen regirse, sobre todo, en materias reguladas por textos comunitarios, salvo excepciones, por el Derecho nacional de los Estados miembros. Por el contrario, la lectura íntegra de la Sentencia descubre que las facultades y las obligaciones sobre las que el TJ tenía que pronunciarse en su decisión son aquellas que el TS había propuesto en

las erráticas cuestiones prejudiciales formuladas, es decir, hasta qué punto estaba facultado para llevar a cabo la revisión del requerimiento europeo de pago, archivar el caso, o bien, si podría estar obligado a designar un tribunal húngaro para conocer de la reclamación, incluso a falta de criterio de competencia identificable. A nuestro modo de ver, el Derecho nacional no puede determinar, aunque constituya una cuestión procesal, cuál debe ser el proceder del Tribunal remitente, es decir, si a este le corresponde revisar el requerimiento o archivar las actuaciones. Pues, los medios de defensa ante un requerimiento europeo de pago que ha sido expedido por una autoridad carente de competencia para ello son los establecidos en el Reglamento PME, es decir, si cabe revisión o no, archivo de actuaciones o no es una cuestión que está regulada y prevista por el aquel, y no por el Derecho estatal de los Estados miembros. En todo caso, lo que sí le correspondería, como hemos visto, determinar al Derecho nacional sería designar el órgano jurisdiccional encargado para conocer del supuesto y, por tanto, para determinar si tiene competencia judicial internacional o no, de conformidad con lo establecido en la norma de competencia aplicable: el Reglamento Bruselas I, para conocer del caso. La cuestión reside en que, según el tribunal remitente, resulta imposible determinar el órgano competente para conocer del caso y, por tanto, quién controle la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros. Por ello, consideramos inútil e innecesario acudir al Derecho nacional, como así lo hace el TJ, para intentar solucionar el problema planteado.

A la vista de estas reflexiones, cabría calificar del fallo del TJ de auténtico despropósito, sin sentido alguno y, en cierto modo, *contra legem*. No obstante, si seguimos leyendo el resto del fallo, advertimos, que el TJ va encauzando su decisión para salir del *impasse* generado a través de una única vía: la necesidad de que se produzca la verificación de la competencia judicial internacional de los tribunales húngaros. Con todo, no hay que olvidar que en el presente supuesto no solo estaba presente el problema competencial, sino también –y principalmente– el de la autoridad competente para pronunciarse sobre dicha cuestión competencial. Ciertamente, en este ámbito, echamos en falta que el TJ no haya realizado dicha interpretación a la luz del tratamiento de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C 364/1 de 18.12.2000) y, en particular, del art. 47, que se refiere a los derechos y garantías de defensa, que es un principio informador del Reglamento Bruselas I (STJ *Hypoteční banka*, C-327/10, EU:C:2011:745; STJ *G y Cornelius de Visser*, C-292/10, EU:C:2012:142). En cualquier caso, compartimos con el TJ la necesidad de que dicho control competencial se produzca, sea cual sea la autoridad encargada de hacerlo, y ello aun cuando procesalmente dicho control no sea factible. El derecho a una tutela judicial efectiva y a no quedar en indefensión otorga, según este, potestad a cualquier autoridad judicial a examinar si tiene o no competencia judicial internacional, fuera, incluso, del correspondiente marco procesal. Tales derechos podrían verse afectados si ningún órgano jurisdiccional pudiera controlar dicho extremo y sin que existiera la posibilidad de que las partes alegaran lo que estimaran oportuno para defender la competencia o no de dicho tribunal. Si se ha defendido la oportunidad de que un tribunal se declare competente en base a un foro de necesidad, es decir, aun cuando no exista foro alguno que le atribuya competencia judicial internacional para ello, cuando puedan verse implicados los derechos de defensa de las partes, ¿por qué no admitir la viabilidad de un control de competencia en tales casos?

Ese debería de haber sido el razonamiento del TJ, en lugar, de haberse remitido a lo dispuesto al derecho nacional. No obstante, desde nuestro juicio, la consulta al derecho nacional de los Estados puede desempeñar en este ámbito un papel importante; más no en los términos utilizados por el TJ. Para entender esta afirmación, consideramos necesario precisar hasta qué punto el proceso contencioso que se inicia con posterioridad a la presentación de la oportuna oposición a la expedición de un requerimiento europeo resulta factible controlar la competencia judicial internacional, es decir, ¿hasta qué punto dicho procedimiento es autónomo e independiente del proceso monitorio europeo o si, por el contrario, debe entenderse como una continuación del mismo? El traslado al proceso civil ordinario es una cuestión que el Reglamento PME no regula, por lo que dependerá de lo establecido en el Derecho del Estado miembro de origen. Y es aquí donde al análisis de Derecho comparado evidencia que la nota dominante es la diversidad –existente también a nivel doctrinal (B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, Müller, 2010, p. 567; P. Gruber, en T. Rauscher, *Europäische Zivilprozess- und Kollisionsrecht*. EuZPR

/EulPR, 2ª ed.. Múnich, Sellier, 2010, p. 344 versus W.D. Wargner, *Das Europäische Mahnverfahren, Gedächtnisschrift für Konuralp*, t. 2, Ankara, Yelkin Yayınları, 2009, p. 668) —, pues mientras que en algunos ordenamientos jurídicos esta remisión es automática o *ex officio* (v.gr., Alemania o Suecia), en otros es necesario un impulso procesal (v.gr., Luxemburgo). Por lo que, el que la apertura sea de oficio o no depende del Estado ante el cual se haya iniciado el procedimiento monitorio europeo. De forma que, si el Derecho procesal estatal, establece que el traslado sea automático cabe entender que el proceso contradictorio posterior es continuación del proceso monitorio europeo, por lo que tendría sentido hablar y reclamar una *perpetuatio fori*, siendo la cuestión del control de la competencia judicial internacional una cuestión poco factible; mientras que si aquel no lo es, podría considerarse que estamos antes procesos independientes, por lo que la aplicación de las normas de competencia judicial internacional incidirían de pleno y “desde cero”[en este sentido *vid.* M.R. McGuire, “Das neue Europäische Mahnverfahren (EuMVVo): Über das (Miss). Verhältnis zwischen Effizienz und Schuldnerschutz”, *GPR*, 6, 2007, p. 304] y, por ende, podría ser controlado de oficio.

Es decir, de lo establecido en el Derecho procesal estatal dependerá que exista un marco procesal o no en el que sea factible discutir y plantear la cuestión de la verificación de oficio de la competencia judicial internacional. Y es en este ámbito donde el Derecho nacional puede tener cierto protagonismo, y es lo que el TJ podría haber ponderado y tenido en cuenta, fijando hasta qué punto el derecho procesal nacional permite o no que la cuestión competencial sea determinada o no de oficio. No obstante, también es cierto que parte de la doctrina elaborada por el TJ en esta Sentencia puede adquirir sentido y sermos útil, pues una vez que aquel concreta el papel que debe de desempeñar por el Derecho nacional, prosigue estableciendo los límites o fronteras irrenunciabiles, que debe respetar la normativa procesal de los diferentes Estados miembros en este ámbito. Se trata del argumento más afortunado de los que aparecen en la decisión. A tales efectos, establece que las normas procesales estatales deben permitir que el control de competencia judicial internacional se resuelva de forma que, sea quien sea el órgano judicial quien lo realice —en el presente supuesto, el TS húngaro o el órgano judicial designado por este— se garantice los derechos de defensa, así como el efecto útil del Reglamento. Lo que implica que, el tribunal que deba pronunciarse sobre dicho extremo, lo haga pudiendo examinar dicha cuestión a la luz de toda la información de la que dispone.

A priori, esta decisión parece contradecir y apartarse de la doctrina sentada en jurisprudencia anterior y, en concreto, en la STJ 4ª 22 octubre 2015, as. C-245/14: *Thomas Cook Belgium/Thurner Hotel GmbH* [un comentario de la misma en F. Garau Sobrino, “La oposición a un requerimiento europeo de pago emitido por órgano jurisdiccional incompetente STJ (Sala Cuarta) de 22 octubre 2015, as. C-245/2014: *Thomas Cook Belgium*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 36, 2016, pp. 1-15], en la que se establece que el órgano jurisdiccional que examina la solicitud de un PME debe examinar la concurrencia en la petición de los requisitos exigidos por el Reglamento, entre los que figura su propia competencia, pero debe hacerlo exclusivamente sobre la base de la información facilitada por el demandante en el formulario (art. 8). Frente a esta, la decisión comentada, considera necesario que la cuestión de la competencia judicial internacional se ventile teniendo en cuenta toda la información que necesite para ello, y no solo a la vista de los elementos presentados por el demandante en su petición. Ahora bien, la contradicción es solo aparente, si se repara en un dato: que ambos supuestos se ocupan de solucionar hipótesis diferentes. Así, en el caso *Thomas Cook* de lo que se trataba era de determinar la competencia judicial internacional de la autoridad para expedir un requerimiento de pago, cuestión para la que obviamente solo se posee la información dada por el demandante. Y, en concreto, la que consta en los formularios anexo al Reglamento, cuya utilización evita que se obvie información importante para el desarrollo del proceso, al mismo tiempo que facilita la tramitación del proceso y cualquier comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes. Mientras que en la decisión comentada de lo que se trata es de determinar la competencia del tribunal que conoce del proceso contradictorio que debe iniciarse tras la presentación del escrito de oposición al requerimiento de pago europeo, en cuyo caso, se pueden tener más elementos de juicio para determinar dicha cuestión.

Siguiendo con nuestra valoración de la Sentencia, el TJ finaliza su argumentación respondiendo a las dudas expresadas por el TS sobre las consecuencias que se podrían derivar de la competencia o incom-

potencia de los tribunales de origen. Desde nuestro punto de vista, el análisis que realiza sobre dicha cuestión le lleva a realizar afirmaciones que son evidentes y sabidas y, por tanto, innecesarias que parecen encontrar su origen en la necesidad de corregir *in extremis* el análisis, poco o nada atinado, que llevara a cabo la Abogada General en sus Conclusiones. Pues es evidente, que si un tribunal, como el remitente, se declara competente conforme a lo establecido en el Reglamento Bruselas I, lo normal es que también tenga competencia territorial para ello, pues el Reglamento Bruselas I hace depender de una forma directa una y otra, de tal forma que no puede concluirse, salvo excepciones, la existencia de competencia judicial internacional sin que, a la vez, se determine el órgano jurisdiccional territorialmente competente (J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 52). Es decir, desde una perspectiva procedimental, la falta de un órgano jurisdiccional que tenga atribuida competencia territorial, si tiene competencia judicial internacional, no implica la imposibilidad de que o exista juez o tribunal alguno que pueda decidir el supuesto de que se trate. Lo contrario ocasionaría una incongruencia en el sistema, amén, de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que ofrece el sistema mediante la fijación de los criterios atributivos de competencia. Por otra parte, el TJ continua afirmando que si “en el caso de que el tribunal como el remitente concluya que no existe tal competencia internacional, no está obligado a revisar de oficio, por analogía el art. 20 Reglamento PME”. Evidentemente, ello no es posible por razones obvias. Si un tribunal verifica que, a tenor del Reglamento Bruselas I, carece de competencia judicial internacional, dicho tribunal tendría que declararse de oficio incompetente (ex art. 26). No estaría, por tanto, obligado, como acertadamente apunta el TJ, a revisar de oficio dicho requerimiento, ni siquiera por analogía – porque no cabría– con el art. 20 Reglamento PME. Afortunadamente, el TJ, en esta cuestión, se aparta de las erróneas y confusas Conclusiones de la Abogada General.

4. *Conclusiones.* La decisión del TJ objeto de comentario no pasará a la historia ni por la ejemplaridad y cuidado de su argumentación, ni por la congruencia con la cuestión prejudicial a que se pretende dar respuesta. No obstante, por quedarnos con algo positivo, cabe apreciar que el TJ haya apostado por la defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –que podría vulnerarse por no poder designar un órgano competente *in casu*–, y haya establecido los límites o mínimos que los derechos procesales nacionales de los Estados miembros deben respetar y garantizar en la tramitación del proceso nacional que debe iniciarse tras la presentación del oportuno escrito de oposición al requerimiento europeo de pago. Para el TJ, resulta claro que las peculiaridades procesales existentes en los Derechos estatales de los diferentes Estados miembros no debería impedir ni mermar la existencia de un posible control *ex novo* y efectivo de la competencia judicial internacional de las autoridades que conocen del proceso contradictorio, para lo que TJ aconseja, acertadamente, analizar dicho extremo a la luz de toda la información disponible. Una interpretación de signo contrario tendría por consecuencia privar del proceso contradictorio que se inicia tras la presentación de la oportuna presentación al requerimiento europeo de pago del efecto útil que persigue, evidenciando, además, una posible e indeseable descoordinación entre el Reglamento Bruselas I y Reglamento PME.

2016/91.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 10 marzo 2016. Asunto C–94/14. Ponente: M. Ilešič.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Cooperación judicial en materia civil.– Proceso monitorio europeo.– Reglamento (CE) n° 1896/2006.– Arts. 17 y 20. – Obligaciones de un tribunal al que se somete la designación de un órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer del procedimiento contencioso a raíz de la oposición del demandado al requerimiento europeo de pago.– Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Crédito basado en el derecho a compensación en virtud del Reglamento (CE) n° 261/2004 por el retraso de un vuelo.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; art. 5 Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91; Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999.

[...]

71. Además, en la medida en que, tal como se desprende de los aps. 55 y 56 de la presente sentencia, una situación procesal como la del litigio principal no se rige por el Reglamento n° 1896/2006, sino por el Derecho nacional, las disposiciones de dicho Reglamento, incluido su art. 20, no pueden aplicarse, ni siquiera por analogía, a dicha situación (véase, en este sentido, la sentencia *eco cosmetics y Raiffeisenbank St. Georgen*, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, ap. 45).

72. Por otra parte, según el art. 18, ap. 1, del Reglamento n° 1896/2006, no puede conferirse fuerza ejecutiva a un requerimiento de pago contra el que el demandado ha formulado oposición en el plazo señalado al efecto. En consecuencia, un tribunal como el remitente puede deducir, de su constatación de la incompetencia, conforme al Reglamento n° 44/2001, de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago, las consecuencias previstas, para tal supuesto, por el Derecho procesal nacional.

73. Del conjunto de consideraciones anteriores resulta que procede responder a las cuestiones pre-judiciales planteadas que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal conoce de un procedimiento como el litigio principal, relativo a la designación de un órgano jurisdiccional territorialmente competente del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago y, en tales circunstancias, examina la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro para conocer del procedimiento contencioso relativo al crédito en el que tiene su origen dicho requerimiento de pago contra el que el demandado formuló oposición en el plazo señalado al efecto:

- al carecer el Reglamento n° 1896/2006 de indicaciones sobre las facultades y las obligaciones del referido tribunal, tales cuestiones de procedimiento se rigen, en aplicación del art. 26 del citado Reglamento, por el Derecho nacional de dicho Estado miembro;

- el Reglamento n° 44/2001 exige que la cuestión de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago se resuelva en aplicación de normas procesales que permitan garantizar el efecto útil de las disposiciones de dicho Reglamento y el derecho de defensa, con independencia de que quien se pronuncie sobre dicha cuestión sea el tribunal remitente u otro tribunal al que este último designe como órgano jurisdiccional territorial y materialmente competente para conocer –con arreglo al proceso civil ordinario– sobre un crédito como el controvertido en el litigio principal;

- en el caso de que un tribunal como el remitente se pronuncie sobre la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen del requerimiento europeo de pago y concluya, a la vista de los criterios establecidos por el Reglamento n° 44/2001, que existe tal competencia, este último Reglamento y el Reglamento n° 1896/2006 obligan a ese tribunal a interpretar el Derecho nacional en el sentido de que permite identificar o designar un tribunal territorial y materialmente competente para conocer de dicho procedimiento, y,

- en el caso de que un tribunal como el remitente concluya que no existe tal competencia internacional, no está obligado a revisar de oficio, por analogía con el art. 20 Reglamento n° 1896/2006, dicho requerimiento de pago.

[FLIGHT REFUND LTD Y DEUTSCHE LUFTHANSA AG]

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

RESOLUCIÓN PROCEDENTE DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE MARCAS

2016/92.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 16 julio 2015. Asunto C-681/13. Ponente: M. Berger.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.– Motivos de denegación.– Violación del orden público del Estado requerido.– Resolución procedente de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro contraria al Derecho de la Unión en materia de marcas.– Directiva 2004/48/CE.– Respeto de los derechos de propiedad intelectual.– Costas procesales.

Normas aplicadas: Art. 34, punto 1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 14 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

[...]

63. *Procede indicar sobre este particular que, como se ha recordado en el ap. 40 de la presente sentencia, el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento n° 44/2001 está basado en la confianza recíproca en la justicia dentro de la Unión. Esta confianza que los Estados miembros conceden mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales es la que permite considerar que, en caso de aplicación errónea del Derecho nacional o del Derecho de la Unión, el sistema de recursos establecido en cada Estado miembro, completado por el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, proporciona a los justiciables una garantía suficiente (véase el ap. 49 de la presente sentencia).*

64. *De ello se infiere que el Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se basa en la idea fundamental de que los justiciables están obligados, en principio, a utilizar todos los recursos que el Derecho del Estado miembro de origen les brinda. Como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, salvo que concurran circunstancias particulares que dificulten o imposibiliten el ejercicio de los recursos en el Estado miembro de origen, los justiciables deben utilizar en ese Estado miembro todos los recursos disponibles para impedir una violación del orden público en un nivel superior. Esta regla se justifica tanto más cuanto la presunta violación del orden público es consecuencia, como en el litigio principal, de la presunta infracción del Derecho de la Unión.*

65. *Por lo que respecta a las circunstancias alegadas por Diageo Brands en el litigio principal para justificar que no ejercitara los recursos que se le brindaban, procede señalar, en primer lugar, que de los autos se desprende que no cabe excluir que, en su resolución de 11 enero 2010, el Sofiyski gradski sad hubiese hecho una aplicación errónea de la resolución interpretativa adoptada el 15 junio 2009 por el Varhoven kasatsionen sad. Pues bien, si Diageo Brands hubiese recurrido esa resolución en apelación, el tribunal de apelación habría podido corregir tal error, de suponerlo cometido. En cualquier caso, dicho tribunal de apelación habría estado facultado, en caso de duda sobre la procedencia de la valoración jurídica efectuada por el Varhoven kasatsionen sad, para plantear al Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión afectado por esa valoración (véase, en este sentido, la sentencia Elchinov, C-173/09, ap. 27).*

66. *En segundo lugar, si se hubiese interpuesto después un recurso de casación ante el Varhoven kasatsionen sad, éste, en su condición de órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, en el sentido del art. 267.3° TFUE, habría*

estado, en principio, obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia, puesto que habrían surgido dudas en cuanto a la interpretación de la Directiva 89/104 (véase, en este sentido, la sentencia Köbler, C-224/01, ap. 35). Un incumplimiento injustificado de esta obligación por parte de aquel tribunal habría generado la responsabilidad de la República de Bulgaria, de conformidad con las reglas definidas al respecto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia Köbler, C-224/01, aps. 50 y 59).

67. En estas circunstancias, no parece que los órganos jurisdiccionales búlgaros hayan violado manifiestamente el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia ni que se haya privado a Diageo Brands de la protección que garantiza el sistema de recursos establecido en ese Estado miembro, tal como lo completa el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE.

68. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el art. 34, punto 1 Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una resolución dictada en un Estado miembro sea contraria al Derecho de la Unión no justifica que esa resolución no sea reconocida en otro Estado miembro alegando que viola el orden público de ese último Estado, puesto que el error de Derecho alegado no constituye una infracción manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, en el del Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en esos ordenamientos jurídicos. No es éste el caso de un error que afecte a la aplicación de una disposición como el art. 5, ap. 3, de la Directiva 89/104. [...]

77. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que el art. 14 Directiva 2004/48 pretende reforzar el nivel de protección de la propiedad intelectual, evitando que una parte perjudicada pueda verse disuadida de iniciar un procedimiento judicial para proteger sus derechos (véase la sentencia Realchemie Nederland, C-406/09, ap. 48).

78. Habida cuenta de este objetivo y de la formulación amplia y general del art. 14 Directiva 2004/48, que se refiere a la “parte vencedora” y a la “parte perdedora”, sin precisar ni fijar limitaciones acerca de la naturaleza del procedimiento al que debe aplicarse la norma que establece, ha de considerarse que esta disposición es aplicable a los gastos judiciales soportados en cualquier procedimiento comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

79. A este respecto, el hecho de que, en el litigio principal, la apreciación de la justificabilidad o no del embargo controvertido plantee la cuestión del eventual reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro es irrelevante. Tal cuestión reviste, en efecto, carácter accesorio y no modifica el objeto del litigio.

80. A la vista de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 14 Directiva 2004/48 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a los gastos judiciales en que hayan podido incurrir las partes en el marco de una acción indemnizatoria, ejercitada en un Estado miembro, para reparar el perjuicio causado por un embargo efectuado en otro Estado miembro que hubiese tenido por objeto prevenir una infracción de un derecho de propiedad intelectual, cuando se suscite la cuestión, en el marco de esa acción indemnizatoria, del reconocimiento de una resolución dictada en ese otro Estado miembro que declara la injustificabilidad de tal embargo.

[DIAGEO BRANDS BV Y SIMIRAMIDA—04 EOOD]

RESOLUCIÓN SOBRE EL DERECHO DE VISITA ACOMPAÑADA DE UNA MULTA COERCITIVA

2016/93.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 9 septiembre 2015. Asunto C-4/14.
Ponente: M. Berger.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001: Arts. 1, ap. 2, y 49.– Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Materias excluidas.– Derecho de familia.– Reglamento (CE) n° 2201/2003: Art. 47, ap. 1 – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental.– Resolución sobre el derecho de visita acompañada de una multa coercitiva. – Ejecución de la multa coercitiva.

Normas aplicadas: Arts. 1, ap. 2, y 49 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 47, ap. 1 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

[...]

35. *En el presente asunto, se desprende del art. 1385 bis code judiciaire, sobre cuya base el juez del Estado de origen impuso la multa coercitiva controvertida en el litigio principal, que esta medida se analiza como la condena, a solicitud de una de las partes, a la otra parte, a pagar una cantidad de dinero en el supuesto de que ésta no respetara la obligación principal que le incumbe. De ello resulta que la multa coercitiva tiene un carácter accesorio respecto a dicha obligación principal.*

36. *Además, se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia que la multa coercitiva controvertida en el asunto principal pretende garantizar la efectividad de un derecho de visita reconocido, en la misma resolución, por el juez del Estado de origen. Dicha multa coercitiva pretende, en efecto, ejercer presión económica sobre la persona que tiene la custodia del niño para que coopere en la aplicación de dicho derecho de visita.*

37. *Ahora bien, el art. 1, ap. 2, letra a), del Reglamento n° 44/2001 excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento el estado de las personas físicas, concepto que incluye el ejercicio de la responsabilidad parental sobre un hijo.*

38. *Debido a esta exclusión y para subsanar esa laguna se adoptaron sucesivamente los Reglamentos nos 1347/2000 y 2201/2003, cuyos respectivos ámbitos de aplicación incluyen, en particular, las cuestiones de responsabilidad parental. Entre dichas cuestiones figuran, entre otras, como precisa el art. 1, ap. 2, letra a), del Reglamento n° 2201/2003, el derecho de custodia y el derecho de visita.*

39. *En estas circunstancias, procede declarar que la multa coercitiva cuya ejecución se solicita en el asunto principal es una medida accesoria que pretende garantizar la salvaguarda de un derecho que no forma parte del ámbito de aplicación del Reglamento n° 44/2001, sino del relativo al Reglamento n° 2201/2003.*

40. *Por ello, procede responder a la primera cuestión que el art. 1 del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que ese Reglamento no se aplica a la ejecución en un Estado miembro de una multa coercitiva fijada en una resolución, dictada en otro Estado miembro, relativa al derecho de custodia y al derecho de visita para garantizar el respeto de dicho derecho de visita por parte del titular del derecho de custodia.*

[...]

47. *Como se ha destacado en el ap. 35 de la presente sentencia, la multa coercitiva controvertida en el litigio principal tiene carácter accesorio con respecto a la obligación principal que garantiza, es decir, la obligación del padre al que se ha otorgado la custodia, de cooperar en la aplicación del derecho de visita conforme a las reglas establecidas por el juez del Estado de origen, competente para conocer sobre el fondo.*

48. *La ejecución de esta multa coercitiva está, por tanto, directamente vinculada a la existencia tanto de dicha obligación principal como al incumplimiento de ésta.*

49. *Habida cuenta de dicho vínculo, la multa coercitiva impuesta en una resolución relativa al derecho de visita no puede considerarse de forma aislada como una obligación autónoma, sino que debe ser considerada de manera indisoluble del derecho de visita cuya salvaguarda garantiza.*

50. Por ello, el cobro de dicha multa debe regirse por el mismo régimen de ejecución que el derecho de visita que debe garantizar, es decir, por las reglas establecidas en los arts. 28, ap. 1, y 41, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003.

51. Desvincular el régimen de ejecución de la multa coercitiva del aplicable al derecho de visita para hacerlo depender, como han sugerido los Gobiernos finlandés y lituano, del propio procedimiento ejecutivo, el cual, según el art. 47, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003, se determina por el Derecho nacional del Estado miembro de ejecución, equivaldría a permitir al juez de ese Estado verificar por sí mismo la existencia de un incumplimiento del derecho de visita.

52. Ahora bien, dicho control, que sería efectuado conforme a las reglas del Estado de ejecución e implicaría una apreciación, por el juez de dicho Estado, de las circunstancias de cada caso concreto, iría contra la voluntad del legislador de la Unión de establecer, para las resoluciones dictadas en este ámbito, un régimen de ejecución uniforme y menos estricto, que prohíbe cualquier injerencia del juez de ejecución en el fondo y se basa en la confianza en el juez del Estado de origen como juez considerado competente para adoptar la resolución relativa al derecho de visita.

53. En esas circunstancias, procede responder a la tercera cuestión que el cobro de una multa coercitiva impuesta por el juez del Estado miembro de origen que resolvió sobre el fondo en lo relativo al derecho de visita para garantizar la efectividad de este derecho forma parte del mismo régimen de ejecución que la resolución sobre el derecho de visita que garantiza dicha multa coercitiva y que ésta debe, por ello, declararse ejecutiva conforme a las reglas establecidas por el Reglamento nº 2201/2003.

[...]

58. Como se ha recordado en el ap. 40 de la presente sentencia, la importancia de este derecho, esencial para proteger el derecho del niño, recogido en el art. 24, ap. 3, de la Carta, a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, llevó al legislador de la Unión a establecer un régimen específico para facilitar la ejecución de las resoluciones relativas al mismo. Este régimen se basa en el principio de la confianza mutua entre los Estados miembros en cuanto al hecho de que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta (sentencia Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, ap. 70), y excluye cualquier forma de revisión de la resolución dictada por el juez del Estado de origen.

59. En el supuesto de que el titular del derecho de visita reconocido en un Estado miembro, amparándose en el no respeto de dicho derecho, solicite la ejecución, en otro Estado miembro, de una multa coercitiva cuya cuantía definitiva no ha sido fijada por el juez del Estado de origen, sería contrario al sistema establecido por el Reglamento nº 2201/2003 permitir al juez del Estado de ejecución intervenir en la fijación de la cuantía final que debe ser pagada por la persona que, teniendo la custodia del niño, debía colaborar en la aplicación del derecho de visita. En efecto, dicha fijación implica un control de los incumplimientos alegados por el titular del derecho de visita. Dicho control, de capital importancia para el interés superior del niño, no implica únicamente la confirmación del número de visitas impedidas, sino también el examen de las razones que dieron lugar a dichos incumplimientos. Ahora bien, únicamente el juez del Estado de origen, como juez competente para resolver sobre el fondo, puede llevar a cabo apreciaciones de esta naturaleza.

60. Por ello, en ese supuesto, corresponde al beneficiario de la multa coercitiva agotar las vías procesales abiertas en el Estado miembro de origen para obtener un título ejecutivo que fije la cuantía definitiva de la multa coercitiva.

61. Se desprende de estas consideraciones que procede responder a la cuarta cuestión que, en el marco del Reglamento nº 2201/2003, las resoluciones extranjeras que condenaran al pago de multas coercitivas únicamente pueden ejecutarse en el Estado miembro requerido cuando su cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado miembro de origen.

[CHRISTOPHE BOHEZ E INGRID WIERTZ]

**RECONOCIMIENTO DE DIVORCIO PRIVADO DICTADO EN UN
TERCER ESTADO Y REGLAMENTO ROMA III**

2016/94.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Auto de 12 mayo 2016. Asunto C-281/15. Ponente: R. Silva de Lapuerta.

Cooperación judicial en materia civil. – Art. 53, ap. 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.– Reglamento (UE) n° 1259/2010.– Ámbito de aplicación.– Reconocimiento de una resolución de divorcio privado dictada por un tribunal religioso en un Estado tercero.– Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia.

Normas aplicadas: Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

[...]

30. *En el presente caso, la resolución de remisión no contiene ningún elemento que permita acreditar la competencia del Tribunal de Justicia conforme a la jurisprudencia enunciada en los aps. 25 a 27 del presente auto, por cuanto el órgano jurisdiccional remitente se sitúa en el supuesto de la aplicabilidad del Reglamento n° 1259/2010 a los hechos del litigio principal y se limita a afirmar que el “Presidente del Oberlandesgericht München [Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich] declaró que la posibilidad de reconocer la resolución objeto del procedimiento se basa en el Reglamento [n° 1259/2010], ya que éste también se aplica a los denominados divorcios privados”.*

31. *El órgano jurisdiccional remitente no proporciona ninguna otra indicación para acreditar la aplicabilidad del Reglamento n° 1259/2010 o de otras disposiciones del Derecho de la Unión a los hechos del litigio principal.*

32. *No obstante, es preciso señalar que el órgano jurisdiccional remitente conserva la facultad de plantear una nueva petición de decisión prejudicial cuando pueda ofrecer al Tribunal de Justicia todos los elementos que le permitan a éste pronunciarse (véanse, en este sentido, los autos de 14 marzo 2013, EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais, C-240/12, ap. 22; de 18 abril 2013, Adiamix, C-368/12, ap. 35, y de 5 noviembre 2014, Hunland-Trade, C-356/14, ap. 24).*

33. *En estas circunstancias, procede estimar, sobre la base del art. 53, ap. 2, del Reglamento de Procedimiento, que el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht München (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich).*

[SOHA SAHYOUNI Y RAJA MAMISCH]

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

2016/95.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 25 mayo 2016. Asunto C-559/14. Ponente: R. Silva de Lapuerta.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Reconocimiento y ejecución de medidas provisionales y cautelares.– Concepto de “orden público.”

Normas aplicadas: Art. 34, punto 1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

49. De la resolución de remisión se desprende que, en el litigio principal, el auto controvertido no despliega efectos jurídicos frente a terceros antes de que les haya sido comunicado, y que incumbe a las partes demandantes que deseen invocarlo velar por que el referido auto sea debidamente notificado a los terceros afectados y probar que la notificación se llevó efectivamente a cabo. Además, cuando este mismo auto se notifica a un tercero que no fue parte en el procedimiento ante el tribunal del Estado de origen, éste puede interponer ante el referido tribunal un recurso contra dicho auto y solicitar que sea modificado o anulado.

50. Este régimen de protección jurisdiccional refleja los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 2 abril 2009, Gambazzi (C-394/07, aps. 42 y 44), en lo relativo a las garantías procesales que aseguran a todos los terceros afectados que dispondrán de una posibilidad efectiva de impugnar la medida adoptada por el tribunal del Estado de origen. De ello se deduce que no cabe considerar que el referido régimen pueda infringir el art. 47 de la Carta.

51. Procede recordar igualmente que el Tribunal de Justicia declaró, en su sentencia de 23 abril 2009, Draka NK Cables y otros (C-167/08, ap. 31), que uno de los acreedores de un deudor no puede interponer un recurso contra una resolución relativa a una solicitud de ejecución si no ha intervenido formalmente como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor haya solicitado tal ejecución.

52. En efecto, si el tribunal del Estado miembro requerido dispusiera de la posibilidad de apreciar la existencia de los eventuales derechos que un tercero que no fue parte en el procedimiento incoado ante el tribunal del Estado de origen invoca para oponerse al reconocimiento y a la ejecución de la resolución extranjera, aquel tribunal podría verse impulsado a examinar la fundamentación de esa resolución.

53. De ello se desprende que la alegación formulada por el Sr. Meroni ante el órgano jurisdiccional remitente podría impulsar a este último a efectuar un examen manifiestamente contrario a los arts. 36 y 45, ap. 2, del Reglamento nº 44/2001, según los cuales la resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

54. Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 34, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse, a la luz del art. 47 de la Carta, en el sentido de que, en unas circunstancias como las examinadas en el litigio principal, no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones, el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional.

[RÜDOLFS MERONI Y RECOLETOS LIMITED]

DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO POR FALTA DE ENTREGA AL DEMANDADO DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO

2016/96.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-70/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Reconocimiento de resoluciones extranjeras.— Reglamento (CE) nº 44/2001: art. 34, punto 2.— Motivos de denegación del reconocimiento.— Demandado que no comparece.— No entrega al demandado rebelde de la cédula de emplazamiento con tiempo suficiente.— Concepto de “recurso”.— Demanda tendente a la exención de la preclusión.— Reglamento (CE) nº 1393/2007: art. 19, ap. 4.— Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.— Plazo de admisibilidad de la demanda tendente a la exención de la preclusión.

Normas aplicadas: Art. 34.2º Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 19.4º Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[...]

42. *Procede precisar, más concretamente, que la demanda tendente a la exención de la preclusión tiene por objeto restablecer al demandado rebelde en su derecho a ejercitar una acción judicial una vez expirado el plazo legalmente previsto para ello.*

43. *Así pues, al igual que la facultad brindada de interponer un recurso ordinario, dicha demanda trata de garantizar el respeto efectivo, con respecto a demandados rebeldes, del derecho de defensa.*

44. *No obstante, de conformidad con el art. 19, ap. 4, del Reglamento nº 1393/2007, la presentación de una demanda tendente a la exención de la preclusión presupone que el demandado, sin mediar culpa de su parte, no haya tenido conocimiento en tiempo oportuno de la resolución para interponer recurso y que sus alegaciones aparezcan provistas, en principio, de algún fundamento. Además, dicha demanda debe formularse dentro de un plazo razonable.*

45. *Dado que se reúnen las condiciones establecidas en este sentido en el art. 19, ap. 4, del Reglamento nº 1393/2007 al tener todavía el demandado la posibilidad de solicitar que se restablezca su derecho a interponer un recurso ordinario, no cabe considerar que ya no pueda ejercitar de manera efectiva el derecho de defensa. En estas circunstancias, la presentación de una demanda tendente a la exención de la preclusión no puede considerarse una nueva actuación que vaya más allá de la diligencia normal en la defensa de los derechos del demandado rebelde.*

46. *Si éste no alegó su derecho a solicitar la exención de la preclusión cuando pudo hacerlo, dado que se reunían las condiciones mencionadas en el ap. 44 de la presente sentencia, no cabe denegar el reconocimiento de una sentencia dictada contra él en rebeldía sobre la base del art. 34, punto 2 RB I.*

47. *En cambio, no debe reconocerse una sentencia dictada en rebeldía si el demandado, sin mediar culpa de su parte, presentó una demanda tendente a la exención de la preclusión, que fue posteriormente desestimada, cuando se reunían las condiciones establecidas en el art. 19, ap. 4 Reglamento nº 1393/2007.*

48. *Esta solución puede garantizar el respeto del derecho a un proceso equitativo y el justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de que, en principio, se reconozcan y se otorgue la ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro, y, por otra parte, el respeto del derecho de defensa.*

49. *Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de "[recurso]" que figura en el art. 34, punto 2, del RB I debe interpretarse en el sentido de que también incluye la demanda tendente a la exención de la preclusión cuando haya expirado el plazo para interponer un recurso ordinario.*

[...]

57. *Por consiguiente, sería contrario al principio de seguridad jurídica y a la obligatoriedad atribuida a los Reglamentos de la Unión interpretar el art. 19, ap. 4, del Reglamento nº 1393/2007 en el sentido de que una demanda tendente a la exención de la preclusión pueda presentarse aún en el plazo establecido por el Derecho nacional, cuando ya no es admisible en virtud de una disposición obligatoria y directamente aplicable de dicho Reglamento.*

58. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 19, ap. 4, último párrafo, del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que excluye la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional relativas al régimen de las demandas tendentes a la exención de la preclusión si ha expirado el plazo de admisión de tales*

demandas, tal como se determina en la comunicación de un Estado miembro a la que se refiere dicha disposición. [...]

[EMMANUEL LEBEK Y JANUSZ DOMINO]

RESPONSABILIDAD

ACCIDENTE AÉREO. RESPONSABILIDAD

2016/97.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 9 septiembre 2015. Asunto C-240/14. Ponente: S. Rodin.

Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.– Acción de indemnización.– Convenio de Montreal.– Reglamento (CE) n° 2027/97.– Vuelo realizado con carácter gratuito por el propietario de un inmueble con objeto de mostrar dicho inmueble a un posible comprador.– Reglamento (CE) n° 864/2007.– Acción directa prevista por el Derecho nacional contra el asegurador de responsabilidad civil.

Normas aplicadas: Arts. 1, ap. 1, 17, 29 y 33 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999; art. 2, ap. 1, letras a) y c) Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo, de 9 octubre 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje; art. 3, letras c) y g) Reglamento (CE) n° 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos; art. 67 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 18 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; art. 7, ap. 1, letra f), de la Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 junio 1988, Segunda Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.

[...]

34. Por consiguiente, el Convenio de Montreal, que únicamente es aplicable a los vuelos en el interior de un único Estado miembro con el requisito de que estos estén comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 2027/97, no es aplicable al asunto principal.

35. De todo lo anterior resulta que el art. 2, ap. 1, letras a) y c), del Reglamento n° 2027/97 y el art. 1, ap. 1, del Convenio de Montreal deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que se examine a la luz del art. 17 de dicho Convenio la acción de indemnización ejercitada por una persona que era ocupante de una aeronave que debía despegar y aterrizar en un mismo lugar situado en un Estado miembro, y a quien se transportaba gratuitamente para un vuelo de observación aérea de una finca sobre la que se pretendía celebrar una transacción inmobiliaria con el piloto de dicha aeronave, y que sufrió lesiones corporales al estrellarse la citada aeronave. [...]

40. Como señaló el Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, el art. 18 del Reglamento n° 864/2007 no constituye una norma de conflicto de leyes relativa al Derecho material aplicable a la determinación de la obligación que incumbe al asegurador o a la persona asegurada en virtud de un contrato de seguro.

41. Dicho artículo se limita a permitir el ejercicio de una acción directa en caso de que una de las leyes que enumera autorice tal posibilidad.

42. Ahora bien, el derecho de la persona perjudicada a ejercitar una acción directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento carece de incidencia sobre las obligaciones contractuales de las partes del contrato de seguro de que se trate. Del mismo modo, la elección, realizada por dichas partes, de la ley aplicable a ese contrato, tampoco tiene incidencia sobre el derecho de esa persona perjudicada a ejercitar una acción directa en virtud de la ley aplicable a la obligación extracontractual.

43. Por consiguiente, a efectos de determinar si, en el presente caso, la Sra. Prüller-Frey puede ejercitar una acción directamente contra Axa, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si la ley aplicable a la obligación extracontractual de que se trata en el litigio principal, determinada de conformidad con el art. 4 del Reglamento nº 864/2007, o la ley aplicable al contrato de seguro celebrado entre Axa y el Sr. Brodnig, permite que se ejercite tal acción.

44. A este respecto, la ley aplicable al contrato de seguro de que se trata no puede obstaculizar que se ejercite una acción directa, en su caso, sobre la base de la ley aplicable a la obligación extracontractual.

45. De todo lo anterior resulta que debe interpretarse el art. 18 del Reglamento nº 864/2007 en el sentido de que permite, en una situación como la que es objeto del litigio principal, que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento, cuanto tal acción está prevista por la ley aplicable a la obligación extracontractual, con independencia de lo que establezca la ley aplicable al contrato de seguro elegida por las partes de dicho contrato.

[ELEONORE PRÜLLER-FREY Y NORBERT BRODNIG, AXA VERSICHERUNG AG]

LEY APLICABLE A LOS DAÑOS SUFRIDOS PERSONALMENTE POR UN FAMILIAR DE UNA PERSONA FALLECIDA EN ACCIDENTE DE TRÁFICO

Javier MASEDA RODRÍGUEZ *

1. En un contexto de escasas resoluciones relativas al Reglamento Roma II, el *Tribunale civile di Trieste*, órgano jurisdiccional remitente, presenta ante el TJ una cuestión prejudicial relativa al art. 4.1º de este instrumento: pregunta, básicamente, si, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de un accidente de tráfico, el art. 4.1º RR II debe interpretarse en el sentido de que los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de ese tipo ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de la víctima que tienen su domicilio en otro Estado miembro deben calificarse como “...daño(s)...” o como “...consecuencias indirectas...” de ese accidente. La cuestión prejudicial se planteó al hilo de una demanda presentada por el Sr. Lazar, nacional rumano residente en Rumanía, en la que reclama indemnización por daños patrimoniales y no patrimoniales supuestamente sufridos *iure proprio* a raíz de un accidente de circulación ocurrido en Italia y causado por un vehículo no identificado en el que falleció su hija, una ciudadana rumana residente en este país. En tal sentido, demandó a la compañía aseguradora Allianz S.p.A. (art. 283.1º *Codice delle assicurazioni private*), como compañía designada por el *Fondo di garanzia per le vittime della strada*, organismo responsable de la indemnización de los daños causados por la circulación de vehículos no identificados, interviniendo asimismo la madre y la abuela de la víctima, igualmente ciudadanas rumanas residentes en Italia, que también solicitaron indemniza-

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

ción de los daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos *iure proprio* por el fallecimiento de la víctima. De la interpretación del art. 4.1º RR II dependía la aplicación del Derecho italiano o del Derecho rumano.

2. Antes de nada, una consideración previa: un órgano jurisdiccional español no habría actuado del mismo modo que el Tribunal de Trieste. Desde 1987, España es parte del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable a accidentes de circulación por carretera, de modo que hubiera estado obligado a considerar la aplicación preferente de este Convenio y no del art. 4.1º RR II ya que este último "... no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros (...) y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales..." (art. 28.1º RR II). Téngase en cuenta, no obstante, que el art. 2.6 CH 1971 excluye de su ámbito de aplicación las reclamaciones frente a los "... Fondos públicos de garantía automovilística..." al caracterizarlas como una materia de Derecho público, por tanto, no civil (entendiendo que el carácter público del organismo no es incompatible con su sometimiento a un régimen jurídico privado, P. Jiménez Blanco, "El régimen de las acciones directas en el Reglamento de Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 287–313, esp. p. 291). Siendo esto así, al excluir los accidentes de circulación producidos por un vehículo que no ha sido identificado y a pesar de la preferencia del CH 1971, un órgano jurisdiccional español también hubiera aplicado el Reglamento Roma II y, con ello, el art. 4.1º RR II, al no existir realmente ningún problema de compatibilidad entre regímenes (así, P. Jiménez Blanco, "Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas", *La Ley: Unión Europea*, nº 35, 2016, pp. 1–13, esp. par. II.3 y 4, y referencias allí citadas). Respecto de acciones incluidas, por el contrario, el art. 28 II RR II impondría a un órgano jurisdiccional español, a diferencia del Tribunal de Trieste, la aplicación preferente del CH 1971. Lo que sucede en relación a los daños derivados de accidentes de circulación (o en materia de responsabilidad por productos defectuosos a partir del régimen del Convenio de La Haya el 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos), no es sino muestra de los problemas que genera la aplicación de este art. 28 RR II respecto del objetivo del legislador europeo de unificar *ex* RR II las respuestas de ley aplicable en materia de obligaciones no contractuales. La aplicación preferente, salvo denuncia (art. 29 RR II), de los Convenios específicos con terceros Estados quiebra la unificación conflictual y uniformidad de respuestas que persigue el RR II, más todavía cuando no todos los Estados miembros son parte de todos estos Convenios específicos, o, aunque lo fueren, no todas las acciones relativas a materias reguladas por Convenios específicos se hallan incluidas dentro de su ámbito de aplicación material. A nuestro entender, la (buena) idea de preservar los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros (Considerando nº 36 Reglamento Roma II), no compensa que no todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen las mismas normas de conflicto a la hora de identificar la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, esto es, no justifica el *forum shopping*.

En fin, al margen de lo expuesto, y lógicamente, la interpretación uniforme que de este precepto hace el TJ en esta sentencia resulta útil también en aquellos otros supuestos en los que sea necesario identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual con base en el art. 4 Roma II respecto de otras materias distintas a la que genera la cuestión prejudicial.

3. Califica el Tribunal de Justicia (FFDD 21 y 30) este tipo de perjuicios, ya en consideración con el caso que nos ocupa, como *consecuencias indirectas* de un accidente de tráfico, lo que supone su irrelevancia a la hora de concretar el *locus damni* como punto de conexión determinante de la ley aplicable del art. 4.1º RR II. El daño a considerar a la hora de identificar el lugar en el que dicho daño se produce es el *daño directo* (FD 23; Considerando nº 16 Reglamento Roma II; Propuesta Reglamento Roma II, COM (2003) 427 final, p. 12), entendido como aquel perjuicio físico o inmaterial que afecta de modo inmediato a una persona, derecho o bien. En términos de ley aplicable, el art. 4.1º RR II opta por la ley del país en el que se produce este *daño*, descartando, a diferencia del art. 7.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12

diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil regulador de la competencia judicial internacional en esta materia, el país en el que ocurre el hecho generador del daño, así como el país o países en los que se sufren las *consecuencias indirectas* de tal hecho. En caso de un accidente de circulación, el daño directo viene conformado por las heridas que provocaron el fallecimiento de la hija del Sr. Lazar, producidas, según consta, en Italia, y no los daños morales o patrimoniales sufridos por los parientes próximos a la víctima, ocurridos en Rumanía, que sólo pueden ser calificados como consecuencias indirectas del accidente que fundamenta el litigio principal (FD 25; J. von Hein, “Article 4 and Traffic Accidents”, en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to non-contractual obligations* (J. Ahern y W. Blinchy, eds.), Nijhoff, 2009, pp. 153–173, esp. p. 159). Así lo estima el legislador europeo en el cdo. nº 17 RR II cuando considera que, en caso de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño directo se corresponde con aquel lugar donde se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad; también, el Informe relativo a la Propuesta Reglamento Roma II (*loc. cit.*, p. 12), cuando entiende, precisamente en relación con los accidentes de circulación, que “...el lugar del daño directo es el de la colisión, independientemente de los posibles perjuicios financieros o morales que se produzcan en otro país...”. En consecuencia, la ley que rige las obligaciones extracontractuales derivadas de la reclamación de los familiares de la víctima del accidente de circulación no es la ley rumana, al ser Rumanía el lugar del *daño indirecto*, sino la ley italiana, al ser éste el territorio del Estado donde tuvo lugar la colisión mortal (de otra opinión, el Gobierno austriaco, que no califica necesariamente este tipo de daños como consecuencias indirectas al entender que la demanda de los familiares se fundamenta en una obligación distinta de la existente entre la parte contraria y la persona que murió en el accidente, lo que llevaría a la aplicación del Derecho rumano, y no, como aquí se sostiene, del italiano).

4. Ahora bien, la ley material aplicable, identificada a partir del art. 4.1º RR II, puede alcanzar no sólo los perjuicios sufridos en el territorio del Estado donde se produce el daño directo, sino también la totalidad de los daños, incluidos los daños indirectos, derivados o por repercusión (FJ Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, nº 6811, sección doctrina, 31 octubre 2007, ref. D–232, pp. 1–41, esp. par. 36): a la ley aplicable identificada a partir del *locus* del daño directo corresponde la tarea de determinar quiénes son las personas que pueden alegar el daño sufrido (art. 15.f RR II), esto es, si los familiares próximos de la víctima pueden alegar los daños sufridos por ellos a raíz del accidente de la víctima; o, lo que es lo mismo, si una persona distinta de la *víctima directa* puede obtener indemnización del daño moral (por ejemplo: aflicción causada por la muerte de un pariente) o económico (*v.gr.*, el causado a los hijos o al cónyuge de un difunto) que se le ha causado “...de rebote...”, a raíz del daño sufrido por la persona lesionada (Comisión Europea en relación con el art. 11.g Propuesta de Reglamento Roma II, *loc. cit.*, actual art. 15.f RR II). La víctima indirecta, en tanto que persona que sufre un daño que es consecuencia del daño directamente padecido por otra persona, sólo puede reclamar con base en la ley designada a partir del daño directo sufrido por la víctima directa, esto es, no puede reclamar con base en la aplicación de la ley del Estado donde la víctima indirecta entiende haber sufrido un daño derivado del daño directamente padecido por otra persona. Debe distinguirse así entre el daño con relevancia conflictual (daño directo como determinante de la ley aplicable) y daños con relevancia material, esto es, los daños que, de acuerdo con la *lex causae* determinada *ex* daño directo, sean indemnizables (del mismo modo, el hecho de que los daños indirectos no puedan invocarse para abrir un foro de competencia *ex* art. 7.21º Reglamento (UE) nº 1215/2012, no implica que estos daños no puedan reclamarse, sino que se hará, según disponga la ley aplicable, en el lugar donde se sufrieron los perjuicios directos; así, FJ Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 2ª Cizur Menor, Civitas, Thomson–Reuters, 2014, pp. 122 y 422).

5. Varias son las bondades de esta interpretación del art. 4.1º RR II. Por un lado, reduce la fragmentación de la ley aplicable: el daño indemnizable no se descompone en una multiplicidad de partes sujetas a una ley diferente en función de los lugares (residencia habitual) en los que las personas distintas de la víctima directa sufran daños (FD 29; Cdo. nº 16 RR II). Por otro, y en tanto todos los daños alegados proceden de un mismo origen, además de simplicidad y objetividad a la solución, aporta previsibilidad: la persona cuya responsabilidad se alega no está en condiciones de prever de manera razonable la aplicación de la ley del país donde el sujeto sufre un daño indirecto o donde lo sufren víctimas indirectas, mientras que sí lo está respecto de las consecuencias en otros países de su comportamiento o de los comportamientos de las personas de las que debe responder, al igual que la víctima es en principio consciente del marco normativo al que ella o sus bienes quedan expuestos (J. von Hein, “Art. 4”, en G.P. Calliess (ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Kluwer Law International, 2011, p. 402). Finalmente, refuerza la neutralidad del art. 4 RR II (ausente, en cambio, en otros preceptos como el art. 6 RR II: actos que restringen la competencia; o art. 7 RR II: daño medioambiental): no se respetaría si los perjuicios patrimoniales para los causahabientes de una persona fallecida en un accidente de tráfico siempre se localizaran en el lugar de residencia de la víctima correspondiente; y también la idea de proximidad que fundamenta el precepto: si bien no hay duda de que el lugar del accidente presenta vínculos incuestionables con los elementos constitutivos de la responsabilidad, no puede decirse lo mismo respecto del domicilio de la víctima indirecta (aps. 76 y 77 Conclusiones Abogado General; por analogía, ap. 21 STJ 11 enero 1990, *Dumez*).

6. Aunque los principios que conforman la base con la que enfrentar la selección de la ley aplicable en materia de obligaciones no contractuales no tienen por qué ser necesariamente los mismos que están detrás de las reglas de competencia judicial internacional en la materia, la interpretación del alcance del art. 4.1º RR II debe adecuarse a las líneas básicas de las respuestas del TJ relativas a la interpretación del art. 7.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 (anterior art. 5.3º CB 1968/RB I) regulador de la competencia judicial internacional en este ámbito: primero, porque ambos instrumentos persiguen el objetivo de la previsibilidad y seguridad jurídica de las soluciones que se adopten; y, segundo, por la intención del legislador europeo de conformar un todo unitario y coherente en términos de competencia judicial internacional y ley aplicable también en materia de obligaciones no contractuales (cdo. nº 7 RR II). Y así sucede a partir de la fundamentación del art. 7.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 en función sólo de los daños directos. Lo vemos en los aps. 14 y 15 STJ 19 septiembre 1995: *Marinari*; ap. 20 STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*; o STJ de 28 enero 2015: *Kolasa*, que no consideran *lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso* el “...lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro...”; o también, especialmente, en aps. 13 y 14 STJCE 11 enero 1990, *Dumez*, al entender que los daños alegados por las sociedades matrices eran la consecuencia indirecta de las pérdidas económicas sufridas en un primer momento por sus filiales debido a la revocación de los créditos y posterior paro de las obras (en la práctica interna, en el mismo sentido, *vid.* Ord. Corte Cass. italiana de 27 diciembre 2011, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2012, p. 939; más dudoso, en cambio, Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 5 julio 2013, AC 2013\1535, interpretando muy ampliamente el foro no contractual del anterior art. 22.3º LOPJ/1985 en materia de competencia desleal, extendiéndolo a efectos alejados del hecho ilícito; sobre esta sentencia, R. Arenas García, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del imperialismo jurisdiccional”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1001–1009, esp. pp. 1005–1006, que habla de imperialismo jurisdiccional). Y también respecto de las víctimas indirectas: abrir el art. 7.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 a estas víctimas, además de generar un *forum actoris* al permitirles demandar ante los Tribunales de su domicilio, pone en riesgo no sólo la idea de proximidad que debe presidir este foro al no existir necesariamente vínculos objetivos con el Estado del domicilio de la víctima indirecta, también el carácter previsible de la respuesta que ofrece esta norma (ap. 21 STJ 11 enero 1990, *Dumez*; o STJ 27 octubre 1998, *Réunion européenne*).

2016/98.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 10 diciembre 2015. Asunto C-350/14.
Ponente: M. Safjan.

Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n° 864/2007 – Art. 4, ap. 1 – Conceptos de “país en el que se produce el daño”, “daños” y “consecuencias indirectas del hecho dañoso”– Daños sufridos personalmente por un familiar de una persona fallecida en accidente de tráfico – Ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 4, ap. 1 Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

[...]

24. *En caso de lesiones personales o daño a la propiedad, el legislador de la Unión precisó, en el cdo. 17 RR II, que el país en el que se produce el daño directo es aquel en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad.*

25. *De ello se desprende que, cuando resulta posible identificar que se ha producido un daño directo, lo que sucede normalmente durante un accidente de tráfico, el lugar de dicho daño directo será el punto de conexión pertinente para la determinación de la ley aplicable, con independencia de las consecuencias indirectas de tal accidente. En el presente asunto, el citado daño está constituido por las heridas que provocaron la muerte de la hija del Sr. Lazar, daño que, según el órgano jurisdiccional remitente, se produjo en Italia. Los daños sufridos por los parientes próximos de ésta deben, por su parte, considerarse consecuencias indirectas del accidente de que se trata en el litigio principal, en el sentido del art. 4, ap. 1 RR II.*

26. *Dicha interpretación se ve confirmada por el art. 15, letra f), del citado Reglamento, que confía a la ley aplicable la tarea de determinar quiénes son las personas que pueden alegar el daño sufrido, extremo que cubre el supuesto, objeto del litigio principal, de daños sufridos por familiares próximos de la víctima.*

27. *En efecto, como expuso la Comisión Europea en relación con el art. 11, letra g), de su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) (COM(2003) 427 final), convertido en el art. 15, letra f) RR II, la ley designada determina también las personas que tienen derecho a que se les indemnice el daño que han sufrido personalmente. Según ella, ese concepto se refiere en particular a la cuestión de si una persona distinta de la “víctima directa” puede obtener indemnización del daño que se le ha causado “de reboque”, a raíz del daño sufrido por la persona lesionada. Este daño puede ser moral, por ejemplo, la aflicción causada por la muerte de un pariente, o económico, por ejemplo, el causado a los hijos o al cónyuge de un difunto.*

28. *Habida cuenta de esas circunstancias, procede en primer lugar determinar la ley aplicable a un hecho jurídico, para a continuación poder determinar, sobre la base de aquella, quiénes son las personas que han sufrido un daño que da lugar a indemnización.*

29. *De ese modo, la aplicación de la ley del lugar en que se ha producido el daño directo participa del objetivo, enunciado en el cdo. 16 RR II, dirigido a garantizar una previsibilidad de la ley aplicable, evitando el riesgo de que el citado daño indemnizable pueda descomponerse en varias partes sujetas a una ley diferente en función de los lugares en que las personas distintas de la víctima directa sufran daños.*

30. *De la totalidad de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 4, ap. 1 RR II debe interpretarse, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de un accidente de tráfico, en el sentido de que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en dicho accidente ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de ésta que residen en otro Estado*

miembro deben calificarse como “consecuencias indirectas” de ese accidente, en el sentido de dicha disposición.

[FLORIN LAZAR Y ALLIANZ SPA]

RESPONSABILIDAD POR COMENTARIOS DE TERCEROS PUBLICADOS EN PÁGINAS WEB

Josep Gunnar HORRACH ARMO *

1. En el caso *Magyar y Index.hu* contra Hungría, el TEDH analiza la responsabilidad de uno de los mayores portales web de Hungría (“Index.hu”), junto con la de un órgano encargado de la autorregulación de los proveedores de servicios de Internet (Magyar), a consecuencia de varios comentarios realizados por terceros en sus respectivos portales web. Estos comentarios criticaban el modelo de negocio utilizado por una empresa dedicada a la gestión online de propiedades inmobiliarias, titular de dos páginas web que proporcionaban servicios publicitarios durante un plazo de treinta días de forma gratuita, transcurrido el cual el servicio pasaba a ser de pago sin notificación expresa a los usuarios (si bien éstos, al registrarse en el sitio web, aceptaban automáticamente los términos y condiciones que permitían este cambio).

Tal web Magyar publicó un artículo de opinión, reproducido posteriormente por “Index.hu” en los mismos términos, en el que se recriminaba la actuación de la empresa inmobiliaria, tachándola de engañosa e inmoral. Los usuarios presuntamente afectados por aquellas prácticas no tardaron en mostrar su enfado a través de varios comentarios críticos. La empresa afectada demandó directamente a los portales web ante los tribunales húngaros, sin solicitar previamente la supresión de los comentarios, al entender que los comentarios eran falsos y dañaban su reputación. Los portales web fueron condenados en todas las instancias por los tribunales húngaros al ser considerados responsables de los comentarios publicados por terceros en sus páginas web. Ante ello, recurrieron ante el TEDH, al entender que, con la resolución de los tribunales húngaros, se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 10 CEDH. Tras una minuciosa ponderación de intereses, el TEDH entiende que, aplicando el régimen de responsabilidad previsto en la legislación húngara, se vulnera el art. 10 del CEDH relativo a la libertad de expresión.

2. En el asunto *Magyar* se utilizan varios principios generales con los que medir la responsabilidad de los portales web en relación con los comentarios publicados por terceros en sus páginas web. Cabe precisar desde este momento que nos referiremos indistintamente a prestadores de alojamiento y portales web, pues los principios establecidos, si bien son aplicables a los portales web, se pueden entender también referidos a los prestadores de alojamiento en general, siguiendo la denominación plasmada en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (DCE, en adelante). En este orden de cosas, los criterios analizados en la sentencia *Magyar* para medir la responsabilidad de los portales web son los mismos que se utilizaron en el caso *Delfi* (STEDH, Gran Sala, de 16 junio 2015). Estos son, en palabras del TEDH, “el contexto de los comentarios; en segundo lugar, las medidas aplicadas por la empresa demandante para prevenir o eliminar los comentarios difamatorios; en tercer lugar, la responsabilidad de los autores de los comentarios como alternativa a la responsabilidad de la empresa demandante y, en cuarto lugar, las consecuencias de los procedimientos internos para la empresa demandante” (Sentencia *Magyar*, cdo. nº 69 y Sentencia *Delfi* Gran Sala, cdo. nº 142). Estos criterios se establecieron con el fin de evaluar la responsabilidad de los portales web en caso de que estos últimos no eliminaran, sin demora

* Doctorando Facultad de Derecho. Universidad de las Illes Balears.

tras su publicación, los comentarios difamatorios que incitaran al odio o a la violencia (Sentencia *Magyar*, cdo. n^{os} 69 y 70).

En primer lugar, en relación con el contenido de los comentarios, el TEDH entiende que las expresiones utilizadas, aunque son ofensivas y vulgares, no son difamatorias; y ciertamente no suponen una incitación al odio o a la violencia. Los tres comentarios, recogidos en la sentencia, son los siguientes: “*They have talked about these two rubbish real estate websites a thousand times already*”; “*Is this not that Benkő-Sándor-sort-of sly, rubbish, mug company again? I ran into it two years ago, since then they have kept sending me emails about my overdue debts and this and that. I am above 100,000 Hungarian forints now. I have not paid and I am not going to. That’s it*”; “*People like this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers’ tombs until they drop dead*”. Estas expresiones, según el TEDH, “aunque pertenecen a un registro muy bajo, son comunes en la comunicación de muchos portales web, consideración que reduce el impacto que se puede atribuir a esas expresiones” (cdo. n^o 77). Por tanto, el contenido de los comentarios debe tener una lesividad no sólo potencial, sino efectiva sobre los derechos del perjudicado, si bien se tendrá que analizar en cada caso concreto el alcance y contenido de las expresiones difundidas. Asimismo, debe tenerse presente la importancia de analizar el contenido de los comentarios junto con su respectivo ámbito, pues de otra forma pueden malinterpretarse algunas expresiones que sólo tendrían cabida en un determinado marco referencial.

En segundo lugar, en atención a la responsabilidad de los concretos autores de los comentarios difamatorios, el TEDH, en la Sentencia *Delfi AS*, aclaró que, en los casos en que es difícil establecer la identidad de las personas a demandar, es desproporcionado imponer esa obligación a la persona lesionada (cdo. n^o 91). Además, añade que, en estos casos, “el Tribunal no está convencido de que las medidas que permitan a una parte lesionada presentar una demanda contra los autores de comentarios difamatorios [...] garantice una protección eficaz del derecho de la persona lesionada a la vida privada” (cdo. n^o 91). En definitiva, si bien es posible demandar a los concretos autores de los comentarios difamatorios, la dificultad para identificarlos conllevará que las personas perjudicadas reclamen directamente contra el prestador de alojamiento de los datos ilícitos (normalmente en una mejor situación económica que el difamador), sin que ello suponga una injerencia desproporcionada a la libertad de expresión (así se establece en el caso *Krone Verlags Gmbh and Co. Kg* contra Austria. STEDH 9 noviembre 2006, cdo. n^o 32).

En tercer lugar, en cuanto a las medidas de control establecidas por los portales web, de la jurisprudencia del TEDH se deriva la importancia de examinar si estos han retirado, sin demora tras su publicación, los comentarios difamatorios. Aquí adquiere especial relevancia, aunque no lo mencione expresamente el TEDH, el concepto de “conocimiento efectivo” que aparece en la DCE. Con carácter general, no cabe presumir que los titulares de los portales web tengan conocimiento efectivo sobre el contenido ilícito alojado en sus plataformas. Más bien al contrario, este conocimiento efectivo debe implicar la presencia de fuertes indicios que indiquen a los portales web, actuando con una diligencia adecuada, la existencia de esos comentarios ilícitos. Por tanto, no es razonable llevar a cabo una moderación previa de cada uno de los comentarios publicados, pues en ese caso estaríamos ante un régimen de censura previa incompatible con la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Así lo indica el TEDH al determinar que la responsabilidad en estos casos de los portales web “puede tener consecuencias negativas previsibles sobre el entorno del portal de Internet, por ejemplo, impulsándolo a cerrar el espacio dedicado a comentarios [...], teniendo estas consecuencias, directa o indirectamente, un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión en Internet” (Sentencia *Magyar*, cdo. n^o 86).

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, el TEDH, en el caso *Magyar* –siguiendo la línea de la sentencia *Delfi* (Gran Sala)– remarca que “cuando los comentarios se hagan en forma de amenazas directas a la integridad física y se recojan expresiones de incitación al odio hacia otros individuos [...] se impone la responsabilidad sobre los portales de Internet si fallaron sus medidas para eliminar los comentarios claramente ilícitos sin dilación, incluso sin la alegación previa de la víctima o de terceras personas” (Sentencia *Delfi*, Gran Sala, cdo. n^o 159 y *Magyar*, n^o 91). Sin embargo, aunque parece deducirse lo contrario, en estos casos no se atribuye a los portales web una presunción absoluta de “conocimiento efectivo” del contenido difamatorio, sino que se les impone un esfuerzo “extra” para detectar esas conductas injuriosas. Es decir, no se presume automáticamente, por el hecho de estar ante graves ofensas a

los derechos de terceros, que los portales web conozcan la existencia de dichos comentarios, pero se les impone un deber de diligencia superior en atención a los bienes jurídicos en juego, dado que el riesgo para los derechos de las potenciales víctimas en estos casos es más elevado (en este sentido, *vid.* C.I. Cordero Álvarez, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 276 y 277).

En consecuencia, a los prestadores de servicios de alojamiento se les impone una doble diligencia en su actuación. Esta dualidad se concreta, por una parte, en establecer mecanismos para conocer la existencia del contenido ilícito alojado en sus páginas web y, por otra, en implantar medios eficaces para prevenir o eliminar dicho contenido ilícito. Este doble deber se advierte en el cdo. 46 DCE, el cual especifica que “para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuando tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas”. En relación con esta doble exigencia, debemos indicar que no resulta fácil el papel que deben adoptar los portales a la hora de realizar la moderación de los comentarios, pues dictaminar sobre su licitud o ilicitud en algunos casos puede resultar una tarea ardua. Adoptar la posición de un juez en estos supuestos conlleva muchas dificultades que, en caso de duda y una vez ponderados todos los intereses en juego, deberían ser resueltas a favor de la libertad de expresión.

3. Por otra parte, cabe destacar la influencia que ha tenido la DCE en la jurisprudencia del TEDH, plasmada en los casos *Magyar y Delfi AS*. Los criterios anteriormente descritos se utilizan para medir la responsabilidad de los portales web cuando éstos no eliminan sin dilación los comentarios difamatorios que inciten al odio o a la violencia. Por tanto, para analizar si existe vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), el TEDH tiene en cuenta el régimen de exoneración previsto en el art. 14 DCE —lo toma en consideración porque no es función del TEDH interpretar y aplicar el derecho de la Unión Europea—, si bien modulado por los principios ya analizados. Este precepto establece que “los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”. Que el TEDH tenga en cuenta el régimen de exoneración previsto en el art. 14 DCE se desprende del conjunto de los principios establecidos por el propio Tribunal para medir la responsabilidad de los portales web. El indicio más importante para sustentar esta afirmación radica en que el TEDH indica que estos principios sólo se aplicarán cuando no se haya procedido a la supresión inmediata de los comentarios difamatorios por parte de los portales web, pues en caso contrario, según se deriva del art. 14 DCE, éstos quedarían exentos de toda responsabilidad.

Los demás principios generales analizados por el TEDH se pueden reconducir también, en mayor o menor medida, al régimen previsto en el art. 14 DCE, como ocurre con el análisis del contenido de los comentarios difamatorios, la diligencia ejercida por el portal web en relación con las medidas para prevenir o retirar los comentarios ilícitos sin dilación, así como el contexto en que éstos se publican. El análisis del contenido de los comentarios es fundamental para establecer la responsabilidad de los prestadores de alojamiento, pues no sólo determina si éstos son ilícitos y en qué grado, sino que también tienen incidencia directa sobre las concretas medidas de control y supresión, lo que acaba repercutiendo en su deber de diligencia. Incluso, en determinados casos, el grado de contenido injusto de los comentarios incidirá directamente en el deber de “conocimiento efectivo” exigido a las partes, tal como ya apuntamos en el apartado anterior, pues en ocasiones será exigible una diligencia “extra” por parte de los prestadores de alojamiento para detectar esas conductas injuriosas y retirarlas sin dilación. Así, el TEDH advierte que cuando estemos ante comentarios cuya ilicitud sea evidente, los controles de detección y retirada establecidos por los portales web pueden no ser suficientes para que el titular del servicio de

alojamiento no incurra en responsabilidad (Sentencia *Magyar*, cdo. 91 y Sentencia *Delfi*, Gran Sala, cdo. 159).

En consecuencia, entendemos que detrás de la fundamentación del TEDH subyace el régimen general dispuesto en la DCE. Si bien los tribunales húngaros no aplicaron en el presente caso la normativa de transposición de la DCE, en la práctica, aplicando los principios establecidos por el TEDH se hubiera llegado al mismo resultado. Totalmente distinta sería la solución del caso de entender aplicable la normativa general del Código Civil húngaro, en cuyo caso se imponía un régimen de responsabilidad objetiva a los portales web por los comentarios de terceros. Por esa razón, el TEDH determina que los tribunales húngaros no llevaron a cabo una ponderación adecuada de los derechos fundamentales comprometidos, sino que impusieron una responsabilidad objetiva basada en que los portales web ofrecían a terceros la posibilidad de incluir comentarios sin controles previos, pero sin valorar si en el caso concreto la aplicación de ese régimen tan rígido respetaba la ponderación exigida entre los diversos derechos fundamentales implicados (arts. 8 y 10 CEDH).

4. Además de los criterios expuestos, el TEDH analiza otros principios para concretar la responsabilidad de los portales web ante comentarios difamatorios. El primero de ellos hace referencia a las limitaciones que se pueden establecer a la libertad de expresión recogida en el art. 10.2º CEDH. El mencionado precepto dispone que “el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la [...] protección de la reputación o de los derechos ajenos...”. De él se deriva que una de las restricciones posibles al derecho a la libertad de expresión lo constituye la protección de la reputación o la moral (art. 8 CEDH); razón por la cual el TEDH determina que cabe hacer una prudente ponderación de intereses en estos casos. El Tribunal manifiesta que ambos derechos merecen el mismo respeto, el cual no debe variar en función de si se ha presentado la demanda ante él en virtud del art. 10 CEDH por el editor de un artículo en cuestión o en virtud del art. 8 CEDH por la persona que ha sido objeto de dicho artículo (cdo. nº 59).

Asimismo, el TEDH entiende que los principios aplicables a la prensa son extrapolables a los portales web, si bien matizados por el carácter particular de Internet (cdo. nº 56). En este escenario, el TEDH determina que la conducta de los recurrentes, ofreciendo una plataforma para que los terceros puedan ejercer su libertad de expresión a través de comentarios, puede definirse como una actividad periodística de carácter particular, siguiendo con lo dispuesto en la sentencia *Delfi*, en la cual se afirma que, debido a la especial naturaleza de Internet, los deberes y responsabilidades de los portales web pueden diferir de las de un editor tradicional a los efectos del art. 10 CEDH, como consecuencia del contenido publicado por terceros (cdo. nº 113). En este sentido, el TEDH remarca que “incluso aceptándose que la conducta de los recurrentes [los portales web] constituye una difusión de declaraciones difamatorias, la responsabilidad de éstos es difícil de conciliar con la jurisprudencia existente, según la cual “la sanción de un periodista por ayudar en la difusión de las declaraciones hechas por otra persona en una entrevista obstaculizaría de forma importante la contribución de la prensa a la discusión de asuntos de interés público y no debe ser contemplada a menos que existan razones particularmente fuertes para hacerlo”” (Sentencia *Magyar*, cdo. nº 79).

5. En otro orden de cosas, cabe destacar que el término más complejo en relación con el régimen de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información ha sido el conocido y controvertido “conocimiento efectivo”, el cual aparece tanto en el articulado de la DCE (art. 14), como en la normativa española de transposición, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la cual transpuso la DCE al ordenamiento español, si bien con diferencias en su redacción (*vid*, en este sentido, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 51 y 52).

En este sentido, el TEDH abre al máximo las vías para obtener el conocimiento sobre el contenido ilícito por parte de los portales web, no ciñéndose solamente a las resoluciones judiciales, coincidiendo en este punto con la jurisprudencia española (así, *v.gr.*, *vid*. STSS 316/2010, de 18 mayo; 72/2011, de 10 febrero; 805/2013, de 7 enero y 128/2013, de 26 febrero). Particularmente, véase por parte del TEDH la

Sentencia *Delfi*, en la cual se condenó a los prestadores de alojamiento por no haber eliminado, sin dilación, los comentarios claramente ilícitos, sin que constara mediante resolución judicial tal ilicitud. Ello se debe a que el punto de partida para el análisis de la diligencia debida es la DCE, la cual no restringía los medios mediante los cuales se podía obtener el conocimiento efectivo. Asimismo, el TS ha manifestado que “no es conforme a la Directiva (...) una interpretación del apartado 1 del art. 16 LSSI (que reduzca) injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados...” (STS 773/2009, de 9 diciembre). Podemos observar como el TS y el TEDH siguen una línea bastante parecida en relación con el concepto de “conocimiento efectivo”, hecho que se ha visto favorecido por la correcta interpretación por parte del TS de la normativa española en relación con la DCE.

6. En definitiva, en el asunto *Magyar* se establecen varios principios –siguiendo lo dispuesto previamente en el caso *Delfi*– para determinar cuando los portales web serán responsables de los comentarios de terceros publicados en ellos. Asimismo, como reflejo de esta jurisprudencia, se puede determinar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento, tal como los define la DCE. Por tanto, el TEDH ha aprovechado para armonizar los principios en materia de responsabilidad de los alojadores de contenidos en Internet, unificando la diversidad de regímenes existentes que confluyen en nuestro entorno y que conviven bajo multitud de normativas, si bien la mayoría derivan de la mencionada DCE. En este caso, el TEDH ha utilizado el único instrumento que tenía en su mano para llevar a cabo este cometido, el cual no es otro que el CEDH, el cual le ha servido de base para establecer unos criterios uniformes que incidirán profundamente en la aplicación del régimen de responsabilidad de los prestadores de alojamiento. De este modo, cabe tener muy presente los criterios establecidos por el TEDH para valorar cuándo estos comentarios se pueden calificar de difamatorios o ilegales y, en este caso, determinar quién responderá y en que supuestos lo hará. Así, se tendrán que ponderar en cada caso concreto las específicas medidas de control llevadas a cabo por el prestador de alojamiento, el contenido concreto de los comentarios, los derechos en juego y la actuación desplegada por todas las partes. Sólo una vez analizadas todas estas variables se podrá determinar si un prestador de alojamiento debe responder por los comentarios de terceros publicados en su página web.

2016/99.– Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Sentencia de 2 febrero 2016. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-160314>.

Comentarios difamatorios.– Libertad de expresión.– Internet.– Responsabilidad.– Prestadores de servicios de alojamiento.– Tribunal Europeo Derechos Humanos.– Convenio Europeo de Derechos Humanos.– Páginas Web.– Portales Web.

Normas aplicadas: Arts. 8 y 10 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950

[...]

80. *The Court observes that although the applicants immediately removed the comments in question from their websites upon notification of the initiation of civil proceedings (see paragraphs 15 above), the Kúria found them liable on the basis of the Civil Code, since by enabling readers to make comments on those websites and in connection to the impugned article, they had assumed objective liability for any injurious or unlawful comments made by those readers. As the Budapest Court of Appeal held, the circumstances of removing the comments were not a matter relevant for the assessment of objective liability but one for the assessment of any compensation (see paragraph 20 above).*

81. *The Court observes that the applicants took certain general measures to prevent defamatory comments on their portals or to remove them. Both applicants had a disclaimer in their General terms and conditions stipulating that the writers of comments – rather than the applicants – were accountable for the comments. The posting of comments injurious to the rights of third parties were prohibited.*

Furthermore, according to the Rules of moderation of the second applicant, “unlawful comments” were also prohibited. The second applicant set up a team of moderators performing partial follow-up moderation of comments posted on its portal. In addition, both applicants had a notice-and-take-down system in place, whereby anybody could indicate unlawful comments to the service provider so that they be removed. The moderators and the service providers could remove comments deemed unlawful at their discretion (see paragraphs 7–10 above).

82. The domestic courts held that, by allowing unfiltered comments, the applicants should have expected that some of those might be in breach of the law. For the Court, this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet.

83. The Court also observes that the injured company never requested the applicants to remove the comments but opted to seek justice directly in court – an element that did not attract any attention in the domestic evaluation of the circumstances. Indeed, the domestic courts imposed objective liability on the applicants for “having provided space for injurious and degrading comments” and did not perform any examination of the conduct of either the applicants or the plaintiff.

[...]

89. The Court considers that the rigid stance of the Hungarian courts reflects a notion of liability which effectively precludes the balancing between the competing rights according to the criteria laid down in the Court’s case law (see *Von Hannover* (no. 2), cited above, § 107).

90. At this juncture, the Court reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (see *Gorzelik and Others v. Poland*, cited above, § 67).

91. However, in the case of *Delfi AS*, the Court found that if accompanied by effective procedures allowing for rapid response, the notice-and-take-down-system could function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. The Court sees no reason to hold that such a system could not have provided a viable avenue to protect the commercial reputation of the plaintiff. It is true that, in cases where third-party user comments take the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, the rights and interests of others and of the society as a whole might entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals if they failed to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties (see *Delfi AS*, cited above, § 159). However, the present case did not involve such utterances. The foregoing considerations are sufficient for the Court to conclude that there has been a violation of Article 10 of the Convention.

[MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK EGYESÜLETE Y INDEX.HU ZRT CONTRA HUNGRIA]

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO EN CASO DE RETRASO EN UN TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS

2016/100.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 17 febrero 2016. Asunto C-429/14. Ponente: J. Malenovský.

Transporte aéreo.– Convenio de Montreal: Arts. 19, 22 y 29.– Responsabilidad del transportista aéreo en caso de retraso en un transporte internacional de pasajeros.– Contrato de transporte

celebrado por el empleador de los pasajeros.– Daño ocasionado por el retraso.– Daño sufrido por el empleador.

Normas aplicadas: Arts. 19, 22 y 29 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999.

[...]

46. De todas las consideraciones anteriores se infiere que el art. 19 del Convenio de Montreal, dado su tenor, su contexto y el objetivo de protección de los intereses de los consumidores que persigue el Convenio, debe interpretarse en el sentido de que su ámbito de aplicación comprende no solamente el daño sufrido por un pasajero, sino también los casos en que el perjudicado es una persona que, como empleador, contrató con un transportista aéreo el transporte internacional de un empleado que viajó como pasajero.

47. Ahora bien, como se desprende del ap. 12 de la presente sentencia, la persona de que se trata en el litigio principal reclamó que se le indemnizara por el perjuicio que le ocasionó el retraso de un vuelo efectuado en virtud de un contrato para el transporte internacional no de un pasajero, sino de dos, quienes eran, a su vez, sus empleados. Pues bien, en tal situación, nada impide que la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios postulada sea superior a la que podrían haber reclamado cada uno de los pasajeros afectados de haber ejercido las correspondientes acciones legales por separado.

48. Habida cuenta de que el art. 22, ap. 1, del Convenio de Montreal fija el límite de la responsabilidad del transportista aéreo “por pasajero”, es necesario verificar si el propósito que manifestaron las partes del expresado Convenio, en el párrafo quinto de su preámbulo, de lograr también un equilibrio equitativo de los intereses afectados obliga a reconsiderar la interpretación de su art. 19 proclamada en el ap. 46 de la presente sentencia.

49. Pues bien, la imposición de un límite de responsabilidad “por pasajero” implica que la cuantía que puede reconocerse, en concepto de indemnización de daños, a la persona que, como en el litigio principal, ejerce una acción de indemnización del daño causado por un retraso en el transporte internacional de pasajeros no puede exceder en ningún caso del resultado de multiplicar el importe fijado en el art. 22, ap. 1, del Convenio de Montreal como límite máximo, por el número de pasajeros transportados en virtud del contrato celebrado entre esa persona y el o los transportistas aéreos de que se trate.

50. La cuantía de la indemnización resultante garantiza un equilibrio equitativo entre los intereses de las partes contractuales. La aplicación del límite fijado en el art. 22, ap. 1, del Convenio de Montreal a las personas como las del litigio principal no implica para éstas un trato más, pero tampoco menos, favorable que el que se aplica a los propios pasajeros que han sufrido un perjuicio debido a un retraso.

51. A los transportistas aéreos, por su parte, se les garantiza que no podrá exigírseles una responsabilidad que exceda del límite “por pasajero” fijado en dicha disposición, habida cuenta de que, como se ha señalado en el ap. 49 de la presente sentencia, la indemnización concedida a las personas antes mencionadas no puede exceder en ningún caso de la suma de las indemnizaciones que, en su caso, se habrían reconocido a todos los pasajeros afectados de haber ejercido acciones legales por separado.

52. De las anteriores consideraciones se deduce que procede responder a la primera cuestión que el Convenio de Montreal, en particular sus arts. 19, 22 y 29, debe interpretarse en el sentido de que un transportista aéreo que haya celebrado un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros, como es el caso del litigio principal, está obligado a responder frente a dicho empleador del daño ocasionado por el retraso en los vuelos efectuados por los empleados de éste en virtud del expresado contrato y derivado de los gastos adicionales soportados. [...]

SOCIEDADES

LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA

2016/101.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Undécima, nº 398/2015, de 23 diciembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Margarita Vega de la Huerga. TOL5.647.502.

Contrato sobre promoción y publicidad de cerveza.— Incumplimiento.— Demanda interpuesta en España por una “sucursal” de sociedad anónima checa inscrita en el Registro Mercantil.— Falta de capacidad para ser actora.— Aplicación de la ley personal de las personas jurídicas.— No acreditación de la falta de capacidad conforme a la ley nacional.

Normas aplicadas: Art. 9.11º Cc; art. 9 RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

[...]

Falta de capacidad para ser parte de la actora.

La demandante, se dice en el recurso, no es una persona jurídica sino que es una sucursal de una sociedad anónima de nacionalidad checa.

La sentencia en este punto señala que la actora está inscrita en el Registro Mercantil conforme a la legislación invocada, que su condición de sucursal con el objeto de apoyar las ventas de los productos de la sociedad matriz en España, no implica que pese a su estrecho vínculo jurídico con la última no pueda actuar en el tráfico jurídico con terceros.

Se desestima este motivo del recurso. Como recoge la sentencia de esta AP de Madrid, sección 10ª, de fecha 13 febrero 2014 (Recurso 640/2013): “...”. En el presente caso, sin embargo la demandante aparece inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, tomo 22747, folio 1, sección 8, hoja M– 407016.

Consta así mismo en autos escritura pública otorgada en Madrid el 28 abril 2006 de apertura de sucursal en España de la entidad “Plzensky Prazdroj A. S.”, Compareciendo don Mario en nombre y representación de dicha sociedad anónima de nacionalidad checa, debidamente constituida, organizada y existente con arreglo a las leyes de la República checa... Otorga: Primero.=Se establece la sucursal en España de aquella sociedad que girará bajo la denominación de “Plzensky Prazdroj A. S. Sucursal en España”.... La actividad de esta sucursal se limitará a apoyar la venta de los productos de la sociedad Sabmiller en el territorio español....

En la escritura de poder para pleitos, acompañada con la demanda, se refleja que mediante escritura otorgada ante notario de la República Checa el 1 junio 2011 la entidad “Plzensky Prazdroj A.S.” sufrió una escisión, la cual dio lugar a una compañía mercantil nueva denominada Sabmiller Brands Europe, A.S., y a esta nueva sociedad se adjudicó el activo y pasivo de la sucursal en España de la sociedad matriz y dicha sucursal pasó a denominarse Sabmiller Brands Europe, A.S. Sucursal en España, y así se hizo constar en la inscripción cuarta de la hoja social abierta a la sucursal en el Registro Mercantil de Madrid... Poniendo de manifiesto el Notario que ha tenido a la vista copia de la referida escritura... debidamente apostillada así como la correspondiente traducción jurada. Don Luis Manuel que comparece como representante de la citada sucursal nombrado en escritura autorizada el día 11 noviembre 2011 ante el Notario de la República checa... otorga poder a favor de los apoderados que allí menciona.

A la vista de todo ello entendemos que la demandante tiene capacidad para ser parte y cumple por tanto el requisito establecido en el art. 6 LEC.

Sobre las entidades financieras extranjeras se viene admitiendo sin problemas la legitimación y capacidad procesal de las sucursales abiertas en territorio nacional. Así puede citarse la SAP Ávila de 23

febrero 2010, referida a “Establecimiento de sucursal en España de sociedad extranjera otorgante Banque PSA Finance Holding”, que dice: “...”.

En nuestro caso el contrato lo firma “... Sucursal en España”, que es quien podrá exigir su cumplimiento o resolución. La relación contractual desplegó todos sus efectos entre las partes, sin que ahora pueda un contratante negar capacidad a la otra para accionar sobre las prestaciones pactadas.

TRANSFERENCIA DE LA TOTALIDAD DEL PATRIMONIO ACTIVO Y PASIVO DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA A LA SOCIEDAD ABSORBENTE

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. En el año 2005, *Kommunalkredit*, una sociedad chipriota, emitió dos empréstitos subordinados que fueron suscritos por *Sparkassen Versicherung*, una entidad austriaca. Los empréstitos se regían por el Derecho alemán, tal como se había establecido en las propias condiciones de emisión de los mismos, y se preveía que si los recursos propios de la entidad chipriota descendían por debajo de los límites establecidos por el Banco Central de Chipre no se pagarían ni el principal ni los intereses de los mencionados empréstitos. A partir del año 2008 los recursos de *Kommunalkredit* descendieron efectivamente por debajo del límite establecido por el Banco Central de Chipre y la entidad dejó de pagar los intereses acordados. En el año 2010 la sociedad austriaca *KA Finanz* absorbe a la sociedad chipriota. A raíz de esta fusión *Sparkassen Versicherung* solicita el pago de los intereses no abonados en su día por *Kommunalkredit*. En el marco del proceso judicial iniciado se plantean al Tribunal de Luxemburgo varias cuestiones prejudiciales que abordan tres cuestiones distintas: en primer lugar el Derecho aplicable a los empréstitos emitidos y si tal Derecho se había alterado como consecuencia de la fusión; en segundo término el Derecho rector de la protección de los acreedores sociales como consecuencia de la fusión, y finalmente la interpretación de un precepto de la Directiva 78/855 sobre fusiones cuya transposición al Derecho austriaco (art. 226.3º *AktG*) había sido argüida tanto por *Sparkassen Versicherung* para reclamar el establecimiento de garantías suficientes en relación al crédito del que era titular sobre la base de los empréstitos emitidos por *Kommunalkredit*, como por *KA Finanz* para alegar que el crédito de *Sparkassen Versicherung* se había extinguido como consecuencia de la fusión.

2. Sobre lo primero, el Derecho aplicable a los empréstitos emitidos por la sociedad chipriota, el Tribunal de Luxemburgo mantiene que es aplicable el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (por razones temporales no podía serlo el Reglamento Roma I, que desplaza a este Convenio) y que la ley aplicable de acuerdo con aquel instrumento, el Derecho alemán como consecuencia de la elección realizada por las partes, no se ve alterado como consecuencia de la fusión de sociedades.

La aplicación del Convenio de Roma no está libre, sin embargo, de algunas dudas, toda vez que, como es sabido, la materia societaria está excluida del ámbito de aplicación material del mencionado Convenio. Ahora bien, el Tribunal entiende que el contrato suscrito entre *Kommunalkredit* y *Sparkassen Versicherung* no implicaba una modificación de la sociedad, sino un simple préstamo con unas condiciones especiales que implicaban un alto riesgo para el suscriptor del empréstito, pero también la posibilidad de un alto rendimiento como consecuencia de los intereses pactados. Esta conclusión, la de que el contrato es un préstamo y no afecta a la estructura de la sociedad será también relevante, como veremos, para la interpretación del art. 226.3º *AktG* austriaca y del precepto del que pretende ser transposición, el art. 15 Directiva 78/855 sobre fusiones de sociedades.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal de Justicia se remite a las Directivas en materia de fusiones, concluyendo que de acuerdo con tales Directivas la sociedad absorbente o la nueva sociedad que resulta de la fusión ha de asumir las relaciones jurídicas de las que eran titulares las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión sin que ésta, por tanto, tenga como consecuencia, en principio, la extinción de estas relaciones.

3. Que la fusión no implique la extinción de las relaciones de las que era titular la sociedad que desaparece como consecuencia de la fusión no implica que estas relaciones no puedan ser alteradas por la operación. En concreto, la protección de los acreedores de las sociedades puede imponer determinadas exigencias en los supuestos de fusiones que deberán ser considerados; pero para ello deberá determinarse cuál es el Derecho que habrá de aplicarse a dichas garantías. En la Sentencia que nos ocupa el Tribunal de Luxemburgo también se ocupa de este extremo.

La conclusión a la que llega el Tribunal de Luxemburgo es la de que en las fusiones internacionales los acreedores deberán gozar de la protección prevista en el Derecho aplicable a la sociedad; esto es, en el caso que nos ocupa, debería ser el Derecho chipriota el que debería tenerse en cuenta respecto a la protección de los acreedores de la sociedad. De nuevo es una conclusión que extrae de las Directivas en materia de fusión. En este caso, del cdo. 3 y del art. 4 Directiva 2005/56 sobre fusiones internacionales.

La solución es simple y seguramente la mejor desde una perspectiva valorativa; pero el que la duda se haya planteado abogaría por incluir las cuestiones conflictuales en la regulación societaria europea. Hasta ahora la cuestión del Derecho aplicable a las sociedades ha estado excluida de la actuación del legislador europeo y solamente ha sido abordada de forma indirecta por el Tribunal de Luxemburgo a raíz de las cuestiones prejudiciales planteadas en tema societario. Esto es fuente de una cierta inseguridad jurídica que sería conveniente abordar, lo que permitiría matizar también algunas de las soluciones a las que ha llegado la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

4. La última parte de la sentencia se ocupa de la interpretación del art. 15 Directiva 78/855 sobre fusiones. Desde una perspectiva substancial aquí se cifra el núcleo del debate, ya que, tal como se ha adelantado, el art. 226.3º *AktG* austriaca había sido utilizado tanto por la empresa absorbente como por el acreedor de la empresa absorbida para justificar sus pretensiones en relación al empréstito emitido en su día por la sociedad chipriota.

Las dudas que se plantean en torno a la aplicación del art. 226.3º *AktG* son dos: una tiene que ver con la interpretación del precepto a la luz de la Directiva de la que trae su origen, la otra con la naturaleza de los empréstitos emitidos en su día por el banco chipriota absorbido por *KA Finanz*.

La determinación de la naturaleza de los bonos que resultan del empréstito es fundamental para la aplicación del art. 226.3º *AktG* austriaca. En caso de que los bonos pudieran ser considerados equivalentes a acciones u otros títulos propios no se les aplicarían las previsiones sobre garantía de los acreedores previstas en el art. 15 de la Directiva 78/855, transpuesta en el Derecho austriaco por el art. 226.3º *AktG*. La consideración del tribunal sobre este extremo es la de que no parece que tales bonos puedan ser considerados como equivalentes a acciones, al menos de los elementos presentes en el procedimiento, pero en cualquier caso deja al órgano jurisdiccional nacional la decisión última sobre este extremo. Recordemos que esta interpretación fue relevante también, tal como se ha indicado, en relación a la determinación de la aplicación del Convenio de Roma de 1980 a la relación jurídica creada entre *Kommunalkredit* y *Sparkassen Versicherung*.

La determinación de la naturaleza jurídica de los bonos emitidos por el banco chipriota no agota, sin embargo, la cuestión. De no ser títulos propios aún podría plantearse si, según el art. 226.3º *AktG* podría la sociedad absorbente haber cancelado los mencionados títulos. La dicción del precepto da pie a esta interpretación que implicaría que la sociedad absorbente podría verse liberada de su obligación, puesto que en el momento de la fusión los bonos emitidos en su momento carecían de valor al no ser posible el pago de intereses por parte del emisor, la sociedad chipriota. Este es el punto más delicado del caso, ya que sería en esta hipotética posibilidad donde podría materia-

lizarse la contradicción entre las previsiones de la ley rectora de los bonos, la *lex contractus* determinada por el Convenio de Roma de 1980, como hemos visto, y el Derecho rector de la fusión, en este caso el Derecho chipriota según la interpretación que mantienen el Tribunal de Luxemburgo. En caso de que fuera posible dicha cancelación como resultado de la aplicación del Derecho rector de la fusión el Tribunal de Justicia debería pronunciarse sobre la articulación de ambas normativas.

No es preciso, sin embargo, llegar a ello. Tal como establece el Tribunal de Luxemburgo, de la Directiva se desprende que esta posibilidad de cancelación no se atribuye al emisor, sino al acreedor, lo que impide que la sociedad absorbente hubiera aprovechado la fusión para cancelar los títulos emitidos por la entidad chipriota.

5. Finalmente, ha de mencionarse también que se ha discutido si la libertad de establecimiento es compatible con la existencia de una regulación específica en materia de protección de acreedores en caso de fusiones específicamente internacionales. Esto es, si es posible establecer una protección diferente para los supuestos de fusión internacional respecto a los de fusión interna. En algunos Estados sí se ha establecido esta protección diferenciada lo que ha sido cuestionado con el argumento de que esta diferencia en la regulación podría suponer una discriminación que vulneraría la libertad de establecimiento (*vid.* J. Hoffmann, “Grenzüberschreitende Verschmelzung”, en S. Leible y J. Reichert (eds.), *Internationales Gesellschaftsrecht. Grenzüberschreitende Unwaldlungen*, vol. 6 del *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Múnich, C.H. Beck, 2013, pp. 1178–1230, p. 1218).

El caso que nos ocupa se pronuncia sobre este extremo. En tan solo una frase; pero de forma lo suficientemente clara como para que pueda entenderse por resuelto el debate. En efecto. En el nº 62 de la Sentencia se establece que “una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional”. De esta forma, se niega que sea posible una regulación diferenciada para las fusiones internacionales, aunque la base para tal afirmación no es el Derecho originario, sino el propio tenor de la Directiva (*vid.* J. Schmidt, *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?*, European Parliament. Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, 2016, p. 18 (<http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>).

6. Ha de destacarse que el Tribunal de Luxemburgo no se pronuncia en esta decisión sobre la forma en la que el Derecho originario incide en el régimen de las fusiones internacionales, pese a que era una cuestión planteada por el órgano jurisdiccional austriaco remitente y no descartada explícitamente por el Tribunal de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia en este caso resuelve a partir de la consideración del Derecho derivado, sin entrar a ver la forma en que la libertad de establecimiento podría condicionar la solución. No es irrelevante esta opción, pues podría ser coherente con algunos planteamientos que mantienen que en los supuestos en los que exista Derecho derivado el recurso al Derecho originario resultaría subsidiario o excepcional. En materia societaria, por ejemplo, no puede desconocerse que en aquellos casos en los que no existe armonización (establecimiento de sociedades creadas de acuerdo con el Derecho de origen interno de los Estados miembros) el Tribunal de Luxemburgo ha mantenido la posibilidad de que la sociedad pueda ser constituida en un Estado en el que no se desarrolle ninguna actividad económica, mientras que el Derecho derivado impide esto mismo en las formas societarias europeas, que forzosamente han de fijar su domicilio estatutario allí donde se encuentra la administración central de la sociedad.

Esta Sentencia, por tanto, no nos permite determinar si sería compatible con la libertad de establecimiento que recoge el Derecho originario de la UE una solución para la protección de los acreedores sociales en caso de fusión distinta de la que ya resulta del Derecho derivado (aplicación del Derecho de la sociedad deudora, tal como hemos visto); ahora bien, es plausible que esta sea también la solución que resulte del Derecho originario, puesto que otras soluciones (aplicación del

Derecho de la sociedad absorbente o del Derecho rector de la relación jurídica de la que se deriva el crédito) convertirían en más dificultosas las operaciones societarias internacionales que las internas, por lo que serían un obstáculo a la libertad de establecimiento que solamente sería compatible con los Tratados si no fuera discriminatorias, si respondieran a un fin de interés general, fueran adecuadas y proporcionales a ese fin de interés general y no existieran alternativas menos gravosas para la libertad de establecimiento que permitiesen también conseguir ese fin de interés general.

7. En definitiva, nos encontramos ante una decisión que pone de manifiesto la conveniencia de que el legislador europeo aborde la regulación de las cuestiones conflictuales vinculadas a la actividad internacional de las sociedades y que resuelve algunas cuestiones relevantes en materia de fusiones. En concreto, aclara que las relaciones jurídicas de las que son parte las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión no se extinguen como consecuencia de ésta y que la protección de los acreedores sociales es la prevista en el Derecho de la sociedad deudora. Además, se establece que la protección de dichos acreedores en las fusiones internacionales ha de ser la misma que en las fusiones internas.

2016/102.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 7 abril 2016. Asunto C-483/14. Ponente: C.G. Fernlund.

Convenio de Roma.— Ley aplicable.— Fusión transfronteriza.— Directiva 78/855/CEE.— Directiva 2005/56/CE.— Fusión por absorción.— Protección de los acreedores.— Transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.

Normas aplicadas: Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980; Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 octubre 1978, basada en la letra g) del ap. 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

[...]

57. Por lo que respecta al efecto de tal operación, del art. 14, ap. 2, letra a), de dicha Directiva resulta que la fusión transfronteriza producirá, a partir de la fecha de efecto de dicha fusión, la transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.

58. Así pues, una fusión por absorción implica que la sociedad absorbente adquiere la sociedad absorbida íntegramente, sin la extinción de las obligaciones que provocaría una liquidación, y produce, sin novación, la subrogación de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente como parte en todos los contratos celebrados por aquélla. Por consiguiente, la ley que era aplicable a esos contratos antes de la fusión sigue siendo la ley aplicable tras dicha fusión.

59. De ello se infiere que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que la ley aplicable, tras una fusión por absorción transfronteriza, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito, celebrado por la sociedad absorbida, es la que era aplicable a ese contrato antes de dicha fusión.

60. Por lo que respecta a la protección de los acreedores en una fusión transfronteriza que invoca la Sparkasse Versicherung en su pretensión subsidiaria, hay que señalar que del cdo. 3 y del art. 4 de la Directiva 2005/56 resulta que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional.

61. De ello resulta que las disposiciones que regulan la protección de los acreedores de la sociedad absorbida, en un caso como el controvertido en el litigio principal, son las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad.

62. Como los Estados miembros, en una fusión nacional, deben cumplir los arts. 13 a 15 de la Directiva 78/855 en lo relativo a la protección de los acreedores, están obligados, por tanto, a cumplir también esas disposiciones en una fusión transfronteriza.

63. Pues bien, mientras que los arts. 13 y 14 de dicha Directiva se refieren a la protección de los acreedores no obligacionistas y obligacionistas, el art. 15 de dicha Directiva versa sobre la protección de los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales.

64. Se plantea entonces la cuestión de saber cómo distinguir los títulos mencionados en el art. 15 de la Directiva 78/855 de los demás títulos de crédito.

65. A este respecto, de los trabajos preparatorios de dicha Directiva, en este caso, la propuesta de una Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el art. 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a las fusiones de sociedades anónimas (DO 1970, C 89, p. 20), y la propuesta modificada de una Tercera Directiva del Consejo tendente a coordinar las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el art. 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a las fusiones de sociedades anónimas [COM(72) 1668 final], se desprende que los títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales con arreglo al art. 15 de dicha Directiva, se refieren, entre otros títulos, a las obligaciones convertibles en acciones, las obligaciones a las que correspondan derechos de suscripción preferente del capital social, las obligaciones participativas en beneficios y los derechos de suscripción.

66. Por consiguiente, tales títulos son los que confieren a sus poseedores derechos más amplios que la mera devolución de los créditos e intereses acordados. Por tanto, ocurre lo mismo, en concreto, con los títulos que reconocen a sus poseedores el derecho a canjearlos por acciones o el derecho a participar en los beneficios de la sociedad emisora.

67. En el caso de autos, de las condiciones de emisión, en los términos planteados por el tribunal remitente, resulta que los títulos controvertidos en el litigio principal no parecen conferir a sus poseedores derechos más amplios que la mera devolución de los créditos e intereses acordados. Así pues, parece que esos títulos no están incluidos en el ámbito de aplicación del art. 15 de la Directiva 78/855, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.

68. En caso de que dicho tribunal llegase a la conclusión contraria, hay que señalar que el art. 15 de la Directiva 78/855 establece que los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales con arreglo a esa disposición, deberán gozar, en el seno de la sociedad absorbente, de derechos al menos equivalentes a los que disfrutaban en la sociedad absorbida, salvo si la modificación de estos derechos hubiera sido aprobada por una junta de poseedores de estos títulos, cuando la ley nacional prevea tal junta, o por los poseedores de dichos títulos individualmente, o también si estos poseedores tienen derecho a obtener la recompra de sus títulos por la sociedad absorbente.

69. Por consiguiente, del tenor literal del art. 15 de la Directiva 78/855 se desprende que su objeto es proteger los intereses de los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales.

70. Pues bien, dado que de la petición de decisión prejudicial resulta que el art. 226, ap. 3, de la AktG fue introducido para transponer el art. 15 de la Directiva 78/855 y que la primera de dichas disposiciones parece conferir a la emisora de tales títulos el derecho a rescindir unilateralmente la relación jurídica que la une con los poseedores de dichos títulos y a separarlos, procede señalar que tal derecho es ajeno al tenor literal y al objetivo del art. 15 de la Directiva 78/855, ya que esta última disposición confiere derechos a los propietarios de esos mismos títulos pero no a su emisora. Por tanto, una disposición como el art. 226, ap. 3, de la AktG no puede ser transposición del art. 15 de la Directiva 78/855.

71. De ello se infiere que el art. 15 de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que esa disposición confiere derechos a los poseedores de títulos, distintos de las acciones, a los que correspondan derechos especiales, pero no a la emisora de tales títulos.

[KA FINANZ AG Y SPARKASSEN VERSICHERUNG AG VIENNA INSURANCE GROUP]

SUCESIONES

DERECHO DE SUCESIONES EN TRÁNSITO DEL SISTEMA AUTÓNOMO A LA REGLAMENTACIÓN EUROPEA *

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

1. Una crónica de práctica judicial de sucesiones en el momento de tránsito en el que nos encontramos posee un innegable atractivo, derivado tanto de identificar los problemas jurídicos que van a subsistir cuando se aplique de forma ordinaria el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, cuando de reparar en aquéllos que tienen los días contados. Y cuando me refiero a la aplicación ordinaria estoy pensando esencialmente en la que por razones temporales convierta al Reglamento en la norma de referencia y no, como ocurre con todas las sentencias que anotamos, cuando se sigan aplicando las viejas normas por mor de haber fallecido el causante antes del 17 agosto 2015.

En la selección efectuada hay una interesante variedad de asuntos, algunos que pervivirán y otros llamados a no repetirse. No hablamos, claro está, del fenómeno sucesorio, que pervivirá, sino de cuestiones cuya forma de abordarse cambiará con el mencionado Reglamento y otras que no. Hay, incluso, una de esas raras avis que de vez en cuando llegan a los repertorios de jurisprudencia; un supuesto cuyo grado de heterogeneidad sería la ilusión de cualquier profesor explicando los vericuetos de una situación privada internacional y que, además, se aborda aplicando un convenio olvidado, obsoleto, excéntrico en la filosofía del sistema español de competencia judicial y de ley aplicable a las sucesiones y fuera de juego en el ámbito de aplicación del Reglamento: el Convenio entre España y Grecia celebrado el 6 marzo 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente. Un canto del cisne espectacular, que pudo serlo aún más. La falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles vino, sin embargo, en auxilio del juzgador, que tenía ante sí una papeleta complicada (*infra* 6). Otras decisiones, como digo, son en cierta manera rutinarias (y lo seguirán siendo) y sobre temas conocidos: la prueba de la cualidad de heredero (*infra* 2), la alegación y prueba del Derecho extranjero y de la existencia o inexistencia de testamento (*infra* 5), el reenvío –este sí, con un tratamiento nuevo en el art. 34 del Reglamento que, no obstante, en muchas ocasiones conducirá a una respuesta similar a la actual (*infra* 3); problemas de delimitación entre el estatuto sucesorio y el estatuto real, que se liquidan eliminando la “delimitación” y quedándose el juzgador con una manipulada “calificación” (*infra* 4) o el muy interesante tema de las

* La presente crónica se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, “Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional” [Ref. DER2013- 43391-R], subvencionado por el Ministerio Ciencia e Innovación y el FEDER, y dentro del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia [exp. GPC2014/024].

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

relaciones entre el estatuto sucesorio y el *trust* (*infra* 7). Un tema que no sólo sobrevivirá al Reglamento, sino que está llamado a ocupar un lugar cada vez más cotidiano entre nuestra práctica sucesoria; no por mor del Reglamento, sino simplemente por el aumento de los casos en que las personas recurren al *trust* como modo de organizar su patrimonio.

La heterogeneidad de los temas hace que, salvo en el supuesto del *trust*, en que agruparé las dos sentencias seleccionadas y dejaré para el final, el análisis sea singular y siga el orden cronológico de las sentencias.

2. La primera de ellas, la SAP Santa Cruz de Tenerife 22 mayo 2015, trata de una acción de desahucio interpuesta por los presuntos herederos del causante (probablemente titular del contrato de arrendamiento) que se desestima porque los demandantes no han acreditado su cualidad de herederos. Realmente es la Jueza la que, en ausencia de cualquier tipo de razonamiento sobre la ley aplicable, sabe que en los arts. 936 y 937 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela (probablemente ley nacional del causante) existe un procedimiento de declaración de herederos específico. A partir de aquí, da por hecho que no existe la necesaria acreditación y desestima la demanda. Nada que objetar, salvo el matiz de que la juzgadora no repara para nada en la posibilidad de que tal procedimiento pudiera no ser el aplicable en España en función de la calificación procesal o sustantiva del mismo; es decir, parece dar por hecho que la aplicación de la ley venezolana a la sucesión conlleva la del procedimiento del Código de procedimiento venezolano. Ciertamente parece que no hubo ningún acto en tal sentido, ni de acuerdo con la legislación de Venezuela ni aplicando ésta dentro de un expediente, conforme a la ley española, de declaración de herederos conforme a las vías notarial o judicial vigentes antes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. De hecho tampoco se sabe, como achaca la jueza en primera instancia, si existe o no existe testamento. En otras palabras, que la mera mención del parentesco con el causante no es considerada, con razón, base suficiente para entender legitimados a los demandantes.

Lo que ya no se entiende demasiado es el “argumento” más desarrollado por la Audiencia Provincial, basado en la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero. Y digo que no se entiende, porque realmente no añade nada a lo señalado. Es verdad que si la ley aplicable era la venezolana, a los interesados correspondía alegarla y probarla, pero la relevancia de esta ausencia para el fallo, se antoja mínima. Por un lado, la propia Audiencia reconoce que la jueza de instancia podía aplicar y de hecho hizo uso de su conocimiento personal de la ley venezolana para la desestimación de la demanda; por otro, ante este hecho, no parece operativo el recurso a la “pertinente aplicación del Derecho español”. En todo caso, esta verborrea no descalifica el fallo.

3. La sentencia de la AP de Alicante más atrás reproducida se ocupa del ya muy conocido problema del reenvío en materia sucesoria. Y lo hace, en cuanto al resultado final, de forma aseada y probablemente ajustada a la jurisprudencia del TS en esta materia. Quizá sea la tipicidad del supuesto lo que, sin embargo, le hace descuidar algunos aspectos o matices. En primer lugar, hay un momento en el razonamiento en el que el devenir argumental no se corresponde *necesariamente* con el deber ser. En efecto, parece durante algunos pasajes que la Audiencia se deja embaucar por la mención de que el testamento del causante dispone únicamente de los bienes situados en España. Luego, ratifica esta idea cuando señala que “...en el caso presente solamente se hace referencia al bien inmueble situado en España...”. Pues bien, ante este tipo de razonamiento, relativamente común, porque relativamente común es el testamento de nacional británico que dispone exclusivamente de los bienes sitos en España, hay que advertir que el tan traído y llevado principio de unidad y universalidad de la sucesión como límite a la admisión del reenvío de retorno a la ley española ha de tener en cuenta *la totalidad de los bienes del causante*; los dispuestos en testamento y los no dispuestos; los que se encuentren en España y los que se encuentren fuera de España. La sucesión no se limita a los actos de disposición sino a toda la herencia. Ciertamente, en un momento posterior el fallo habla de que “la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles sitos en España”; pero también parece que se restringe el razonamiento a “los bienes que se mencionan”. Este dato, el de que todos los bienes inmuebles de la herencia están en España, de ser cierto, junto con el último domicilio del causante en España sí sería determinante de la admisión sin más del reenvío y de la corrección del razonamiento.

Segundo descuido o matiz: no es el art. 9.1º Cc el paradigma de la unidad y universalidad de la sucesión, como afirma la sentencia, sino el conocido art. 9.8º Cc (y yo lo reduciría a su regla primera). Tercero: la ley española es plural. No es un bloque unitario como de forma poco reflexiva suele aparecer en este tipo de sentencias y también en esta. El decidir qué ley se aplica puede plantear problemas en los casos en los que el último domicilio del causante y el lugar de situación de los bienes inmuebles se encuentren en territorios con distinto Derecho sucesorio, o cuando tenga inmuebles situados en dos territorios también con distinto Derecho sucesorio, o en otras ocasiones que pudiéramos imaginar (*vid.* ya mis observaciones en “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131–157, pp. 151–152; y para el sistema del Reglamento, mis reflexiones 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). Probablemente no sea este el caso. Probablemente último domicilio del causante e inmueble estuvieran situados bajo la órbita del Cc que aplica la Audiencia, pero no se nos dan datos para asegurarlo.

Por último, me gustaría llamar la atención sobre la posibilidad que este supuesto de hecho brindaría al DIPr si se hubiere planteado de otra manera y hubiere habido discusión sobre el dato de la filiación de los demandantes respecto del causante. En el caso, los demandantes articularon una doble pretensión: que se les reconociera su condición de hijos no matrimoniales del causante y que se les reconociera su cualidad de legitimarios. Aparentemente no hubo discusión sobre la primera de las pretensiones (que no fue objeto de apelación); pero habría sido una excelente oportunidad para dar respuesta más o menos firme a una “cuestión previa” de filiación en materia sucesoria. La típica por excelencia. Reafirmar la solución independiente o autónoma que parece ser la prevalente en nuestro sistema de DIPr. Lo que pueda pasar en el futuro (ya en el presente) con el Reglamento 650/2012, es harina de otro costal (*vid.* A. Bonomi, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 63–65). Concluyamos señalando que en este supuesto el Reglamento y la aplicación de la ley de la última residencia habitual del causante en España (partiendo de la base de que no existiese *professio iuris*) conduciría al mismo resultado.

4. Avanzaba en la introducción el titular de la única STS que comentamos en esta crónica. Sentencia realmente interesante y probablemente paradigma de una calificación manipulada por la comodidad, preordenada por el resultado o, en el más benévolo de los casos, errónea por prescindir del mínimo método para que pudiera ser aceptable la delimitación que el TS opera entre los arts. 9.8º y 10.1º Cc. El excelente comentario realizado por J. M. Fontanellas Morell (*REDI*, 2016–17–Pr, pp. 212–215), con el que sustancialmente coincido, me exime de abundar en lo errático del proceder del TS y me permite, al mismo tiempo, limitarme a una sucinta exposición y crítica y a una recomposición más o menos aceptable del supuesto. Crítica que podría comenzar ya por la primera manifestación que realiza el TS cuando aclara su misión: “la determinación de la ley aplicable a una cláusula testamentaria a tenor de la norma de conflicto que resulte pertinente”. La cláusula de marras, que extraemos del texto de la sentencia rezaba así:

“Declara [el causante] que los bienes inmuebles que figuran actualmente como suyos propios e inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad respectivo, con fecha anterior a su matrimonio, no son suyos únicamente, sino la nuda propiedad de todos ellos y el veinte por ciento del usufructo de los mismos, pues el ochenta por ciento del usufructo de dichos bienes corresponde a partes iguales y proindiviso a su madre, [...] y a sus hermanos [...] por haberlos adquirido conjuntamente con capital de todos ellos y en la proporción y forma dichas, por lo que para evitar toda clase de dudas lega a su madre [...] y a sus hermanos[...], por partes iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento de los expresados bienes inmuebles, que figuran inscritos en el Registro de la Propiedad correspondiente, con fecha anterior a su matrimonio”.

El Alto Tribunal perfila poco más adelante el objeto del proceso como “la acción declarativa ejercitada por familiares del fallecido, Don Justino, por la que se solicitaba la declaración de que determinados

bienes inmuebles de su titularidad no eran suyos únicamente [...] y, subsidiariamente, que se reconociera el legado de dichos bienes a favor de su madre y hermanos en cumplimiento, todo ello, de lo determinado en la cláusula cuarta del testamento”.

Sin embargo, los demandantes no pedían eso. O, si se quiere, no lo pedían así; y en este caso el orden de los factores sí altera el producto. Su concreto *petitum*, y traigo aquí la información que aporta J.M. Fontanellas Morell (*cit.*, p. 214), era que se

“... interprete la cláusula 4ª en el sentido de que: A) Declare que la cláusula 4ª supone el legado del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula, en pago de una deuda contraída con los legatarios, conforme el art. 873 Cc. B) Subsidiariamente, declare que la cláusula 4ª supone un reconocimiento de deuda a favor de su madre y los hermanos [del causante] y que ese reconocimiento se concreta en el resultado de la valoración del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula calculado a la fecha de adquisición de la propiedad de los inmuebles respecto al valor actual de los mismos, y, subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula. C) Subsidiariamente, declare que la cláusula 4ª supone el reconocimiento de un derecho a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula desde la fecha de adquisición de la propiedad de los mismos, con todo ello que por derecho les corresponda, y, subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula. D) Subsidiariamente, declare el legado a favor de la madre y los hermanos [del causante] del 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula”.

Un *petitum* que planteaba una petición principal y hasta tres peticiones subsidiarias las unas de las otras y dentro de éstas aún se articulaban peticiones sub-subsidiarias si se me permite el palabro. El TS, fiel a la delimitación que había hecho de la pretensión, decidió aplicar el art. 10.1 CC, calificando el tema como de derechos reales. Elimina cualquier atisbo de calificación sucesoria y de las múltiples pretensiones ejercitadas se fija solo en una y desprecia las otras.

Técnicamente la crítica resulta fácil: los tribunales deben dar respuesta a los demandantes en el orden en que éstos se las piden y solo a las cuestiones subsidiarias cuando la subsidiariedad entre en juego. A los tribunales españoles se les pedía, en primer lugar, que declarasen que dicha cláusula testamentaria era un *legado en pago de deuda*. Y eso es una cuestión sucesoria, se mire desde el punto de vista que se mire. No es una cuestión de derechos reales sobre bienes inmuebles. Sólo si se hubiese desestimado esta pretensión, se podría entrar en la subsidiaria: saber si es un reconocimiento de deuda, y si no lo es, declarar el legado a favor de madre y hermanos... y así sucesivamente. Por simplificar la crítica, la inexistencia o la ineficacia de un legado no lo decide la *lex rei sitae* (aunque sea un legado de bien inmueble, o de usufructo de bien inmueble) sino la ley sucesoria.

Por ver la parte menos agria de la sentencia, creo que puede afirmarse que el giro copernicano del TS en relación con las sentencias de instancia y de apelación, que se habían movido en la dimensión estrictamente sucesoria, no se justifica en términos de estricta técnica jurídica, pero sí tiene explicaciones. La más evidente y simple quizá sea la de resolver una situación en la que la claridad del tema se había visto enmarañada por dos resoluciones anteriores “sin pies ni cabeza” (J.M. Fontanellas Morell, *REDI*, 2014–31–Pr, p. 281, en su comentario a la sentencia de apelación) y que habían terminado por desestimar la pretensión de los demandantes por falta de prueba del Derecho extranjero. Que esta consecuencia siga presente en nuestra práctica forense no deja de ser llamativo (S. Álvarez González, “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, año XXIV, nº 6287, de 4 julio 2005) y que el nuevo art. 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil no haya resuelto de una vez el problema, desilusionante. En todo caso, lo cierto es que la cláusula testamentaria era suficientemente expresiva de la voluntad del causante, como lo eran las múltiples pretensiones, principal y subsidiarias, articuladas por los legatarios (o los titulares del usufructo, si se quiere ver desde esta perspectiva) todas en el mismo sentido.

Y vamos ya con la recomposición. De haber sido más respetuosos con el sistema, el tema se podría haber resuelto de alguna de estas maneras. Dado que la pretensión principal era nítidamente sucesoria, la aplicación de la ley hebraica (sobre el tema J. M. Fontanellas Morell, *REDI*, 2014, pp. 282–283) decidiría sobre la validez del legado. Es posible que apareciese una *cuestión previa* en el seno de tal ley, cual es la existencia de la presunta deuda (recordemos que los demandantes lo califican como legado de deuda) o incluso la propiedad de la cosa legada, pues bien pudiera considerarse que se trata de legado de cosa propiedad del legatario, a la luz de las circunstancias. Y aquí entrarían en juego otras calificaciones y otras normas para resolver las eventuales *cuestiones previas*; pero sobre la existencia y validez del legado sólo puede decidir la ley sucesoria (marroquí hebraica, en aplicación de los arts. 9.8º y 12.5º Cc).

Si conforme a la ley sucesoria pudiese considerarse que la disposición testamentaria es un legado de deuda, porque existe deuda y porque tal tipo de legado es perfectamente admisible para aquella ley, debe estimarse la demanda en lo que atañe a la primera pretensión formulada y no seguir con las demás. Lo que denota el fallo es que en la comprensión del TS, la cosa legada era propiedad de los demandantes (el menos) por reconocimiento del causante a través de una cláusula testamentaria; y esa evidencia es la que pone orejas a su razonamiento para rechazar todo lo que no caiga dentro de la misma. Basta, sin embargo, volver a echar un vistazo a la demanda para percatarse de que tal visión sólo sería apropiada como respuesta a la pretensión ejercitada con carácter subsidiario bajo la letra C) del *petitum*. Previamente hay otras pretensiones. Para llegar allí antes habría que desestimar las pretensiones anteriores, diciendo que no hay un legado de deuda conforme a la ley sucesoria; que tampoco hay un reconocimiento de deuda, conforme a la ley que resultase aplicable al mismo (art. 10.5º Cc o RR I, según la comprensión del TS, que no se decide); y que tampoco hay un legado (de cualquier tipo), otra vez conforme a la ley sucesoria. Sólo después de este periplo, cabe entrar a decidir si “la cláusula 4ª supone el reconocimiento de un derecho [de usufructo] a favor de la madre y los hermanos” del causante. Solo en este momento valdrían los argumentos en torno al contenido típico y atípico del testamento y la calificación real que hace el TS.

¿Pudo haber economía argumentativa? Quizá. Y esta es otra hipótesis con la que pudo jugar el TS: la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero habría de conducir al TS (pues ese es su criterio mayoritario), al contrario de lo que hicieron Juzgado y Audiencia, a la aplicación del Derecho español (probablemente el Cc por lo que parece derivarse de los datos). Aquí, se enfrentaría a las dificultades que presenta el supuesto de hecho para admitir la existencia de un legado de deuda, en la órbita del art. 873 Cc; la misma dificultad para considerar que existe un reconocimiento de deuda; idéntica para poder admitir que se trata de un legado sin más, pues, como a la postre se ve, bien parece que sería un legado de cosa propia del legatario, contrario al art. 866.1º Cc... y ahí volvería a aparecer la cuestión real (ya presente como cuestión previa en la valoración del legado). Mucho laberinto para llegar al mismo lugar, pudo pensar el TS. Pero todos sabemos que, a veces, para caminar derecho hay que andar por atriiles torcidos.

5. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas resuelve uno de los muy frecuentes encontronazos entre notarios y registradores a propósito de actas de notoriedad sobre declaración de herederos *ab intestato* respecto de un causante extranjero, en este caso, alemán. Presentada en el Registro de la propiedad escritura de partición y adjudicación de herencia por quienes se decían herederos del fallecido, el Registrador la rechaza, sobre la base de motivos más o menos recurrentes: la falta de acreditación del Derecho extranjero aplicable a la sucesión y la ausencia de prueba suficiente de que el causante no había otorgado testamento, dado que tan sólo se había presentado una certificación negativa del Registro de últimas voluntades de España. Mientras que el juzgado estima el recurso del Notario contra la calificación negativa del Registrador, la Audiencia revoca la sentencia de instancia estimando la apelación de este último, con argumentos del siguiente tenor.

En lo que atañe a la ausencia de prueba suficiente del Derecho extranjero no nos encontramos aquí ante el supuesto realmente conflictivo en el que el Notario afirma conocer el Derecho alemán sin mayores aclaraciones y el Registrador exige una constancia de ese Derecho para poder, él, tener una certeza del mismo. Esta situación, relativamente frecuente, ha sido objeto de resoluciones de la DGRN habili-

tando al registrador para suspender la inscripción si no le queda acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamente el acto cuya inscripción se solicita, sin que quepa sustituirlo por el Derecho español. El registrador suspenderá, sin más, la inscripción, salvo que conociese suficientemente, él, la legislación extranjera de que se trate (*vid.* mi nota a las Res. DGRN de 2 de marzo y 26 junio 2012, *AEDIPr*, t. XI, 2012, pp. 1263–1266). En el caso que anotamos el Registrador lo tenía más fácil, pues el Notario no hizo bajo su responsabilidad ninguna declaración de conocimiento suficiente del Derecho alemán, tanto en cuanto a su vigencia como en cuanto a la inexistencia de sistema de publicidad de testamentos en Alemania, y el material probatorio aportado, según lo relatado en la Sentencia, se limitó a un certificado expedido por la Vicecónsul de la República Federal de Alemania en Las Palmas, referido exclusivamente a los párrafos 1924 y 1931 Cc alemán en su redacción de 15 septiembre 2008 (fecha, por cierto, anterior a la del fallecimiento del causante). En estas circunstancias, el Registrador tiene la potestad de exigir que la totalidad de los documentos complementarios acreditativos de los hechos que se reflejan en el acta de notoriedad se incorporen al documento; y de requerir también el juicio de conocimiento suficiente por el Notario respecto a los hechos que necesariamente han de tomarse en consideración para declarar la notoriedad incluyendo el conocimiento del Derecho extranjero.

Más interesante resulta, a mi juicio, el tema de la prueba de inexistencia de testamento. Una cuestión capital y consustancial a la declaración de herederos *ab intestato*, pero también para los supuestos en los que exista algún testamento y haya de verificarse si tal es el último (o, en cualquier caso, eficaz para la sucesión). La Sentencia en este punto viene a conciliarse con la doctrina de la DGRN, que en parecidos términos se pronunció un día después a través de su Resolución de 1 julio 2015 (BOE 12.8.2015), también respecto de un causante alemán, con la diferencia de que en este caso se aportaba un testamento otorgado en Alemania y la cuestión dudosa era si era o no el último. El Órgano directivo exige sumar al certificado del Registro español de actos de última voluntad el certificado de algún registro equivalente al país de donde el *causante es nacional*. Trayendo a colación la Res. DGRN de 18 enero 2015 (Servicio Notarial), la DGRN dijo que “dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16 mayo 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional”. La misma doctrina reiteró en su Res. DGRN 13 octubre 2015 (RJ 2015\6485), en relación con la declaración de herederos de un nacional francés. En ausencia de Registro extranjero, la DGRN reconduce el tema al art. 36 RH, donde creo entender un espacio de cierta discrecionalidad para acreditar la existencia o inexistencia de testamento o testamentos, al margen de un sistema eficaz hoy inexistente.

Esta doctrina, sin embargo, no acaba de ajustarse del todo a esta idea plausible y necesaria de que los títulos que accedan al registro deben estar en perfecta sintonía con la realidad sucesoria. En especial en lo tocante a la vinculación entre documento exigible y registro (o equivalente) del Estado nacional del causante. La idea que trasluce la doctrina analizada es que dado que la sucesión se rige por la ley nacional del causante, además de la certificación del Registro de últimas voluntades español, habría que traer algo procedente del alemán (en el caso de la sentencia que anotamos), francés (en el caso de la citada Res. DGRN 13 octubre 2015), etc. Esta vinculación entre ley sucesoria y prueba documental sobre la existencia o no de testamento se me antoja de cierta rigidez. Proyectada sin más a los supuestos, cada vez más numerosos con la aplicación del Reglamento 650/2012, en los que la ley aplicable sea la española de la última residencia habitual del causante, la consecuencia formal sería que bastaría con la certificación del Registro de últimas voluntades español... y eso es a todas luces insuficiente.

En este sentido, parecen más prudentes (aunque ciertamente mucho más exigentes) las cautelas que plantea la sentencia anotada: “No existe limitación alguna a los medios que puede exigir el notario para acreditar tanto el Derecho extranjero como la inexistencia de testamento otorgado (no sólo en España sino también ante autoridades del país del que el causante fuera nacional... [...]) es más, si al notario le constase que el fallecido ha residido gran parte de su vida en algún país distinto a España y al de que

fuera nacional, lo razonable para emitir el acta de declaración de herederos ab intestato es que pida justificación documental –si existiera sistema de publicidad de testamentos otorgados en aquel Estado– incluso de que no otorgó testamento en ese otro país”. *Probatio* diabólica en función de las circunstancias y de la sensibilidad de Notario y Registrador, que aboga, sin duda, por profundizar en la cooperación internacional vinculada al registro de testamentos y declaraciones de última voluntad.

6. La *rara avis* a la que me he referido en la introducción la constituye la SAP Islas Baleares 3ª 4 mayo 2016. Su supuesto de hecho puede ser un sueño o una pesadilla para el internacional privatista en función del día y de lo que tenga que hacer con él. Pero de lo que no cabe duda es de que sirve para poner de manifiesto la importancia de la competencia judicial internacional y, quizá, la sospecha de que el tribunal veía el caso más como pesadilla que como sueño y respiró aliviado cuando declaró la incompetencia de los órganos judiciales españoles para conocer de la demanda interpuesta por el hijo extramatrimonial del causante contra la viuda y sus tres hijos (matrimoniales) menores en reclamación de sus derechos sucesorios.

Esta forma simple de sintetizar el caso esconde, sin embargo, una complejidad inusual que merece también ser descrita, aún prescindiendo de matices que lo convertirían en un colosal galimatías. Comencemos por el causante: nacido rumano, que adquirió la nacionalidad española en 1978 (presumiblemente por residencia), que adquirió la nacionalidad griega el 11 mayo 2000 y que –esto resultará clave en el devenir del caso– perdió la española el 11 mayo 2003. Sus residencias y sus intereses económicos estuvieron repartidos, presuntamente, por numerosos países, siendo España el de su último domicilio. Deja viuda y tres hijos menores, que constituyen la parte demandada. El demandante es hijo no matrimonial del causante según sentencia dictada por los tribunales alemanes, que fue reconocida en Grecia y que, tras fracasar un último recurso de revisión por parte de una de las demandadas, está pendiente de que el Tribunal Constitucional Alemán emita un juicio al respecto. La sentencia alemana de filiación no se ha reconocido en España, pero, aparentemente, su reconocimiento en Grecia tuvo cierta relevancia en que se considerase eficaz por el Juzgado de primera instancia español (!). El causante hizo testamento ológrafo en Milán, instituyendo herederos universales a partes iguales a su esposa y a los tres hijos comunes; dicho testamento fue protocolizado en Grecia, donde pende un procedimiento al respecto.

La demanda tiende en esencia a que se le reconozcan al demandante sus derechos hereditarios respecto del causante en virtud de su cualidad de hijo; las concretas peticiones varían en función de las que se consideran principales y las subsidiarias, así como las articuladas con ocasión de una ampliación de demanda tras resolverse el incidente de incompetencia de jurisdicción de los tribunales españoles, declarando la plena competencia de los mismos (en primera instancia). La esencia de la demanda se articula en torno a la ley española, que el demandante dice ser la aplicable y la nulidad del testamento ológrafo. Los demandados plantean declinatoria por falta de competencia internacional, que pierden en la instancia y repiten en apelación; sobre el fondo, defienden la desestimación de la demanda y en aplicación del Derecho griego, la plena eficacia de lo dispuesto en el testamento que, junto a la *preterición intencional* del demandante, dejaría los derechos sucesorios de éste reducidos a una legítima de 3/32 partes del caudal hereditario.

En estos términos, el devenir de un supuesto similar pasaría por la aplicación de la plantilla de LOPJ, dando competencia a los tribunales españoles por ser España el último domicilio del causante (art. 22.3º en su versión anterior a la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y art. 9.8º Cc, con sus conocidas apelaciones a la última ley nacional del causante y los principios de unidad y universalidad de la sucesión. Sin embargo, en este devenir se cruza el obsoleto y prácticamente nunca utilizado Convenio entre España y Grecia, celebrado el 6 marzo 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente, para alterar radicalmente el razonamiento. Esta llamativa y posible única excepción vigente relevante a la unidad y universalidad del art. 9.8º deja de ser aplicable dentro del ámbito material y temporal del Reglamento 650/2012, en virtud de lo dispuesto en el art. 75.2º de la norma europea, pero lo es al caso analizado. Y lo es no sólo, para establecer una excepción a los principios de unidad y universalidad mencionados, sino para alterar sustancialmente las reglas de competencia

judicial internacional. Y sobre estas reglas más las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad española gira la clave de la sentencia.

El art. 13.1º del Convenio señala que “La sucesión de los bienes inmuebles, así como el conocimiento de toda demanda o contestación, concernientes a las sucesiones de los bienes inmuebles, se regirán por los tribunales u otras Autoridades competentes del país dentro del cual estén situados los inmuebles y conforme a sus leyes”; por su parte, el art. 14.1º dispone que “La sucesión de los bienes muebles, así como el conocimiento de toda demanda o contestación relativa a ellos, se regirá por los tribunales o Autoridades competentes del Estado a que pertenezca el difunto y conforme a las leyes de ese Estado”. El acuerdo sobre la inexistencia de inmuebles en el caudal relicto motivó el enfrentamiento entre demandante y demandados sobre la nacionalidad del causante: el grueso de la sentencia se vuelca en valorar un sinfín de elementos fácticos y jurídicos para saber si tras adquirir la nacionalidad griega, el causante había perdido la española por aplicación del entonces vigente art. 24 Cc en su redacción dada por la Ley 18/1990: “Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación”. La conclusión es que la perdió y que los Tribunales españoles son, pues, incompetentes para conocer de la sucesión de este causante griego.

Como coda y mera cuestión de detalle, he hablado de llamativa y posible única excepción vigente... pero el Convenio con Grecia no ha sido el único en prever soluciones desviadas de la general basada en la personalidad, la unidad y la universalidad de la sucesión. El Convenio entre España y Rusia determinando las facultades de los cónsules en las testamentarias de sus nacionales, Firmado en un solo texto francés en San Petersburgo, el 14 (16) junio 1876, establecía en su art. 10 que “La herencia de los bienes inmuebles se regirá por las leyes del país en que éstos estén situados, y el conocimiento de toda reclamación o duda concerniente a la parte inmueble pertenecerá exclusivamente a los Tribunales de dicho país. [...] Las cuestiones suscitadas sobre partición de bienes muebles dejados en uno de los dos países por súbditos del otro, serán juzgados (*sic*) por los Tribunales o autoridades competentes del Estado a que pertenezca el difunto, y en conformidad con las leyes de ese Estado” (la indefinición de la fecha la reproduce de Ministerio de Asuntos Exteriores, *Tratados consulares de España vigentes en 1 enero 1958*, Madrid, Gráficas Arges, 1958, p. 525, de donde deriva que ya en 1958 se consideraba el Convenio no vigente). También el Tratado de Comercio y Navegación entre España y Bélgica, firmado en Madrid, a 4 mayo 1878, contenía un art. 2 en el que podíamos leer: “Si se suscitaren cuestiones entre los diversos postulantes respecto del derecho que tengan a las propiedades de la sucesión, deberán resolverse por los Jueces según las leyes del país en que estén situadas las propiedades...”. Curiosidades que no han depurado la sorpresa del Convenio hispano-griego.

7. El último capítulo de esta crónica lo constituyen las dos decisiones que se enfrentan a la complicación que introduce en una sucesión un *trust* inter vivos constituido por el causante fuera de España. La complejidad de ambas exige análisis que sobrepasan con mucho los marcos de la presente nota (*vid.*, en relación con la SAP Granada 30 junio 2015, la nota de R. Lafuente Sánchez, *REDI*, 2016–18–Pr, pp. 215–218). Significativamente ambas poseen una muy visible simetría, manifestada en los siguientes puntos: en primer lugar, en ambas se mezclan los aspectos sucesorios con los aspectos propios del *trust* pero manteniendo una prudencial separación entre ambos, de tal manera que no llega a plantearse de forma cruda el conflicto derivado de la afectación de los derechos sucesorios por la constitución de un *trust* o, mejor, no llega a aplicarse la ley sucesoria (italiana en un caso y española en el otro) con el injerto siempre incómodo de la institución anglosajona. Esta mezcolanza tiene, no obstante, distintos matices: en la Sentencia de la AP de Madrid, las pretensiones que parecen estar en primera planta son sucesorias (aunque una de ellas sea la petición de nulidad del *trust* y otra, fundamental, verse sobre la responsabilidad del gestor), hasta el punto que la que se estima es la de *adición de herencia*. En todo caso, el tribunal realiza una muy estimable delimitación entre las distintas pretensiones (nulidad de partición, adición de herencia, por un lado y rendición de cuentas más indemnización del gestor, por otro) al hilo de valorar el sesgo de la acumulación de acciones pretendida. Los FD 4º y 5º son una excepción a esta visión, es decir, razonan en términos esencialmente sucesorios, pero la solución de la AP no llega a exprimir todo el potencial que tienen, pues los reconduce al resto de las pretensiones sobre el

trust. Por su parte, en la Sentencia de la AP de Granada la primera plana la ostentan las cuestiones vinculadas al *trust*, ya que si bien es cierto que objeto de la demanda era la declaración de herederos y la inclusión en la herencia de los bienes aportados por el causante al *trust*, el principal debate –como la Audiencia desvela con acierto– era el alcance de la actividad del *trustee*: la adopción de medidas cautelares que prohibiesen realizar actos de disposición, la nulidad de cualquier acto de disposición futuro y en especial de disposición de determinados inmuebles radicados en España y pertenecientes a una sociedad también integrada en el *trust*.

En segundo término, en ambos supuestos también se observan pretensiones (que en la maraña de las sucesorias, las societarias y las directamente vinculadas al *trust*, no dejan de ser *esenciales*) tendentes a prevenir presuntas situaciones futuras de riesgo (para los derechos hereditarios, pero también para la propia gestión del *trust*) que en una de las sentencias (la de Madrid) aparecen más difuminadas dentro de una idea general del *trust* como fraude a los derechos sucesorios (FD 5º), mientras que en la otra (AP de Granada) son, como hemos señalado, objetivo esencial de la demanda.

En tercer lugar, en ambas existieron o existen sendos supuestos de litispendencia parcial (incluso con varias sentencias recaídas en el Reino Unido) sobre aspectos relativos a las relaciones internas del *trust*. Curiosamente, esta separación tan manifiesta de las pretensiones planteadas ante los tribunales españoles hace que sean fácilmente distinguibles las cuestiones típicamente vinculadas a la vida del *trust* y que se ventilan o se han ventilado ante los tribunales británicos. Así lo decide expresamente la Sentencia AP de Madrid respecto de las pretensiones de rendición de cuentas y responsabilidad de uno de los demandados (FD 3º, al referirse al litigio seguido ante la *High Court* de Londres). Mientras en la Sentencia de Granada se limita a señalar que *no compete a este Tribunal corregir las decisiones de otro Tribunal* (el de Jersey que se había pronunciado en varias ocasiones sobre la extinción del *trust*).

Por último, en ambas existe una ausencia nítida (al menos no reflexiva ni argumentada) sobre la ley aplicable al *trust*. Ambas dan por bueno que el *trust* está sometido a la ley inglesa (FD 5º de la Sentencia de la AP de Madrid y 2º y 3º de la Sentencia de la AP de Granada, que se refiere en concreto a la ley de Jersey). Y lo cierto es que una buena parte de los aspectos vinculados al *trust* eran objeto de procedimientos en el Reino Unido; también que se aprecia una clara asunción de la esencia del *trust*, en el sentido de que en ambas sentencias se da por bueno en su configuración clásica, para afirmar la ajenidad y la separabilidad de los bienes del *trust* respecto de los del causante. Quizá en otras posteriores sentencias que involucren *trust* y sucesiones, que sin duda van a llegar, aparezca este tema y se planteen los conflictos entre *trust* y ley sucesoria con más crudeza.

LEY SUCESORIA EXTRANJERA: PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO

2016/103.– Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Tercera, Sentencia nº 156/2015, de 22 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco. JUR 2015\220788.

Legitimación activa en procedimiento de desahucio: inexistencia.– Condición de heredero.– Necesidad de acreditación.– Derecho extranjero no alegado ni probado.– Desestimación de la demanda.

Normas aplicadas: Art.s. 136 y 281.2º, 400 y 456.1º LEC; arts. 936 y 937 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela.

[...]

En el presente procedimiento, la resolución recurrida desestimó la demanda de desahucio por precario interpuesta, por falta del acto formal declaratorio de herederos de los actores; resolución contra la que se alza las parte actora en defensa de las pretensiones íntegras deducidas en la demanda.

La resolución recurrida desestima la demanda, acogiendo la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, y asimismo la de falta de legitimación pasiva, en realidad, en el fondo, de la propia demandada. En lo que se estima relevante para resolver el recurso, la sentencia, en esencia, expresa, que para ser declarado heredero no es suficiente con la mera mención del parentesco con el causante en el certificado de defunción, como aducen los demandantes; que el Derecho extranjero debió ser probado por la parte actora, la cual ni siquiera menciona en los fundamentos de derecho de su demanda la aplicabilidad de la normativa extranjera, y la última razón es que consta a la juzgadora que los arts. 936 y 937 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela regulan el procedimiento adecuado para la declaración de herederos, de tal modo que al igual que en la legislación española existe un trámite necesario para ser declarado heredero, tramite este que no consta que se haya efectuado por los actores los cuales no gozan por tanto de su cualidad de herederos; y que si bien consta que D. Marcial no otorgó testamento en España, no consta que no lo otorgará en Venezuela y que para el caso de la resolución declaratoria de herederos se hubiere obtenido en Venezuela se considera necesario el exequátur a efectos de que fuese dicha resolución extranjera eficaz en España.

Después del estudio de lo actuado, la Sala no puede por menos que compartir los acertados razonamientos de la resolución recurrida por su corrección, que no han sido desvirtuados por las alegaciones de los recurrentes, pues es suficiente con decir, que es norma de derecho interno que el ordenamiento extranjero precisa su alegación y prueba por la parte que pretenda su aplicación, y nada de esto tuvo lugar, en tiempo y forma, por la parte demandante, antes al contrario, en los fundamentos jurídicos de la demanda se invocan preceptos de nuestro ordenamiento, procesales y sustantivos, así como jurisprudencia de nuestros tribunales, de modo que, en primer lugar, ya no es posible pretender la aplicación del Derecho venezolano, en virtud de la efectividad de la preclusión de los actos procesales respecto de la acción ejercitada y sus fundamentos, como es reiterada jurisprudencia y prescriben los arts. 136 y 400 LEC, preclusión que no sólo se produce respecto de las pretensiones, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 456.1º LEC, que rige para la segunda instancia, se prescribe que el objeto del recurso de apelación lo será “con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia”, como tiene declarado jurisprudencia reiterada en el sentido de que el recurso de apelación aunque permite al tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia (SSTS 2 diciembre 1983, 6 marzo 1984, 20 mayo 1986, 19 julio 1989, 21 abril 1992 y 9 julio 1997, entre otras), y en todo caso, excluyendo aquellos que no hayan sido formulados en tiempo y forma, según establece la LEC (STS 21 octubre 2005); pero no obstante, en todo caso, como es criterio jurisprudencial, quien invoca el Derecho extranjero debe acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso (STS de 13 diciembre 1994, por ejemplo), según la norma inveterada de nuestro derecho contenida, hoy, en el art. 281.2º LEC, al decir que: “El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, y aunque cabe la posibilidad de que por el juzgador se conozca o averigüe el Derecho invocado, conocimiento que a la juzgadora de instancia le sirve también precisamente para desestimar la demanda, lo cierto es que, como se dijo, no fue expresamente invocado en la demanda, por lo que ni puede pretenderlo ahora la parte recurrente, ni impedir la pertinente aplicación del Derecho español; todo lo cual conduce necesariamente a la consiguiente confirmación de la resolución recurrida, sin necesidad de entrar en más planteamientos por carecer de relevancia.

SUCESIÓN INTERNACIONAL. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

2016/104.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 105/2015, de 27 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva. JUR 2015\202046.

Sucesión hereditaria.— Ley aplicable.— Testamento de nacional británico disponiendo de los bienes que se hallen en España.— Preterición de hijos matrimoniales: legítima.— Ley inglesa que reenvía a la ley española.— Condiciones.— Aceptación del reenvío de retorno.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 9.8 y 12.2º Cc.

[...]

Dispone el art. 9.1º Cc que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. En virtud de este precepto, como el padre de la demandante es de nacionalidad británica, su sucesión por causa de muerte se debe regir por el derecho inglés.

Refuerza esta postura el mismo art. 9.8º: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”. En la redacción dada a este precepto y número se hallan todas las formas de delación a la herencia de una persona, con refuerzo del criterio universalista del sistema sucesorio familiar y que concibe la herencia como una unidad, con independencia de la forma del testamento y el fondo de la sucesión. Pero el mismo número 8 sigue diciendo: Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

En el testamento otorgado en España por Don... en fecha..., y atendiendo a su ley nacional, la inglesa, se dice que instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones en España, a su esposa Dª.... Con el mismo no se está respetando la legítima de la hija que, por otra parte, no debe hacerlo por cuanto en el derecho inglés existe la total libertad de testar, pero la norma que rige la sucesión por causa de muerte en el derecho inglés escinde la sucesión hereditaria en dos regímenes jurídicos: la herencia de los bienes inmuebles estará sometida a la ley aplicable por razón de su situación, y la de los muebles será regulada por las normas de aplicación en el lugar donde el causante hubiere tenido su última residencia.

En el caso presente solamente se hace referencia al bien inmueble situado en España..., por lo que la sucesión se rige, en cuanto a las legítimas, por la remisión que se hace a la ley española. Y así nos encontramos con el art. 12 Cc, que en su nº 1 dice que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española; y en su nº 2, que la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. [...]

Nos hallamos ante la aplicación de la ley nacional del causante que es la inglesa, la que remite a la ley española por el lugar de ubicación de los bienes inmuebles, incluso si se tratara de muebles, por el domicilio del causante, lo que en ambas casos sería la ley española, y en esta, con clara protección de las legítimas.

La sentencia de esta Sala nº 124, de 10 marzo 2003 vino a resolver un supuesto semejante para acudir inexorablemente a la ley nacional con la afirmación de la total libertad de testar. Sin embargo, atendiendo a la más reciente jurisprudencia, siendo de ver las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, de 28 junio 2004, de Murcia (sede de Cartagena) de 30 noviembre 2011, y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 septiembre 2002, debe atenderse a la aplicación de la ley española y el respeto a las legítimas.

Dice esta última sentencia, enmarcando que la posición de la recurrente era que debía respetarse la voluntad del testador (nacional inglés) de legar a su esposa los bienes inmuebles existentes en España, manifestando en el testamento que la disposición es posible con arreglo a su ley personal, y ello obligaba a no aceptar el reenvío al Derecho español, que el motivo debe desestimarse, pues la aplicación de la ley española, a la que se reenvía el Derecho inglés, que es la ley personal del causante, respecto de los inmuebles sitos en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que es a lo obedece la regla del art. 9.1º Cc [...] Toda la doctrina expuesta es aplicable al caso que nos ocupa por cuanto el causante Don Santiago era nacional británico, pero los bienes que se mencionan son inmuebles y se encuentran en España, como así fue declarado en la sentencia de instancia sin contradicción. Por ello procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución impugnada al estar ajustada a Derecho.

SUCESIÓN INTERNACIONAL Y TRUST INTER VIVOS. DELIMITACIÓN DE PRETENSIONES

2016/105.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, Sentencia nº 226/2015, de 8 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Guglieri Vázquez. JUR\2015\174811.

Sucesión por causa de muerte.— Trust inter vivos.— Nulidad de partición de herencia.— Solicitud de adición de herencia.— Solicitud de nulidad del trust.— Petición de responsabilidad por gestión.— Litispendencia internacional.

Normas aplicadas: Arts. 6.3º, 670, 781 a 789, 806, 813, 815 y 817 y concordantes, y 912 ss Cc.

[...]

Cuarto.— Como motivo de fondo se plantea la nulidad del trust analizando en primer lugar la STS 30 abril 2008. Para los apelantes la validez del trust se ha declarado desconociendo el Derecho inglés y las contradicciones con normas imperativas españolas del Derecho sucesorio infringiendo las formas del testamento (art. 676 ss Cc), las sustituciones fideicomisarias (arts. 781 a 789 Cc), el sistema de legítimas, su intangibilidad y complemento (arts. 806, 813, 815 y 817 y concordantes), la sucesión intestada (arts. 912 ss), la prohibición del testamento por comisario (art. 670 Cc) y el art. 6.3º.

Siguiendo el orden que mantiene la apelante, la cita de la STS 30 abril 2008 excede del alcance que se confiere a la misma en la sentencia recurrida, limitada a señalar las características esenciales del trust estudiados en el FD 4º de dicha resolución de 30 abril 2008 cuyos particulares entrecomillados reproduce: “De su importancia e implantación da muestra... etc.”. Lo cierto es que la sentencia apelada solo menciona la del Tribunal Supremo para destacar aquellas características. Otra cuestión distinta es si como modalidad de fiducia, el trust controvertido se ajusta a la ley española a cuyo efecto la Juzgadora de instancia destaca la situación en la que el “trustee” o fiduciario debe gestionar el fideicomiso (condición 4.3) habiéndose constituido el trust por acto inter vivos, trust todavía vigente. Este punto adquiere especial interés porque en la STS comentada, “... se trataba de un trust constituido mortis causa y acudía a la norma de conflicto propia de esa sucesión (art. 9.8º Cc) aunque entonces no se probaba el Derecho extranjero. Ahora se constituye un patrimonio separado por decisión del propietario de unos bienes; D. Fulgencio (settlor o trustor, fideicomitente en español) creó el trust el 11 junio 1984 transfiriendo las acciones de González Byass & Co Limited al entonces fiduciario Fidei Trust Company Limited (...). Es, pues, un acto de plena disposición de bienes, válido desvinculado de cualquier vicisitud posterior y muy anterior al fallecimiento de D. Fulgencio el 16 diciembre 1991, siete años más tarde. Desde esta posición inicial la apelante desarrolla una detallada exégesis de las distintas figuras del derecho sucesorio afectadas por la desestimación de la nulidad del trust tal y como se expuso al comienzo de este Fundamento.

Quinto.— Ese planteamiento agrupa distintas consecuencias que denuncia como infracciones del derecho sucesorio español pero bajo un denominador común plasmado en el Suplico de la demanda 1 tercero: que el Fulgencio Trust ha sido instrumento de fraude de los derechos hereditarios de los hijos y herederos de D. Fulgencio. Lo que ocurre es que esas consecuencias se están planteando como una casi presunción de fraude anticipado. Tan es así que se impugna la validez del trust según unas hipótesis de futuro con interrogantes sobre la situación de los dividendos de las acciones producidos a lo largo de décadas, la posible falta de reparto igualitario del patrimonio entre los hijos de D. Fulgencio por el trustee o el derecho de representación. Todas esas situaciones coinciden parcialmente con las alusiones a la rendición de cuentas de D^a Amparo. Incluso se alega el riesgo de un intento de desheredar a los apelantes de las acciones de González Byass cuando se deshaga el trust, situación posible según la cláusula 4.2 del documento constitutivo del trust. La conclusión final con cita de la condición 4.3 es la presunción o riesgo de su incumplimiento de donde deriva la prueba del fraude. El problema es como ya hemos indicado, que se están anticipando unas situaciones de riesgo como equivalentes a un fraude cuando la realidad es que todavía esas situaciones no han ocurrido. El temor ante un posible incumplimiento no se puede equiparar al fraude de unos derechos, por eso la sentencia destaca que el trust está todavía vigente como patrimonio separado con independencia de cualesquiera otras acciones por “razón de su utilización por D^a Amparo para defraudar... etc.”, amplio abanico de posibilidades sin excluir las actuales en ejercicio al regirse el trust por la ley inglesa.

DELIMITACIÓN ENTRE LA LEY SUCESORIA Y LA LEX REI SITAE. CALIFICACIÓN

2016/106.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia n^o 342/2015, de 23 junio 2015. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno RJ 2015/4484.

Sucesión por causa de muerte.— Derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España.— Calificación y delimitación de las normas de conflicto.— Ley aplicable.— Testamento: distinción entre el contenido patrimonial sucesorio propio o típico del testamento y el impropio o atípico referido a cualquier otro acto o manifestación de voluntad que aproveche la formalidad testamentaria.— Legado: inexistencia.— Reconocimiento testamentario del derecho de usufructo de terceros sobre bienes inmuebles objeto de disposición en el testamento.

Normas aplicadas: Arts. 9.8^o, 10.1^o, y 12.1^o Cc.

[...]

5. Conviene empezar señalando que para la fundamentación del presente caso resulta necesario centrar la atención en la operación de calificación jurídica que previamente conduce a la determinación de la norma de conflicto aplicable, según la técnica del Derecho internacional privado.

En efecto, la determinación de la concreta norma de conflicto exige un previo proceso de interpretación de las categorías o conceptos jurídicos incardinados en el supuesto de hecho a considerar. En nuestro sistema, por aplicación del art. 12.1^o Cc esta calificación que encierra la interpretación conceptual del supuesto de hecho se realiza de acuerdo a lo dispuesto en la ley española.

En el presente caso, de acuerdo con la cuestión debatida, resulta imprescindible entrar en el análisis de la naturaleza y el alcance que realmente presenta la cláusula cuarta del referido testamento, pues del resultado del mismo va a depender la determinación de la norma de conflicto que va a dirimir la normativa objeto de aplicación.

En esta línea, si atendemos a nuestro Derecho de sucesiones, como norma aplicable a los efectos de la calificación del entramado jurídico del supuesto de hecho, puede observarse, con nitidez, que desde el punto de vista del contenido del testamento cabe distinguir entre: un contenido propio o típico del mismo, consistente en la disposición patrimonial mortis causa, casos de la institución de heredero y del

legado; y un contenido impropio o atípico referido a cualquier otro acto o manifestación de voluntad que aproveche la formalidad testamentaria, casos, entre otros, de reconocimiento de hijos, rehabilitación del indigno, pero también de reconocimiento de deuda o de cualquier otro derecho de contenido patrimonial. Distinción que, por lo demás, encuentra un reconocimiento normativo en la interpretación sistemática de los arts. 741 y 873 Cc.

En este contexto, la interpretación de la citada cláusula cuarta del testamento, conforme a la voluntad declarada por el testador, no ofrece duda al respecto pues nos encontramos ante un claro reconocimiento del Derecho alegado por la parte demandante. En efecto, sólo en este sentido puede interpretarse el reconocimiento fiduciario que el testador realiza sobre la titularidad dominical de los inmuebles adquiridos con anterioridad a su matrimonio, declarando que “no son suyos únicamente” por haberlos adquirido conjuntamente con capital de todos ellos (madre y hermanos). Este reconocimiento del derecho de los demandantes, que no se integra en la naturaleza y alcance de las disposiciones testamentarias, resulta clave para la determinación de la norma de conflicto aplicable que vira, necesariamente, del art. 9.8º Cc y, por ende, de la ley nacional del causante (Derecho hebreo), hacia el art. 10.1º del citado Cuerpo legal y, por tanto, a la ley territorial donde se hallen los bienes inmuebles en cuestión, esto es, la legislación española.

Idéntica conclusión se obtiene si se interpreta, como también resulta posible, el citado reconocimiento del derecho en el plano obligacional derivado de un reconocimiento de deuda (art. 10.5º Cc), en donde la remisión al Reglamento Roma I) conduce, por aplicación analógica, a la ley del país donde el deudor tenga la residencia habitual (art. 4.2º de dicho Reglamento).

Por último, la configuración que realiza el testador acerca de dicho reconocimiento del derecho de los demandantes, esto es, a modo de legado de usufructo vitalicio de los inmuebles, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de la calificación realizada. Entre otras razones, porque dicha configuración desnaturaliza la esencia de la atribución patrimonial que viene implícita en el reconocimiento de deuda efectuado al reconocerles, únicamente, un mero derecho de usufructo, de forma que no adquieren realmente los bienes y tras su muerte pasan a los herederos de la herencia. Aparte de que el testador, como señala la parte demandante, no puede legar bienes que no sean de su propiedad, salvo que se entienda, y aquí no es el caso, que se trate de un legado de cosa ajena.

DECLARACIÓN DE HEREDEROS POR EL NOTARIO Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

2016/107.– Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Cuarta, Sentencia nº 236/2015, de 30 junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. María Elena Corral Losada. JUR\2015\251292.

Declaración de herederos ab intestato.– Causante alemán.– Prueba del Derecho extranjero por el Notario.– Acreditación de la inexistencia de testamento por el notario.– Nota de calificación del Registrador.– Calificación negativa.

Normas aplicadas: Art. 36 Decreto 14 febrero 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

[...]

Expuesto lo anterior, la Sala entiende que siendo responsabilidad del Sr. Registrador la calificación registral y estando la misma sujeta al principio de legalidad, puede el Sr. Registrador exigir que la totalidad de los documentos complementarios acreditativos de los hechos que se reflejan en el acta de notoriedad se incorporen al documento así como que si no existe prueba documental puede requerir el juicio de conocimiento suficiente por el notario respecto a los hechos que necesariamente han de tomarse en consideración para declarar la notoriedad (como la apertura de sucesión intestada, como presupuesto mismo del derecho sobre la herencia de quien se afirma como sucesor intestado) como lo es el Derecho extranjero, comprendiendo la ley de aplicación, su vigencia y su interpretación jurisprudencial.

dencial en el país en cuestión (tanto, además, en cuanto a la sucesión intestada y el orden de suceder en el país de que fuere nacional el causante, como respecto a los sistemas de publicidad del otorgamiento de testamentos existentes en el país de que fuere nacional el extranjero causante). [...]

El notario otorgante no efectúa en el acta de notoriedad manifestación alguna bajo su responsabilidad de que tenga conocimiento suficiente del Derecho alemán ni en lo que se refiere a la ley material ni en lo que se refiere al sistema de custodia y publicidad de testamentos que pueda existir en el país de que era nacional el causante (expresando el derecho que en consecuencia sería de aplicación a la sucesión mortis causa y expresando que a su entender no existe sistema alguno de publicidad de testamentos en Alemania (sistema cuya existencia ni siquiera niega en la demanda formulada limitándose a afirmar que en el momento en que se emitió el acta de notoriedad no existía un registro centralizado de testamentos –sin hacer mención alguna a la existencia del sistema descentralizado de publicidad de testamentos depositados a través del registro civil de nacimiento del finado– y que en todo caso el notario español no tiene acceso a esa información –olvidando que la carga de la prueba de los hechos y del Derecho extranjero como tal hecho es de los solicitantes del acta, y que el notario sí podía pedir a los solicitantes la acreditación documental del Derecho que rige la publicidad de testamentos en el país de origen y, de resultar de dicha acreditación que existe sistema de publicidad de testamentos, la documentación acreditativa de que no consta ante las autoridades del Estado de nacionalidad del causante la existencia de testamento alguno–. No existe limitación alguna a los medios que puede exigir el notario para acreditar tanto el Derecho extranjero como la inexistencia de testamento otorgado (no sólo en España sino también ante autoridades del país del que el causante fuera nacional –autoridades que, aunque no fuere más que por razones idiomáticas, de conexión cultural y de derecho material aplicable, serían las destinatarias naturales de un testamento otorgado por el fallecido–; es más, si al notario le constase que el fallecido ha residido gran parte de su vida en algún país distinto a España y al de que fuera nacional, lo razonable para emitir el acta de declaración de herederos ab intestato es que pida justificación documental –si existiera sistema de publicidad de testamentos otorgados en aquel Estado– incluso de que no otorgó testamento en ese otro país).

Y como señala el Registrador, el certificado incorporado, que sólo recoge los parágrafos 1924 y 1931 Cc alemán en su redacción de 15 septiembre 2008, no basta para acreditar la vigencia de dichos preceptos en la fecha de fallecimiento del causante (posterior a la del certificado en cuestión).

TRUST INTER VIVOS Y SOLICITUD DE INCLUSIÓN DEL PATRIMONIO DEL TRUST EN EL CAUDAL HEREDITARIO

2016/108.– Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera, Sentencia nº 158/2015, de 30 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Requena Paredes. TOL5.439.260.

Sucesión hereditaria.– Ley aplicable.– Causante italiano.– Trust.– Titularidad de los bienes del trust.– Medidas provisionales.– Solicitud de prohibición de disposición de determinados bienes inmuebles situados en España y propietarios de una sociedad que, a su vez, forma parte del trust.– Verdadero objeto del pleito.– Litispendencia.– Procesos y sentencias seguidos y dictadas en el Reino Unido.

Normas aplicadas: Art. 9.8º Cc; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

Esto es se trata a lo largo del proceso y por parte de los demandantes de eludir el interesante debate jurídico sobre si el patrimonio de la entidad 'Arewa Holding Limited' o del propio trust creado por el causante, según su expresa manifestación para evitar los impuestos sucesorios en España, es patrimo-

nio del causante, de las sociedades aportadas al trust o de 'Arewa Holding Limited', receptora y controladora de las sociedades incluidas en el mismo, con despreocupación de si ha de regirse su disolución por las normas propias del trust y conforme a la Ley de Jersey, lo que el Tribunal de esa isla británica ha reiterado una y otra vez en sus distintos pronunciamientos, a los que ahora haremos referencia, pero desde luego lo que no puede ser viable, como antes apuntábamos y es lo que dice el fallo de la sentencia apelada, es la nulidad de cualquier acto (repetimos futuro) que el trustee efectuara dentro de su deber de gestión del fideicomiso o del trust discrecional encomendado a 'Herald Trustee Limited', sin traer al proceso a los verdaderos titulares afectados por esa nulidad, pues los hechos posteriores a la demanda de la que, pese a su constancia en los autos, la apelante se desentienden y los apelados solo lo aprovechan para confirmar los temores que justificaban la demanda, lo que realmente revelan es que no fue el demandado en su propio nombre o en la representación jurídica del tan repetido Trustee, sino el Juez de Jersey (Comisionado) que, antes de la sentencia de apelación que ahora nos ocupa, autorizó (bendijo en expresión inglesa) la venta de 'Agreste' en Sentencia de 14 mayo 2014 al acoger las reclamaciones del señor Efraín ante la necesidad de extinguir y disolver un trust ante el carácter deficitario del mismo en lo que atañe a 'Agreste', descrita por el demandado como "sociedad de muchos bienes y poca liquidez" y cuyos intentos de lograr esa autorización se remontan (primera declaración jurada) al 22 agosto 2013, presentada ante la Corte de Jersey (...) en los que el demandado resume la historia fundacional y de vicisitudes posteriores.

Fue ese primer intento de venta con reparto en las participaciones de los hermanos, lo que sin duda motivó la demanda que ahora nos ocupa, y que como antes decíamos, tenía más interés en el carácter instrumental de las medidas cautelares, "prohibir al trustee" cualquier acto de disposición, que en sus propias acciones de defensa de la herencia y amenaza de nulidad que integraba la demanda principal.

Prohibición de actos de disposición del trustee por el tribunal de instancia español cuando, a quien el trustee solicitaba autorización era a la Corte inglesa de Jersey previa audiencias de las partes afectadas, o lo que es igual de los actores en este procedimiento, que plantearon la misma prohibición allí, que es donde deberían haberlo hecho. Dicho de otro modo, los actores se defienden de la suerte del trust en la corte de Jersey y en el Tribunal de Almuñécar, piden que todo lo que se acuerde por aquella Corte sea nulo y ello, además, sin plantear ninguna declinatoria internacional ni excepción de litispendencia, y al margen de la verdadera ley aplicable y de la competencia exclusiva del Tribunal de Jersey. En definitiva se asumió por el juzgado de instancia y por las propias partes un litigio de incompatible e irreconciliable con el que paralelamente se seguía en Jersey.

El Tribunal inglés resulta competente para resolver sobre los conflictos entre los beneficiarios del "Trust 18 de Agosto", los 6 hermanos, todos ellos titulares, en los mismos porcentajes de participación, de un 16'33 %, con un 2'02 % para otra hermana (doña Eufrosia) de la que no hay más referencia que la adición como beneficiaria del Trust en ese porcentaje, y al mismo tiempo se pedía al Tribunal español que el demandado no vendiera o dispusiera del "...", en grave situación económica y de impagos, con cambio de administrador, durante la tramitación de los dos procesos.

Esto es. No es solo que por la ley de la Isla de Jersey sobre fideicomisos (trust) de 1984 se rija el mismo por la ley de esa Corte y territorio (arts. 3 a 5), sino que la normativa comunitaria, Reglamento nº 44/2001 del Consejo de la CEE de 22 diciembre 2000, relativa a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su art. 5.6 señala que las personas con domicilio en un estado miembro podrán ser demandadas, tratándose de un trust, si tienen la "condición de fundador, trustee o beneficiario de un trust constituido ya en aplicación de la ley, ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el trust", lo que, enlazado con las reglas de la litispendencia del propio Reglamento, también podía determinar la inhibición a favor del Tribunal inglés que conoció de la propuesta de venta y división de 'Agreste', y que se denegó provisionalmente por Sentencia de 27 de septiembre posterior a la interposición de la demanda que ahora nos ocupa, y la misma desestimación mereció en la Corte inglesa la segunda petición del demandado solicitando autorización para la venta de las fincas de 'Agreste' y extinción del trust '18 de Agosto'. El segundo intento de autorización tras la segunda declaración jurada del trustee el 11 noviembre 2013 (...) también exigía los fondos adeudados

al trustee y la provisión de otros para la viabilidad empresarial de 'Agreste', para finalmente la ya reseñada Sentencia de 14 mayo 2015 de la Corte de Jersey, en respuesta a la tercera declaración jurada "En el asunto de la verdad del 18 de Agosto y en el asunto de las verdades del art. 51 de la Ley local de 1984", acceder a la petición, que a la postre era, en interés de los hermanos Eloy, apoyada por 'Herald' y aprobada por la Corte (doc. 3 de la pieza de medidas cautelares) de terminar el trust con adjudicaciones igualitarias... [...]

Así las cosas, cualquiera que sea la decisión final en el ámbito del trust '18 de Agosto', desconociendo si alcanzó firmeza aquella sentencia, no compete a este Tribunal corregir las decisiones de otro Tribunal ni, además, en nuestro ordenamiento comunitario y consiguiente incorporación al derecho nacional, anular el proceso inglés al que, además, las propias partes se sometieron a la vista de la Sentencia de 14 mayo 2014, en uno de cuyos párrafos, nº 43 en referencia a apartados 6 y 9, el Tribunal, recogiendo las alegaciones de uno de los actores, señala: "9. En dicha carta, el Sr Cesar resta importancia al significado de los procedimientos españoles [...]"

En definitiva, sea justo o no, lo decidido en cuanto al a la distribución de bienes y derechos a la conclusión del trust '18 de Agosto', ni cabe mantener la prohibición de disponer, de hecho solo cautelarmente podía justificarse, que es lo que en realidad se pretendía, ni cabe fiscalizar ni menos aún anular ni corregir a otro Tribunal, que era el realmente competente para autorizar los actos de disposición relativos a ese trust sujeto a la jurisdicción exclusiva de Jersey, ni cabe, a pretexto del principio de igualdad de las cuotas hereditarias sin designación testamentaria que los altere, estimar la demanda en la que no han sido parte los verdaderos afectados de esa declaración, que serían los hermanos Eloy, y dentro de una figura contractual elegida por el causante para evitar impuestos (...), y por más que otros trustees anteriores (...) reconociera, al igual que el señor Félix, la absoluta ajeneidad y desvinculación de las disposiciones discrecionales y sucesorias establecidas por los respectivos constituyentes de ambos fideicomisos (trusts) en favor de sus hijos, en decisión libre y mantenida reiteradamente por el señor Félix en sus distintas instrucciones (...) y todo ello sin perjuicio de las acciones que puedan entablarse entre los hijos de D. Félix sobre su herencia y adjudicaciones.

SUCESIÓN INTERNACIONAL. CONVENIO HISPANO GRIEGO: FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2016/109.— Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) Sentencia nº 131/2016, de 4 mayo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen. JUR\2016\138773.

Sucesión testamentaria.— Testamento ológrafo otorgado en el extranjero y protocolizado en Grecia.— Causante con nacionalidad griega.— Competencia judicial internacional y ley aplicable.— Convenio hispano griego.— Incompetencia.

Normas aplicadas: Arts. 13 y 14 Convenio entre España y Grecia celebrado el 6 marzo 1919, fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente; art. 75.2º Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; art. 38 LEC.

[...]

Debe analizarse, en primer lugar, la falta de jurisdicción que ha sido alegada por la parte demandada.

Con carácter previo a la contestación a la demanda se formuló declinatoria por falta de jurisdicción de los tribunales españoles, al entender que correspondía a los tribunales griegos. Estimada en primera instancia, fue desestimada en segunda instancia, al considerar que el causante tenía su domicilio en

España en el momento de su fallecimiento, de lo que se deriva la jurisdicción de los tribunales españoles, conforme al art. 22.3º LOPJ.

En el escrito de contestación a la demanda se volvió a alegar la falta de jurisdicción, con base en el tratado celebrado entre España y Grecia en fecha 6 marzo 1919 fijando reglas que se han de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente, que fue publicado en la Gaceta de Madrid de fecha 3 diciembre 1920.

La jurisdicción de los tribunales se rige, en primer lugar, por lo dispuesto en los tratados internacionales. Las normas de fuente internacional priman sobre las de producción interna (arts. 96.1 de la Constitución, art. 21 LOPJ y 36.1º LEC).

Dispone el art. 36 LEC: "...".

El art. 38 dispone que la falta de competencia internacional se apreciará de oficio. La falta de jurisdicción determina la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales (art. 225.1º LEC y 238.1º LOPJ).

De ello se deriva que la falta de jurisdicción o competencia internacional puede ser apreciada de oficio, incluso después de haber sido desestimada la declinatoria formulada por la parte demandada, especialmente si la nueva revisión se produce atendiendo al contenido de una norma que tiene aplicación preferente y que no fue tomada en cuenta en el momento de ser analizada la cuestión por primera vez, siempre que el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, de conformidad con el tratado o convenio internacional en el que España sea parte.

El convenio celebrado entre España y Grecia el 6 marzo 1919 se encontraba vigente en el momento del fallecimiento del causante. En la actualidad, para las personas fallecidas a partir del 17 agosto 2015, es de aplicación el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que en su art. 75.2º establece su preferencia sobre los convenios bilaterales.

Regula el convenio la jurisdicción para la sucesión distinguiendo si se trata de bienes inmuebles o muebles, en sus arts. 13 y 14, que disponen: "...".

En conclusión, la jurisdicción para resolver sobre la sucesión de D. Luis Francisco dependerá de su nacionalidad en el momento de su fallecimiento, cuestión que ha sido también controvertida.

Conforme ya se ha indicado, el Sr. Luis Francisco era originario de Rumanía y en el año 1978 adquirió la nacionalidad española con renuncia de la nacionalidad rumana. El 11 mayo 2000 adquirió la nacionalidad griega.

En el momento en el que adquirió la nacionalidad griega la redacción del art. 24 Cc era la introducida por la Ley 18/1990, en los siguientes términos:

1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación.

2. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. [...]

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

El art. 11.1º CE remite las cuestiones relativas a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española a lo que establezca la ley. Los arts. 24 y 25 Cc distinguen dos supuestos de pérdida de la nacionalidad española: el proveniente del ejercicio del derecho a cambiar de nacionalidad, común a todos los españoles; y el que se deriva de una sanción jurídica, sólo extensible a los nacionales no originarios en virtud de lo establecido en el art. 11.2º CE.[...]

En la sentencia de instancia se concluye que el Sr. Luis Francisco perdió la nacionalidad española, al haber adquirido voluntariamente la nacionalidad griega en el año 2000 y tener su residencia habi-

tual en el extranjero en los tres años siguientes a tal adquisición, requisitos que han de concurrir de forma cumulativa. Así se ha declarado por la DGRN en resoluciones de fecha 8 noviembre 2006 o 2 junio 2008.

La pérdida de la nacionalidad se produce ipso iure o automáticamente en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho (art. 67 LRC).

Se hace en la sentencia de instancia una extensa valoración de la prueba practicada para alcanzar esta conclusión en los términos que se reproducen a continuación: [...]

La conclusión es que no se puede considerar desvirtuada la conclusión alcanzada por la juez a quo de que el Sr. Luis Francisco perdió la nacionalidad española y que ello determina, en aplicación del convenio ya referido, que la jurisdicción para conocer sobre su sucesión corresponde a los tribunales griegos.

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

EL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO Y LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL DEUDOR

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ *

1. La importancia de la Sentencia *Imtech Marine Belgium* reside en que se trata de la primera vez que el TJ interpreta los requisitos que deben cumplirse para certificar una resolución como título ejecutivo europeo, dejando claro que en el Reglamento (CE) n^o 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados la supresión del exequátur no se ha realizado a costa de un sacrificio de los derechos de defensa. Cuando una resolución sobre un crédito no impugnado se ha dictado en rebeldía, la supresión de los controles en el Estado miembro de ejecución debe estar inseparablemente vinculada a la existencia de una garantía suficiente de que se observen los derechos de la defensa. La resolución sólo podrá certificarse como título ejecutivo europeo si en el procedimiento de origen se observaron las normas mínimas del Capítulo III del Reglamento. En el presente supuesto la duda que se planteó era si la legislación belga cumplía o no una de esas normas mínimas, la del art. 19 relativa a la revisión de la resolución en casos excepcionales. Y aunque es cierto que todo el razonamiento del Tribunal se va a centrar en dicha disposición consideramos que puede extenderse, por analogía, al resto de las normas mínimas previstas en el Reglamento.

Además el Tribunal de Justicia confirma que la certificación de la resolución como título ejecutivo europeo debe realizarla el juez, y no el secretario judicial, al ser un acto de naturaleza jurisdiccional.

Veamos cuáles fueron los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas, para valorar la respuesta del Tribunal.

2. Los hechos del litigio principal fueron los siguientes: La sociedad *Imtech Marine Belgium NV*, con domicilio social en Bélgica, prestó varios servicios a la sociedad *Radio Hellenic SA*, con domicilio social en Grecia, debiendo pagar por ello una importante suma de euros. De conformidad con las condiciones generales de *Imtech Marine*, en caso de impago se aplicarían una cláusula penal del 10% e intereses de demora devengados a un tipo anual del 12%.

* Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado (acred. Profesora titular). Universidad de Sevilla.

Tras diversos requerimientos la sociedad griega no cumplió con sus obligaciones de pago por lo que mediante citación, notificada el 25 marzo 2013, Imtech Marine, solicitó al *Rechtbank van Koophandel te Antwerpen* (Tribunal de lo mercantil de Amberes) que condenase a Radio Hellenic al pago de la cuantía debida y que certificase la resolución condenatoria como título ejecutivo europeo con arreglo al Reglamento TEE. Mediante sentencia de 5 junio 2013 Radio Hellenic fue condenada en rebeldía al pago de la cantidad adeudada (más una indemnización pactada en el contrato que ligaba a las dos partes, así como los intereses de demora y las costas del proceso). No obstante, dicho órgano jurisdiccional consideró que no podía certificar la sentencia como título ejecutivo europeo por entender que la normativa belga no cumplía las normas procesales mínimas que establece el Reglamento TEE.

La sociedad Imtech Marine recurrió en apelación ante el *Hof van Beroep te Antwerpen* (Tribunal de apelación de Amberes) contra la no certificación como título ejecutivo europeo de la sentencia dictada en primera instancia.

El tribunal de apelación señala que la cuestión de si el Derecho belga cumple o no las normas mínimas para la revisión en casos excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 Reglamento n° 805/2004, suscita discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia belgas, al igual que las atribuciones respectivas del juez y del secretario judicial en el marco de la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo. En particular dicho órgano observa que, en el caso del procedimiento de revisión del art. 19.1° Reglamento TEE, el plazo para interponer recurso contra una resolución dictada en rebeldía puede expirar, en Derecho belga, antes de que el deudor haya podido interponerlo.

En estas circunstancias el *Hof van Beroep te Antwerpen* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Constituye la no aplicación directa del Reglamento n° 805/2004 una vulneración del art. 288 TFUE, dado que

a) el legislador belga no ha transpuesto el citado Reglamento en la legislación belga, y

b) el legislador belga no ha establecido un procedimiento de revisión, aunque la legislación belga prevé la oposición y el recurso de apelación?

2) En caso de respuesta negativa, dado que un reglamento tiene efecto directo, ¿qué ha de entenderse por “revisión de una resolución” en el sentido del art. 19, ap. 1, del Reglamento n° 805/2004? ¿Debe preverse un procedimiento de revisión únicamente si la notificación de una citación/escrito de incoación de un procedimiento ha tenido lugar del modo mencionado en el art. 14 de dicho Reglamento, es decir, sin acuse de recibo? ¿Al prever la oposición en el art. 1047 ss del Código procesal belga y el recurso de apelación en los arts. 1050 ss de dicho Código, no ofrece la legislación belga suficientes garantías para cumplir los requisitos del “procedimiento de revisión” previsto en el art. 19, ap. 1, del referido Reglamento?

3) ¿Ofrece el art. 50 del Código procesal belga, que permite prorrogar los plazos de caducidad previstos en los arts. 860, ap. 2, 55 y 1048 del mismo Código en casos de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a la responsabilidad del interesado, suficiente protección a los efectos del art. 19, ap. 1, letra b), del Reglamento n° 805/2004?

4) ¿Constituye la certificación como título ejecutivo europeo para créditos no impugnados un acto de administración de justicia que debe reclamarse en el escrito de incoación? En caso de respuesta afirmativa, ¿debe certificar el juez la resolución como título ejecutivo europeo y debe el secretario entregar la prueba de la certificación? En caso de respuesta negativa, ¿puede incumbir al secretario certificar la resolución como título ejecutivo europeo?

5) En el caso de que la certificación como título ejecutivo europeo no constituya un acto de administración de justicia, ¿puede el solicitante —que no haya presentado el escrito de incoación para reclamar un título ejecutivo europeo— solicitar a posteriori al secretario una vez sea firme la resolución, que certifique la resolución como título ejecutivo europeo?”

El Tribunal de Justicia solicitó al órgano jurisdiccional remitente toda la información sobre el derecho belga al que se hacía referencia en la resolución de remisión, así como la jurisprudencia nacional pertinente.

3. Como ya hemos adelantado sólo podrá certificarse como título ejecutivo europeo una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en ausencia del deudor (supuestos que contemplan las letras b) y c) del art. 3.1º Reglamento TEE), si en el procedimiento judicial de origen se cumplieron los requisitos procesales que se establecen en el conjunto de normas mínimas del Capítulo III. La finalidad de estas normas mínimas es garantizar que el deudor ha sido informado de manera correcta del procedimiento entablado en su contra, del crédito, de los requisitos para impugnarlo y de las consecuencias que se derivarían de su no participación en el procedimiento (para su estudio *vid.* FJ Garcimartín Alférez, *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 129–161; F. Gascón Inchausti, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, pp. 113–151; F. Ramos Romeu, *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2006, pp. 57–79; M.A. Rodríguez Vázquez, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, Colex, 2005, pp. 81–114). La estricta observancia de las normas mínimas garantiza el respeto de los derechos de defensa y justifica la supresión de cualquier control de la resolución en el Estado miembro de ejecución.

No obstante hay que aclarar que, al establecer este conjunto de normas mínimas, el Reglamento TEE no pretende armonizar los Derechos procesales de los distintos Estados miembros ya que se deja a la discreción de los mismos la facultad de adaptar sus respectivas legislaciones a esos requisitos en el supuesto de que lo consideren necesario. Así lo establece expresamente el Cdo. 19 cuando afirma que “el Reglamento no implica una obligación de los Estados miembros de adaptar su legislación nacional a las normas mínimas procesales establecidas en él. Ofrece un incentivo hacia esta finalidad facilitando una ejecución más eficaz y rápida de resoluciones en otros Estados miembros solamente si se cumplen estas normas mínimas”.

La falta de conformidad de la legislación de un Estado miembro a estas normas mínimas se traduciría en la no certificación de la resolución como título ejecutivo europeo (arts. 6.1º.c) y 12 Reglamento TEE). Y así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia al responder a la primera cuestión prejudicial que se le plantea en el presente asunto. Una de esas normas mínimas es el art. 19, disposición que establece que, en los supuestos contemplados, sólo puede certificarse la resolución como título ejecutivo europeo si el deudor puede solicitar, conforme a la legislación del Estado miembro de origen, la revisión de la resolución. A tal efecto, el art. 30 del Reglamento establece que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión este procedimiento de revisión (en nuestro ordenamiento, y aunque en la Disposición Final 21ª LEC no se hace ninguna referencia a dicho procedimiento, España ha comunicado lo siguiente: “La revisión en casos excepcionales a la que se refiere el art.19 del Reglamento (CE) nº 805/2004 podrá llevarse a efecto por vía de la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde –art. 501 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil–).

En el caso que estamos analizando la duda que se planteó era si la legislación belga se adaptaba o no a las exigencias del citado art. 19. En concreto se preguntó al TJ si el Reglamento TEE impone a los Estados miembros la obligación de establecer en su derecho interno un procedimiento de revisión como el previsto en la norma o si es suficiente con que los recursos previstos en la legislación interna cumplan los requisitos exigidos por la citada disposición.

4. Como afirma el Tribunal, el Reglamento no implica una obligación de los Estados miembros de adaptar su legislación nacional a las normas mínimas ni, por tanto, de establecer un procedimiento específico de revisión en el sentido del art. 19. La consecuencia de la inexistencia del procedimiento “es la imposibilidad de certificar una resolución como título ejecutivo europeo en las circunstancias especificadas en dicho artículo” (motivo 29). Pero ello no significa, como resalta el Tribunal, que si un Estado miembro no adapta su legislación esté infringiendo el art. 288 TFUE (en el mismo sentido se pronunció el Abogado General, Sr. Cruz Villalón, y las partes intervinientes en sus observaciones).

Pues bien, si el Reglamento TEE no impone a los Estados miembros esa obligación la siguiente cuestión que debía resolverse es qué requisitos exige el art. 19 para la certificación como título ejecutivo de una resolución dictada en rebeldía.

La finalidad del art. 19 es proteger al deudor cuando, por causas ajenas a su voluntad, no tuvo conocimiento del proceso entablado contra él o no pudo impugnar el crédito por causas de fuerza mayor o por circunstancias extraordinarias. En estos casos el deudor tiene que tener la posibilidad de solicitar, conforme a la legislación del Estado miembro de origen, la revisión de la resolución ya que de lo contrario no se podrá certificar como título ejecutivo europeo.

Pero, como puede comprobarse, la norma no establece un procedimiento específico de revisión al remitirse expresamente a la legislación interna del Estado miembro de origen. En efecto y tal como establece su ap. 1: “Además de los arts. 13 a 18, sólo podrá certificarse una resolución como título ejecutivo europeo si el deudor puede solicitar, conforme a la legislación del Estado miembro de origen, la revisión de la resolución, cuando concurran las siguientes circunstancias: a) que el documento por el que se incoó el procedimiento o, en su caso, la citación para una vista se hubiera notificado a través de uno de los métodos establecidos en el art. 14 (notificación sin acuse de recibo del deudor) y dicha notificación no se practicó con la suficiente antelación para organizar su defensa, siempre que no pueda imputársele responsabilidad por ello; o b) que el deudor no hubiera podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, siempre que, en ambos casos, actuare con prontitud”.

La conclusión que puede deducirse es clara, corresponde al juez que debe certificar la resolución como título ejecutivo europeo examinar si, conforme a su derecho interno, el deudor puede solicitar la revisión de la resolución (motivo 36).

5. A juicio del Tribunal, para que un recurso previsto en una determinada legislación cumpla las exigencias del art. 19 del Reglamento debe permitir, en primer lugar, “una revisión plena de la resolución, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico” (respuesta que queda avalada por el Cdo. 14 y por el art. 18 del Reglamento TEE). Solo de esa forma queda garantizado el pleno respeto del derecho de defensa y el derecho a un juicio justo (art. 47.2º CDFUE).

Pero, además, el procedimiento de revisión debe permitir al deudor “solicitar dicha revisión más allá de los plazos ordinarios establecidos en el derecho nacional para formular oposición o interponer recurso contra la resolución” (motivo 39). En este sentido el Abogado General consideró que las vías de recurso previstas en el Derecho nacional no pueden establecer un plazo que comience a contarse en el momento en que se produce la notificación del documento ya que, en la práctica, se pueden plantear supuestos en los que el deudor no haya tenido conocimiento del mismo en el plazo establecido o tenga conocimiento sin la suficiente antelación para preparar su defensa. Se daría la paradoja de que “el plazo para la interposición del recurso puede haber expirado antes de que el deudor haya podido utilizarlo”.

Recuérdese que ya el Tribunal de Justicia en el marco del Reglamento nº 44/2001, al interpretar el art. 34.2º, había considerado que un demandado únicamente tiene la posibilidad de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. Si el demandado no ha tenido conocimiento de la sentencia dictada en rebeldía en su contra no puede recurrir, por lo que sufre lesión de sus derechos de defensa (STJ 14 diciembre 2006, as. C-283/05: *ASML Netherlands BV / SEMIS*). Por tanto, y por analogía, si el deudor por causas ajenas a su voluntad tiene conocimiento del procedimiento entablado contra él una vez que ha expirado el plazo para interponer recurso, la legislación interna del Estado miembro de origen debe permitir una prórroga de ese plazo. El deudor tiene que tener la posibilidad de hacer valer su defensa antes de que se certifique la resolución como título ejecutivo europeo ya que en fase de ejecución está prohibido cualquier control de dicho aspecto.

Y puesto que el art. 19 Reglamento TEE prevé el recurso de revisión cuando el deudor no hubiera podido impugnar el crédito “por razones de fuerza mayor” o “debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad”, el derecho interno debe permitir tal prórroga de los recursos en ambos

supuestos (motivo 40). La duda que se planteaba era si la regulación belga de la oposición y del recurso de apelación, incluida la posibilidad de prorrogar el plazo de interposición de estos recursos en caso de fuerza mayor, ofrecía la suficiente protección al deudor (en los motivos 13 a 18 de la Sentencia se reproducen literalmente las disposiciones del Código procesal belga. En sus observaciones escritas el Gobierno belga sostuvo que el concepto de “fuerza mayor”, tal como lo define el Hof van Cassatie, cubre también las “circunstancias extraordinarias ajenas a la responsabilidad del deudor”, siempre que al deudor le haya resultado imposible actuar y que tales circunstancias hayan sido imprevisibles e inevitables. Además, consideró que si a un demandado no se le hubiera notificado la resolución judicial podría formular oposición o recurrir en apelación desde el momento en que hubiese tenido conocimiento de la resolución, incluso aunque el plazo para interponer tales recursos ya hubiese expirado, siempre que actuase con prontitud).

Ahora bien, una cosa es interpretar cómo debe entenderse el art. 19 del Reglamento y otra muy distinta valorar si la regulación belga se adapta o no a las exigencias de dicha disposición.

El Tribunal de Justicia deja claro que no podía entrar a dilucidar esta cuestión ya que como viene afirmando, en una jurisprudencia muy consolidada, no le corresponde pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni apreciar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de éstas —al respecto el Abogado General cita, entre otras, la STJ 21 octubre 2010, as. C-467/08: *Padawan SL / Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*—.

Al Tribunal de Justicia solo le corresponde interpretar el art. 19 Reglamento TEE y son los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los que deben examinar si los recursos previstos en su legislación interna cumplen o no los requisitos que exige esa disposición (en el derecho español la regulación de los arts. 501 ss LEC satisface, a nuestro juicio, los requisitos y la finalidad del art. 19). Por tanto, y en el supuesto que estamos analizando, incumbe al *Hof Van Beroep Antwerpen*, único competente para interpretar las disposiciones de su derecho interno, valorar si la regulación de la oposición y del recurso de apelación del Código procesal belga cumple o no dicha norma mínima (en sus observaciones escritas los Gobiernos belga y polaco se pronunciaron en sentido afirmativo, mientras que la Comisión y el Abogado General sostuvieron lo contrario).

Sobre la base de todas estas consideraciones el TJ afirma que: “el art. 19, ap. 1, del Reglamento n° 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que, para proceder a la certificación como título ejecutivo europeo de una resolución dictada en rebeldía, el juez que conoce de tal solicitud debe asegurarse de que su Derecho interno permite efectivamente y en todo caso llevar a cabo una revisión plena, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, de tal resolución en los dos supuestos contemplados por la referida disposición y que permite prorrogar los plazos para interponer recurso contra una resolución relativa a un crédito no impugnado, no sólo en los casos de fuerza mayor, sino también cuando concurren otras circunstancias extraordinarias, independientes de la voluntad del deudor, que le hayan impedido impugnar el crédito controvertido”.

6. Mediante las dos últimas cuestiones prejudiciales se solicita al TJ que aclare si la certificación de la resolución como título ejecutivo europeo es un acto de naturaleza jurisdiccional que debe solicitarse en el escrito de incoación o si puede encomendarse al secretario judicial. El órgano jurisdiccional remitente plantea esta pregunta porque en el Derecho belga se ha optado por atribuir al secretario judicial, en lugar de al juez, la función de la certificación (solución que ha sido muy criticada por la doctrina belga tal y como apunta el Abogado General en el ap. 51 de sus conclusiones).

La respuesta a la cuestión podía deducirse de una lectura conjunta del art. 6.1°, que establece que una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro será certificada como título ejecutivo europeo, previa petición presentada ante el órgano jurisdiccional de origen en cualquier momento, si se cumplen los requisitos que enumera; y del art. 9.1°, que afirma que el certificado de título ejecutivo europeo se expedirá cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo I.

Queda claro, como afirma el TJ, que hay que distinguir entre “la certificación propiamente dicha de la resolución como título ejecutivo europeo” y “la expedición del certificado” (ap. 45). Y esta distinción

se justifica, a nuestro parecer, porque las funciones que debe realizar el órgano jurisdiccional cuando “certifica” no son las mismas que cuando “expide el certificado”.

Para que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda certificar una resolución como título ejecutivo europeo debe comprobar que se han cumplido todas las condiciones y presupuestos que exige el Reglamento para suprimir el *exequatur*. Sólo en caso de respuesta afirmativa y si se respetó el derecho de defensa del deudor la certificará. Dicho con otras palabras, la certificación no puede entenderse como un examen formal de la resolución puesto que exige rigurosas comprobaciones que son propias de un auténtico control jurisdiccional. Esta afirmación queda avalada desde el momento en que el órgano jurisdiccional de origen debe comprobar, entre otros extremos, los modos de notificación, el comportamiento del deudor, la posibilidad de subsanar el incumplimiento de las normas mínimas o la existencia de un recurso en su ordenamiento que permita la revisión de la resolución. Sin lugar a dudas, y como señala el Tribunal, “son indispensables cualificaciones jurídicas” para realizar todas estas apreciaciones.

A nuestro juicio, y aunque el Tribunal no lo valore, existe otro dato importante que no puede olvidarse. Contra la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo no cabe recurso alguno de forma que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución no puede controlar si en el procedimiento de origen se respetaron o no los derechos de defensa del deudor. El pleno respeto del derecho de defensa justifica que sólo un juez pueda decidir si certifica o no la resolución como título ejecutivo europeo. En cambio, la “expedición del certificado” sí que es un acto formal que consiste en cumplimentar el Anexo I del Reglamento. Por eso no tiene que realizarla necesariamente un juez pudiendo encomendarse al secretario judicial (en el Derecho español esta cuestión no plantea ningún tipo de problemas ya que como establece la Disposición Final 21ª LEC “la competencia para certificar un título ejecutivo europeo corresponde al mismo tribunal que dictó la resolución”).

7. Por último, y en relación a la cuestión de si la certificación debe solicitarse en el escrito de incoación, hay que afirmar que el art. 6.1º Reglamento TEE dispone que una resolución sobre un crédito no impugnado será certificada como título ejecutivo europeo, previa petición ante el órgano jurisdiccional “en cualquier momento”. Y puede realizarse en cualquier momento porque cuando el acreedor incoa el procedimiento no sabe si el deudor va a impugnar el crédito y si la resolución que se dicte cumplirá los requisitos exigidos por el Reglamento para la certificación (ap. 56 conclusiones del Abogado General). A este argumento puede añadirse, a nuestro juicio, que la solicitud de la certificación como título ejecutivo europeo es opcional para el acreedor que puede elegir, en su lugar, solicitar la ejecución de la resolución conforme al Reglamento nº 1215/2012 u otras normas en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras (cdo. 20 y art. 27 Reglamento TEE)

Por tanto, y como afirma el Tribunal, “el art. 6 del Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo, que puede solicitarse en cualquier momento, debe quedar reservada al juez”.

8. Queda claro, tras haber analizado la Sentencia, que en el Reglamento TEE no existe menoscabo alguno de los derechos de defensa del deudor ya que sólo si se cumplen los requisitos exigidos se certificará la resolución como título ejecutivo europeo. Corresponderá a cada órgano jurisdiccional valorar si, conforme a su legislación, puede o no realizar dicha certificación.

2016/110.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 17 diciembre 2015. Asunto C-300/14. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 805/2004.– Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.– Requisitos para la certificación.– Derechos del deudor.– Revisión de la resolución.

Normas aplicadas: Art. 19, ap. 1, Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

[...]

29. Tal y como dispone el propio art. 19 del Reglamento nº 805/2004, la única consecuencia de la inexistencia de un procedimiento de revisión es la imposibilidad de certificar una resolución como título ejecutivo europeo en las circunstancias especificadas en dicho artículo.

30. En tales circunstancias, e independientemente de la obligación de notificar a la Comisión, en virtud del art. 30, ap. 1, letra a), del referido Reglamento, los procedimientos de revisión existentes, en su caso, en Derecho interno, no infringe el art. 288 TFUE un Estado miembro que, de conformidad con lo establecido en dicho Reglamento, opta por no adaptar su legislación.

31. Procede pues responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 19 del Reglamento nº 805/2004, leído a la luz del art. 288 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de establecer en su Derecho interno un procedimiento de revisión como el previsto en el referido art. 19.

[...]

36. Si bien es posible que los Estados miembros establezcan en su Derecho nacional un procedimiento de revisión de las resoluciones específico para los supuestos contemplados en el art. 19, ap. 1, letras a) y b), del Reglamento nº 805/2004, no puede excluirse que los procedimientos que existían en un Estado miembro antes de la entrada en vigor de dicho Reglamento permitan al deudor solicitar tal revisión. Sin perjuicio de la obligación que incumbe a los Estados miembros de notificar a la Comisión, con arreglo al art. 30, ap. 1, letra a), de dicho Reglamento, los procedimientos de que se trata, el carácter vinculante de todos los elementos de dicho Reglamento resultante del art. 288 TFUE impone al juez que conoce de la solicitud de certificación la obligación de examinar si concurre el requisito establecido a este respecto en el art. 19, ap. 1, de ese mismo Reglamento, esto es, si el Derecho interno permite efectivamente y en todo caso solicitar la revisión de la resolución en tales supuestos.

40. Para dar cumplimiento específicamente a los requisitos del art. 19, ap. 1, letra b) Reglamento nº 805/2004, el Derecho interno debe permitir tal prórroga de los plazos de recurso tanto en caso de fuerza mayor como ante circunstancias extraordinarias independientes de la voluntad del deudor y ajenas a su responsabilidad, dado que esta disposición lleva a cabo una distinción entre ambos conceptos.

41. La información aportada por el órgano jurisdiccional remitente indica que el ordenamiento jurídico belga contempla principalmente dos vías de recurso para impugnar una resolución en un asunto como el controvertido en el litigio principal, a saber, la oposición, específicamente concebida para impugnar las sentencias dictadas en rebeldía, regulada en los arts. 1047 y siguientes del Código procesal, y el recurso de apelación, que se rige por los arts. 1050 ss de dicho Código. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para interpretar estas disposiciones de su Derecho interno, extraer las consecuencias de la interpretación del art. 19, ap. 1, del Reglamento nº 805/2004 recogida en los aps. 38 a 40 de la presente sentencia y determinar si la normativa nacional cumple los requisitos mínimos de procedimiento establecidos en esta disposición. En tal caso, y, siempre que concurren los demás requisitos exigidos a tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente habrá de proceder a la certificación.

42. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que el art. 19, ap. 1 Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que, para proceder a la certificación como título ejecutivo europeo de una resolución dictada en rebeldía, el juez que conoce de tal solicitud debe asegurarse de que su Derecho interno permite efectivamente y en todo caso llevar a cabo una revisión plena, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, de tal resolución en los dos supuestos contemplados por la referida disposición y que permite prorrogar los plazos para interponer recurso contra una resolución relativa a un crédito no impugnado, no sólo en casos de fuerza mayor, sino también cuando concurren otras circunstancias extraordinarias, independientes de la voluntad del deudor, que le hayan impedido impugnar el crédito controvertido.

[...]

48. En lo que atañe a la cuestión de si la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo debe solicitarse en el escrito de incoación del procedimiento, el art. 6 del Reglamento nº 805/2004 dispone que una resolución relativa a un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro será certificada como título ejecutivo europeo, previa petición presentada ante el órgano jurisdiccional de origen en cualquier momento.

49. Además, tal y como señaló el Abogado General en el punto 56 de sus conclusiones, no tendría sentido exigir que la solicitud de certificación se presente junto con el escrito de incoación porque en ese momento todavía no se puede saber si el crédito será impugnado o no y si, por tanto, la resolución que se dicte al final de dicho procedimiento cumplirá los requisitos necesarios para ser certificada como título ejecutivo europeo.

50. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que el art. 6 Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo, que puede solicitarse en cualquier momento, debe quedar reservada al juez.

[IMTECH MARINE BELGIUM NV Y RADIO HELLENIC SA]

CERTIFICACIÓN DE TÍTULO EJECUTIVO EN CASO DE SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA

2016/111.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 16 junio 2016. Asunto C- 511/14. Ponente: M. Safjan.

Ejecución de resoluciones extranjeras.– Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) nº 805/2004, sobre título ejecutivo europeo para créditos no impugnados: Art. 3, ap. 1, letra b).– Requisitos para la certificación en casos de sentencias dictadas en rebeldía.– Concepto de “crédito no impugnado”.– Posibilidad de que el comportamiento procesal de una parte equivalga a una “ausencia de oposición al crédito”.

Normas aplicadas: art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b) Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

[...]

41. Por consiguiente, un crédito podrá ser considerado “no impugnado”, en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004, cuando el deudor no se opone a él de ninguna forma, bien porque no contesta a la invitación del órgano jurisdiccional a presentar alegaciones por escrito, bien porque no comparece en la vista.

42. Así pues, procede declarar que el hecho de que, conforme al Derecho italiano, una sentencia condenatoria dictada en rebeldía no equivalga a una sentencia condenatoria sobre crédito no impugnado carece de pertinencia en relación con la respuesta que deba darse a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. El art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004, se remite expresamente a las normas procesales del Estado miembro no para determinar las consecuencias jurídicas que se siguen de la ausencia del deudor en el procedimiento, pues es el propio Reglamento el que regula de manera autónoma tales consecuencias, sino sólo para señalar las vías procesales por las que el deudor podrá oponerse eficazmente al crédito.

43. Debe señalarse, en efecto, que el Reglamento nº 805/2004 establece meramente unas garantías procesales mínimas, necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del deudor ausente, pero sin

entrar a regular todos los aspectos relacionados con la impugnación del crédito, tales como, entre otros, las formalidades del escrito de oposición, los órganos intervinientes en el procedimiento de oposición o los plazos que han de observarse. Por lo tanto, el deudor habrá de formular tal oposición con arreglo a las normas procesales vigentes en cada Estado miembro.

44. Por otro lado, las normas mínimas aplicables a los procedimientos, a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior de la presente sentencia, enunciadas en el capítulo III del mencionado Reglamento, que, en virtud del art. 6, ap. 1, letra c) de éste, deben ser cumplidas para que una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro pueda ser certificada como título ejecutivo europeo, tienen por objeto garantizar, conforme al cdo. 12 del mismo Reglamento, que el deudor esté informado, con el tiempo suficiente y de manera tal que pueda preparar su defensa, por un lado, de la acción judicial ejercitada contra él, así como de los requisitos para su participación activa en los procedimientos para impugnar el crédito de que se trate, y, por otro, de las consecuencias que acarrea su no participación. En el caso concreto de una resolución dictada en rebeldía, en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004, las antedichas normas procesales mínimas están destinadas a garantizar suficientemente la salvaguarda del derecho de defensa.

45. Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que, en caso de sentencia dictada en rebeldía, los requisitos para calificar un crédito de “no impugnado” en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004 deben ser fijados de manera autónoma por este Reglamento exclusivamente.

[PEBROS SERVIZI SRL Y ASTON MARTIN LAGONDA LTD]

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de

Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

Comentarios de

Rafael ARENAS GARCÍA, Albert FONT I SEGURA y
Josep M. FONTANELLAS MORELL

CRISIS DE PAREJA Y RÉGIMENES ECONÓMICOS

Albert FONT I SEGURA *

1. Las rupturas de pareja generan en ocasiones controversias acerca del régimen económico que las vinculaba constante matrimonio. En lo que aquí interesa, cabe observar que en un ordenamiento como el español, caracterizado por la pluralidad normativa, las dudas se plantean especialmente no tanto por el régimen en sí mismo, como por la ley rectora del régimen que, a su vez, va a determinar qué tipo de régimen tenía la pareja. La variedad de regulaciones existente en el ordenamiento plurilegislativo español constituye un verdadero detonante si la relación presenta algún elemento de interterritorialidad. Todo ello sin perjuicio de que los contrayentes otorguen ante notario capitulaciones matrimoniales en escritura pública para modificar el régimen económico matrimonial legalmente determinado en el momento de contraer matrimonio (o bien que las capitulaciones se otorguen antes de contraerlo). La exigencia de escritura pública está prevista en todos los Derechos civiles españoles por más que erróneamente la SAP Islas Baleares, de 5 de mayo, declare que en Mallorca rige el principio de libertad de pacto.

2. No obstante, como pasa también en otros ámbitos (*vid. infra*, la nota relativa a las sucesiones), la pluralidad del ordenamiento se confunde con la interterritorialidad que aquella puede generar. En efecto, para establecer la ley rectora del régimen económico matrimonial, y pese a la inexistencia aparente de factor de interterritorialidad, tanto la sentencia recurrida como la AP tienen presente algún factor de vinculación que justifica la aplicación de la ley menorquina. Así sucede en la SAP Islas Baleares de 4 de junio en la que el juzgado de primera instancia aplica la presunción *iuris tantum* prevista en el art. 1441 Cc a un régimen matrimonial que, según el juzgador, es de separación de bienes por ser Menorca el lugar de celebración del matrimonio. La Audiencia no lo tiene tan claro pero “Ninguna de las partes pone en duda de que se trate de un régimen de separación de bienes”. En cualquier caso, continúa la Audiencia, “Si les es aplicable la vecindad civil menorquina, sobre lo que no constan sus presupuestos, por remisión del art. 65 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, sería de aplicación el art. 3 de la misma que indica (...)”. En suma, la Audiencia no entra a valorar si hay un elemento de interterritorialidad, asume simplemente que ambas partes convienen que el régimen matrimonial era de separación de bienes y que tenían vecindad civil menorquina, en cuyo caso no procede la aplicación del art. 1441 Cc, sino el art. 3 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

3. Punto aparte merecen aquellos casos en los que aparece un elemento de interterritorialidad. La fijación del régimen económico matrimonial depende en estos casos de la determinación de la vecindad civil de los contrayentes. Por una parte, nos encontramos aquellas sentencias que se refieren a matrimonios contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de la CE. En estos casos resulta transcendental establecer la vecindad civil de la mujer para determinar la ley aplicable al régimen matrimonial objeto de controversia. Esta es la cuestión planteada en la SAP Islas Baleares de 27 de julio a raíz de una demanda de tercería de dominio con la finalidad de que se levantara el embargo trabado sobre la totalidad de una finca situada en Montiel (Ciudad Real) y se mantuviera respecto de la mitad indivisa de la misma por entender que no se trata de un bien ganancial, sino perteneciente a los esposos por mitades indivisas al ser aplicable al matrimonio el régimen legal de separación de bienes vigente en Baleares. El juzgado de primera instancia estima la demanda y se interpone recurso alegando incorrecta aplicación del art. 9 Cc. El matrimonio se celebró en Son Servera (Mallorca) en 1969 entre varón con vecindad civil común y mujer con vecindad civil mallorquina, fecha en la que, de conformidad con el entonces vigente art. 15 penúltimo párrafo Cc, la mujer casada seguiría la condición de su marido. Esta previsión discriminatoria

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

no fue modificada hasta la adopción de la Ley 11/1990, de 15 de octubre lo que generaba una inconstitucionalidad que afectaba a los matrimonios contraídos con posterioridad al 29 diciembre 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución Española, pero es inaplicable a las relaciones económicas de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad a esa fecha, sin que quepa la aplicación retroactiva porque ello afectaría al principio de seguridad jurídica. Por ello, el régimen matrimonial era de gananciales dado que éste quedaba regido por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración. Lo que resulta curioso de la sentencia es que se llega a esta conclusión cuando “ha quedado acreditada la vecindad civil balear de la señora Vanesa, pero que no ha quedado acreditada cual era la vecindad civil del señor Baldomero, hecho que ni siquiera se menciona en la demanda de tercería, ni se practicó prueba al respecto. No obstante el juez *a quo* entiende que tenía la vecindad civil común por que nació en Montiel y no consta en autos que al contraer matrimonio optase por la vecindad civil de la señora Vanesa”. Cabe presumir que el “señor Baldomero” no había residido hasta entonces en Mallorca o, cuando menos, que no había residido en esta isla más de diez años, en cuyo caso la resolución del supuesto litigioso hubiera sido bien distinta.

Partiendo de la misma consideración –aplicación de las normas vigentes en el momento de celebración de matrimonio, contraído antes de la promulgación de la CE– el TS debe pronunciarse acerca del controvertido tema relativo al inicio del cómputo de diez años para la adquisición de vecindad civil por residencia respecto de menores de edad sin emancipar. El TS, en sentencia de 16 de diciembre, poniendo de manifiesto las contradicciones jurisprudenciales, llega a la conclusión de que no es posible computar los años comprendidos en la minoría de edad del interesado. La interpretación se aplica respecto tanto al art. 15.1º Cc, en su versión original de 1889, como al art. 14.2º Cc, versión de 1974, puesto que el menor no podía regir su persona, pero no al art. 14 Cc, adoptado conforme a la Ley 11/1990, de 15 octubre, del que se desprende que a partir de los 14 años el menor ya tiene reconocida capacidad de decidir. El voto particular formulado por el Magistrado Sr. Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Sr. Antonio Salas Carceller en el que se muestran partidarios de establecer como doctrina jurisprudencial que “el inicio del cómputo del plazo previsto comienza a transcurrir desde el día de la residencia real y efectiva del interesado, con independencia de su minoría de edad”, no hace más que indicar las dificultades interpretativas que se generan respecto a la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de diez años. La cuestión está lejos de ser resuelta y así puede mencionarse la SAP Barcelona de 10 de septiembre en la que el cómputo se inicia desde el cambio de residencia sin tener en cuenta la minoría de edad del contrayente, de modo que poseyendo la vecindad civil catalana adquirida por residencia de diez años en Cataluña el régimen del matrimonio contraído en 1967 era de separación de bienes. Igualmente, la SAP Barcelona de 26 de junio, se inclina por considerar esta misma interpretación respecto a una menor que había trasladado junto con sus padres la residencia habitual a Cataluña, con las consecuencias que ello tiene para el régimen económico matrimonial, como se verá en el segundo párrafo del punto 4 que viene a continuación.

En cualquier caso resulta evidente que, tanto si el inicio del cómputo debe producirse durante la minoría de edad como si no, debe demostrarse el transcurso del tiempo de residencia y no basta con una mera invocación no acreditada, como se pone de manifiesto en la SAP Islas Baleares de 4 de febrero, que no considera la separación de bienes prevista en la legislación balear dado que resultó indiscutido por las partes que el régimen era el de gananciales y además “el matrimonio se contrajo en Jaén, residiendo luego del mismo los esposos durante algunos años tanto en Jaén como después en la península, no acreditada ni manifestada la residencia civil balear al momento de contraer matrimonio, ni el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con posterioridad para modificar el citado régimen de gananciales”.

4. La SAP Barcelona de 2 de diciembre nos recuerda, como es sabido, que el TC en sentencia 39/2002, de 14 de febrero, se pronunció respecto a la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 9.2º Cc en su versión de 1974 por establecer que para determinar la ley aplicable al régimen matrimonial prevalecía la ley personal del marido sobre la ley personal de la mujer cuando no poseían la misma nacionalidad o vecindad civil al contraer el matrimonio. No obstante, no ha habido declaración del TC en relación

al art. 15 Cc, en su versión original de 1889, ni al art. 14.4º Cc, versión de 1974, en virtud de los cuales la mujer adquiría la vecindad civil del marido al contraer matrimonio. La inconstitucionalidad sobrevenida del art. 9.2º Cc, en su versión de 1974, no tiene, sin embargo, ninguna eficacia en supuestos interregionales hasta 1990, dado que hasta esta fecha, en la que se adopta la Ley 11/1990 y se modifica tanto el art. 9.2º Cc como el art. 14 Cc, la mujer adquiría la condición del marido al contraer el matrimonio y, por consiguiente, la vecindad civil poseída por los contrayentes era la misma que poseía el marido antes de contraer el matrimonio, con lo que se acaba imponiendo la vecindad civil del marido igualmente. Únicamente estableciendo que esta adquisición constituía una discriminación que vulnera el art. 14 CE podría tener entidad la vecindad civil de la mujer. Si no fuera así, habría que concluir que los contrayentes poseían la misma vecindad civil al contraer matrimonio y no podría ser aplicada una conexión neutra (no discriminatoria para la mujer) que permitiera determinar la ley aplicable al régimen matrimonial. Por todo ello la STS 14 septiembre 2009 (RJ 2009\4445), declaraba taxativamente que “(N)o cabe duda, pues, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el art. 14.4º Cc, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32.1º CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido” (*vid.* M.E. Ginebra Molins, “Principi d’unitat familiar i canvi de veïnatge civil per residència Comentari a la STS, 1ª, 14.9.2009”, *InDret*, 3/2010). Teniendo en cuenta estos antecedentes, sorprende que en relación a un matrimonio celebrado en 1983 la SAP Barcelona 2 de diciembre, pueda sostener que “la esposa, en tal momento histórico, seguía la vecindad civil de su consorte”, máxime cuando el tribunal podía haber declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del precepto sin necesidad de que el TC se haya pronunciado al respecto, tal como ya apuntaba la STS 14 septiembre 2009. En consecuencia, el régimen económico matrimonial controvertido quedaba regido por el Cc estatal y se constituyó en comunidad de gananciales.

Por el contrario, la SAP Barcelona de 26 de junio, estima que la mujer, que había adquirido la vecindad civil catalana por residencia continuada de diez años, no adquiere la vecindad civil del marido al contraer matrimonio al celebrarse en 1980, año en el que la CE ya estaba vigente. La AP se basa en una equivocada comprensión de la STC 39/2002, de 14 de febrero, al considerar que la inconstitucionalidad sobrevenida se declara respecto al art. 9.2º Cc, que –y ahí reside el error, porque no era ese el contenido del precepto– “establecía que la esposa seguía la vecindad civil del esposo”. En cualquier caso, al no poseer ambos cónyuges la ley personal común, los efectos del matrimonio se han regido por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

5. Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la AAP Islas Baleares de 2 de junio, la declaración por la que se determina el régimen económico matrimonial debe efectuarse en el procedimiento oportuno y conllevar un pronunciamiento concreto en la parte dispositiva de la resolución. Es esta una apreciación relevante porque si hay controversia al respecto debe iniciarse un proceso declarativo en el que de manera específica se solicite al tribunal que se pronuncie al respecto. Si se realiza una consideración *obiter dicta* no posee el efecto procesal de cosa juzgada. Ello no quita que en procedimientos de divorcio los tribunales se refieran a la liquidación del régimen económico matrimonial, distinguiendo claramente la ley aplicable a una y otra cuestión, como sucede en la SAP Barcelona de 28 de julio, en la que se asume que la liquidación del régimen se regirá por lo dispuesto en la legislación aragonesa, “al vincularse el régimen económico–matrimonial a la vecindad civil existente al tiempo de constituirse” el régimen matrimonial, mientras que los efectos del divorcio quedarán regidos por la legislación catalana al haber adquirido con posterioridad los cónyuges la vecindad civil catalana. No se cita, sin embargo, ninguna norma de conflicto y se constata la *vis atractiva* que tiene la vecindad civil para muchos tribunales españoles a la hora de determinar la ley aplicable. Por el contrario, en la sentencia de la AP de Barcelona de 8 de julio, se cita la norma de conflicto correspondiente pese a que no se acaban de explicitar todos los datos. El litigio versa, entre otras cuestiones, sobre la pensión compensatoria y, aunque se pueda suponer que el régimen de gananciales que vinculaba a los cónyuges provenía de la aplicación del Cc estatal, la AP deja claro que la ley aplicable es la catalana en virtud de la fecha de la demanda, de la vecindad civil catalana de ambos litigantes, “(Y) ello conforme a lo dispuesto en los arts. 16, 9.2º y 107 Cc estatal en relación con el 14.1º EAC y art. 111–3 CCCat”. Distingue también correctamente la AP de

Navarra de 9 de abril que constata que el Derecho foral navarro es de aplicación tanto al régimen económico matrimonial como a los efectos del divorcio, aunque por diferentes razones. Por lo que al régimen matrimonial se refiere, es la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio la que determina la aplicación del Derecho navarro “De acuerdo con el art. 9.2º Cc, siendo distinta la nacionalidad de los esposos al tiempo de la boda, y no constando que eligieran el régimen correspondiente a la ley personal de ninguno de ellos, el matrimonio quedó sujeto al propio de la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración. Dado que los esposos se establecieron en Zizur, su matrimonio quedó sujeto a la ley española, y dentro de ella al Derecho foral de Navarra”. Igualmente, cita las normas de conflicto correspondientes para establecer que, en relación a la compensación por “el trabajo en el hogar familiar”, es también de aplicación este mismo Derecho foral navarro “(E)n efecto, es dato pacífico que ambos cónyuges gozan de la vecindad civil navarra, luego, al amparo de los arts 16, 9.2º y 107 Cc, es aplicable la legislación navarra, y en concreto su Compilación, ex Ley 2 FN. Así las cosas, debe proyectarse sobre el supuesto que nos ocupa la meritada Ley 103 FN, (...)”.

6. La disolución, relajación o nulidad del vínculo matrimonial no es objeto en el ordenamiento español más que de una regulación. En efecto, es cosa sabida que estas materias son competencia exclusiva del Estado. No obstante, los efectos derivados de la crisis sí presentan la característica pluralidad normativa del ordenamiento español. En particular, es especialmente en el Derecho civil catalán donde se observa una regulación propia diferenciada de la prevista en el Cc, ello explica que sean básicamente los tribunales con sede en Cataluña los que hayan de pronunciarse sobre la cuestión. Tres excepciones se han detectado en la selección efectuada por los coordinadores de esta Sección: una sentencia dictada por la AP de La Coruña, otra por la AP de Zaragoza y otra por la AP de Madrid. En todas ellas está en juego la aplicación, u olvido, del Derecho civil catalán. Ciertamente, en la SAP La Coruña de 26 de octubre se plantea mal la cuestión por parte del apelante puesto que el recurso es por incongruencia omisiva en la medida en la sentencia de primera instancia no se pronuncia sobre si es aplicable el Derecho civil catalán, teniendo en cuenta que al parecer los litigantes tenían la vecindad civil catalana. La AP apunta que “En el suplico de la contestación en ningún momento se plantea como pretensión que deba ser objeto de pronunciamiento que se declare que el Derecho aplicable es el CCCat. La falta de aplicación de la norma sería en su caso una infracción de precepto legal a la hora de confeccionar la sentencia, pero no una incongruencia de la misma”. Parece pues que, atendido que había indicios suficientes para cuestionar cuál era la ley aplicable al existir un elemento de interterritorialidad derivada de la falta de coincidencia entre la residencia habitual y la vecindad civil de los litigantes, el juzgado de primera instancia debía haber planteado cuál era la vecindad civil de los litigantes y haber aplicado la norma de conflicto correspondiente, art. 9.4º Cc, dado su carácter imperativo, que hubiera determinado la ley aplicable a la guarda y custodia de los menores. En la SAP Zaragoza de 14 de octubre se ignora por completo la heterogeneidad del supuesto: el padre tiene residencia en Macedonia, la madre junto con los hijos menores cuyos alimentos son objeto de litigio, en España, concretamente en Cambrils (Cataluña) y la AP de Zaragoza aplica el CC estatal “pues progenitores y menores carecen de la vecindad civil aragonesa y no tienen en Aragón su residencia”. Teniendo en cuenta estos datos hay dudas acerca del Derecho civil español que correspondía aplicar. De acuerdo con el art. 3.1º del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 que determina como aplicable la ley de la residencia habitual del acreedor –el ordenamiento plurilegislativo español– y el art. 16.2º.a) del mencionado Protocolo –que nos conduce al art. 16 Cc que a su vez remite al art. 9.7º Cc–. Desconocemos la vecindad civil del progenitor y de sus hijos, sabemos que no poseían la vecindad civil aragonesa, pero de ello no cabía deducir automáticamente que la cuestión quedara regida por el Derecho civil estatal, puesto que podía haber sido perfectamente aplicable la legislación civil catalana. Finalmente, la SAP Madrid de 18 de mayo se pronuncia sobre un pacto en previsión de ruptura matrimonial aplicando el Derecho civil catalán aunque desconocemos el camino seguido para llegar a tal conclusión. Simplemente se apunta lo siguiente: “No se discute la vecindad civil catalana de las partes, ni tampoco la aplicación del Derecho foral catalán, y así se advierte en el párrafo tercero del fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada” sin consignar la norma de conflicto que indica que este Derecho sea el aplicable.

7. Un tema que genera dudas es el de la ley aplicable a la atribución del uso de la vivienda familiar. La jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar aplicable la ley designada por el art. 107.2º Cc. No obstante, la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal, que desplaza la aplicación del art. 107.2º Cc, plantea el problema que se aplica estrictamente a la disolución o relajación del vínculo matrimonial pero no a sus efectos. Esta limitación de material conduce a pensar que la atribución del uso de la vivienda familiar queda regida por la ley aplicable a los efectos del matrimonio (*vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 2013, p. 452), salvo que se considerara que el art. 107.2º Cc continuaba vigente por lo que se refiere a los efectos inmediatos e inherentes al divorcio. La nueva redacción del precepto tampoco acaba de resolver la cuestión. Ahora bien, el Reglamento 1259/2010 no se aplica a supuestos interterritoriales y, por consiguiente, debería acudir al art. 107.2º Cc. No obstante, no deja de producirse una fragmentación extraña y suficientemente compleja, ya que para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio se aplica el art. 9.2º Cc, o 9.3º Cc, para la disolución o relajación del vínculo matrimonial se aplica el Reglamento 1259/2010, que no se aplica a supuestos interterritoriales, y para los efectos del divorcio o la separación judicial se aplica el art. 107.2º Cc, cuya redacción actual deja mucho que desear. Todo ello dejando a un lado que puede mantenerse que si hay hijos menores, la atribución del uso de la vivienda familiar queda fijado por la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales designada por el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores.

8. En cualquier caso, si todos los elementos del caso, supuestamente, se relacionan con uno solo de los Derechos civiles españoles, no hay conflicto de leyes y, por tanto, es de aplicación ese Derecho. Ello sucede en distintos casos. Así se comprueba en el caso resuelto por SAP Barcelona de 1 de octubre, que corrige la ley aplicada por el juzgado de primera instancia “cuando dada la vecindad civil catalana de las partes, procedía la aplicación del art. 234-8.2 a) CCCat” y cabe suponer que el resto de elementos relevantes del caso (lugar de situación de la vivienda familiar en la que tenían la residencia habitual de las partes y del hijo menor) estaban también conectados con la ley catalana. Lo mismo sucede en el litigio ventilado ante la AP de Barcelona y resuelto por sentencia de 3 de diciembre, en el que se aplica la legislación civil catalana en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar “dada la vecindad civil catalana de los sujetos del presente proceso”. En el mismo sentido la SAP Barcelona de 21 de julio, pronunciándose sobre la prestación compensatoria, “Con carácter previo cabe precisar que la legislación aplicable a las medidas derivadas del divorcio es el CCCat. No consta que los cónyuges hayan mantenido la vecindad civil común y residen en Catalunya desde hace más de diez años antes del divorcio por lo que cabe afirmar que tienen vecindad civil catalana en el momento de iniciarse este procedimiento”. También la SAP Barcelona de 9 de diciembre que se pronuncia sobre la guarda de los hijos menores y advierte “Debemos aclarar que la legislación aplicable es la del Codi Civil Catalán. Ambos cónyuges según se deriva de los documentos aportados han nacido en Catalunya, no consta ni se alegan cambios de vecindad civil y ambos siguen residiendo en Catalunya. El principio de territorialidad (arts. 14.1º Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat) nos llevaría asimismo a la aplicación de la legislación catalana”. Por último también la Sentencia de 21 mayo la AP de Barcelona sobre régimen de visitas de la abuela paterna en la que se aplica la legislación civil catalana “dada la vecindad civil catalana de los sujetos de la relación jurídico-procesal”.

Por el contrario, cuando la vecindad civil no coincide con el lugar de residencia habitual, la SAP Barcelona de 4 de noviembre aplica el Cc estatal respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, y la pensión compensatoria por desequilibrio económico, puesto que “no se ha discutido la vecindad civil común de los sujetos de la relación jurídico-procesal, no obstante residir en la actualidad en Cataluña, por el no transcurso del plazo legal para acceder a la vecindad civil catalana”, aunque no se cita la norma de conflicto aplicable. También aplicando el Cc estatal, la SAP de Barcelona de 21 de abril, “(...) antes de nada diremos que en el caso es aplicable el Cc, de conformidad con el art. 14.3º en relación con el 9.4º del mismo texto legal, toda vez que la menor tiene la vecindad civil común”, si bien se pronuncia también sobre los alimentos debidos a la menor y no menciona el art. 9.7º Cc.

9. En supuestos internacionales en los que debe aplicarse el ordenamiento plurilegislativo español debe denunciarse la desorientación absoluta de la que hacen gala tres de las sentencias seleccionadas. Por una parte, en la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de El Vendrell de 26 de enero y la dictada por el mismo Juzgado de 1 de septiembre, que reproduce lo declarado en la sentencia de 26 de enero, en las que, después de determinar como aplicable la ley española para regir la responsabilidad parental y los alimentos se plantea cuál de las leyes españolas es la aplicable. La argumentación seguida y la conclusión alcanzada ignoran por completo la solución prevista en relación a la remisión a sistemas plurilegislativos en el Convenio de La Haya de 1996 en relación a la responsabilidad parental y en el Protocolo de La Haya de 2007 en relación a los alimentos. En efecto, la aplicación de la ley española en cuestión, la catalana en este caso, depende del consentimiento expreso de las partes a la ley catalana. Por su parte, la SAP Barcelona de 29 de julio, también respecto a las relaciones parentales y a los alimentos, es algo confusa puesto que si bien determina la ley aplicable a los alimentos de los menores de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 2007, para determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental se remite a “los referidos reglamentos”, cuando lo que correspondía era aplicar el Convenio de La Haya de 1996. Considera el tribunal que “los referidos reglamentos” determinan como ley aplicable la española y determina la ley catalana como rectora de la cuestión litigiosa en base al principio de territorialidad y a “las normas aplicables de conflicto de leyes (arts. 9, 107 y 16 Cc español), que también remiten al mismo ordenamiento civil propio de Catalunya”. Por fin, la sentencia del Juzgado sobre Violencia de la Mujer de Cornellá del Llobregat de 15 de julio tampoco explicita el camino seguido ni menciona los preceptos que regulan la remisión a sistemas plurilegislativos en un supuesto en el que se pronuncia igualmente sobre la responsabilidad parental y los alimentos. El juzgado, después de constatar que es aplicable la ley española en virtud del art. 9.3º Cc (en lugar de haber aplicado el Convenio de La Haya de 1996) y del art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007, aplica la legislación civil catalana “por la vecindad civil de los hijos desde su nacimiento”.

Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 26 enero 2015.
Ponente: Sra. D^a Cristina López Potoc. Cendoj Roj: AJVM T 1/2015.

Crisis matrimonial.– Responsabilidad parental.– Alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 15, 16 y 17 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; art. 15 Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 3 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 14 EAC; arts. 111–3 y 233–2 CCCat; arts. 9.2º, 14, 16 y 107 Cc.

[...]

El Protocolo en el artº. 3 dispone que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que el propio Protocolo disponga otra cosa, por tanto, la legislación española.

La cuestión subsiguiente a determinar, siendo la ley aplicable la española, si ha de aplicarse el derecho común o bien el Derecho propio de Cataluña.

Siendo España un Estado con legislaciones civiles estatal y autonómicas, debe determinarse qué hay que entender por “ley española” o lex fori. En principio procedería aplicar el derecho civil catalán tanto por el criterio de territorialidad (arts. 14.1º del Estatut d’Autonomia de Catalunya no afectado de inconstitucionalidad – Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra– y 111.3.1 CCCat) como por las normas de conflicto de leyes (de nuevo los arts. 9.2º y 107 Cc, al que debe añadirse el 16 Cc), que también remiten al mismo ordenamiento civil.

Por lo tanto habrá de acreditarse que las partes han adquirido la vecindad civil catalana, lo que ocurre según el art. 14.5º Cc: "...".

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

Siguiendo tal criterio expresamente fijado por las SSAP Barcelona 12ª 19 enero 2012, 26 febrero 2010 y 11 noviembre 2009, ha de acreditarse la concurrencia de los requisitos para la adopción de la vecindad civil catalana y si no es así, esta última refiere expresamente "La ausencia de acreditación de la adquisición de la vecindad civil catalana de las partes en litigio determina la aplicación Cc (...)". En términos similares se expresa la Audiencia Provincial de Girona de 6 octubre 2006 y de 8 abril 2004.

El criterio para determinar la legislación estatal aplicable no lo es solo a los efectos del matrimonio en caso de que se remita a la ley del foro, sino también a las medidas sobre los hijos como señala la SAP Barcelona 19 enero 2012.

Por tanto, en el caso de autos, si se desarrolla prueba suficiente de que las partes llevaren residendo continuamente 10 años en o bien habiendo residido de manera continuada durante dos años en Cataluña y hayan expresado y consignado registralmente su voluntad de someterse al Derecho catalán, será de aplicación el CCCat, Ley 25/2010 de 29 de julio, del libro II, y en caso contrario, el Código Civil de Derecho común. Infórmese a las partes a los efectos oportunos.

En el caso que nos ocupa, se considera que hay sometimiento expreso al Derecho catalán, dado que la Sra. Alejandra en su demanda insta la aplicación del Derecho catalán, y posteriormente el procedimiento se ha transformado el procedimiento a mutuo acuerdo con el consentimiento del Sr. Sabino, es decir se aprecia consentimiento expreso a la aplicación del Derecho Catalán,

Obs: *Vid. en igual sentido la Sentencia Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 1 septiembre 2015. JUR/2015/263540.*

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 4 febrero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Catalina Maria Moragues Vidal. Cendoj Roj: SAP IB 117/2015.

Condominio.— Determinación del régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 14, 16, 9.3, 1315, 1316 y 1327 Cc.

[...]

Entrando a conocer del concreto pronunciamiento objeto del recurso, debe señalarse, ya de inicio, que comparte la Sala los razonamientos que justifican debidamente la desestimación de la pretensión actora relativa a la reclamación de cantidad, y que, por ello, el recurso debe ser desestimado por cuanto:

1º) Que el régimen económico del matrimonio fue el de gananciales, ha resultado indiscutido a lo largo del matrimonio de ambas parte litigantes y reconocido por éstas en todas aquellas actuaciones en las que la mención del régimen económico del matrimonio devenía obligada: la adquisición, constante matrimonio, de bienes inmuebles y el proceso de divorcio seguido de mutuo acuerdo en el año 2011. Por tanto, acreditado que el matrimonio se contrajo en Jaén, residiendo luego del mismo los esposos durante algunos años tanto en Jaén como después en la península, no acreditada ni manifestada la residencia civil balear al momento de contraer matrimonio, ni el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con posterioridad para modificar el citado régimen de gananciales, la conclusión no puede ser otra que la consignada en la sentencia apelada.

2º) Sin embargo, y aún en el supuesto de que asistiera la razón a la parte apelante y se admitiera que el régimen económico del matrimonio fuera el de separación de bienes, tampoco podría estimarse el motivo pues, debe recordarse que el art. 4 de la Compilación Balear dispone que cada cónyuge contribuirá al levantamiento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia. Por tanto, aún en el supuesto de que la contribución económica del esposo hubiera sido superior a la de la esposa, al hallarnos en sede de levanta-

miento de las cargas del matrimonio, en aplicación de la norma ya citada, art. 4 de la Compilación, resultaría improcedente acceder a la reclamación de cantidad actora.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, Sentencia de 9 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Javier González González. Cendoj Roj: SAP NA 117/2015.

Crisis matrimonial.– Determinación de la vecindad civil.– Compensación por “trabajo en el hogar familiar”.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 16, 107 Cc; Ley 103 FN.

[...]

Una primera aproximación al problema debatido nos lleva ya a rechazar la aplicación del señalado art. 1438 Cc. En efecto, es dato pacífico que ambos cónyuges gozan de la vecindad civil navarra, luego, al amparo de los arts 16, 9.2º y 107 Cc, es aplicable la legislación navarra, y en concreto su Compilación, ex Ley 2 FN. Así las cosas, debe proyectarse sobre el supuesto que nos ocupa la meritada Ley 103 FN, que contiene una regulación del régimen de separación de bienes en la que, aparentemente, no se contempla la compensación que sí prevé expresamente el art. 1438 Cc .

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 21 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª Margarita Blasa Noblejas Negrillo. Cendoj Roj: SAP B 3859/2015.

Crisis matrimonial.– Responsabilidad parental.– Alimentos.

Normas aplicadas: Art. 9.4º, 14 y 92 Cc.

[...]

Sentadas así las bases del recurso, antes de nada diremos que en el caso es aplicable el Cc, de conformidad con el art. 14.3º en relación con el 9.4º del mismo texto legal, toda vez que la menor tiene la vecindad civil común.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 5 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen. Cendoj Roj: SAP IB 737/2015.

Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 1362, 1365 y 1367 Cc; art. 3 CDCB.

[...]

Sobre el régimen económico del matrimonio, la única prueba practicada al efecto es la escritura de compraventa de participaciones en la que comparecen ambos demandados y manifiestan que son de vecindad civil mallorquina, pero que están casados en régimen de gananciales. Ninguna prueba se ha practicado que contradiga esta declaración efectuada por los interesados ante el Notario. No puede olvidarse que en el régimen de Derecho civil vigente en Mallorca rige el principio de libertad de pacto (art. 3.1º Compilación). Por otro lado, carece de sentido la expresión de que adquieren obligaciones para su sociedad conyugal si el régimen económico es el de separación de bienes, como se pretende.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia de 18 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres. Cendoj Roj: SAP M 7052/2015.

Crisis matrimonial.– Pacto en previsión de ruptura matrimonial.

Normas aplicadas: Art. 231.20 CCCat.

[...]

No se discute la vecindad civil catalana de las partes, ni tampoco la aplicación del derecho foral catalán, y así se advierte en el párrafo tercero del fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. Cendoj Roj: SAP B 5081/2015.

Crisis matrimonial.– Régimen de visitas.

Normas aplicadas: Art. 236.4º CCCat.

[...]

El Derecho aplicable en el caso enjuiciado, y dada la vecindad civil catalana de los sujetos de la relación jurídico–procesal, no es el Código de Familia de Cataluña, ya derogado en el momento de la interposición de la demanda rectora de la litis, sino el actual CCCat., cuya cita no efectúa la accionante lo que no impide su observancia a tenor del principio iura novit curia.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 2 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández. SAP IB 970/2015.

Divorcio.– Determinación obiter dicta del régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Art. 14.5º Cc; art. 24.1º CE.

[...]

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante considera incorrecta la aplicación del art. 14.5º Cc y la jurisprudencia empleada por el Juez ad quo en la resolución, que le lleva a la mutación del régimen económico matrimonial de Participación en los gananciales al régimen económico matrimonial de Separación de bienes, y ello como consecuencia de la adquisición de la vecindad civil balear por el transcurso de 10 años de residencia en Ibiza; lo cual, en la consideración de dicha parte, produce una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1º CE toda vez que, al aplicar la legalidad de manera arbitraria e irrazonable, no se está obteniendo una resolución fundada en Derecho produciendo indefensión.

Al respecto, aprecia la Sala que si bien la sentencia de instancia incorpora un obiter dicta en el Fundamento jurídico segundo relativo a que “ el matrimonio se rigió por el régimen económico matrimonial de gananciales desde la fecha de celebración del matrimonio hasta el año 2006, fecha en que, habiendo residido de forma continuada en Ibiza durante diez años sin declaración en contrario, adquirieron ipso iure la vecindad civil ibicenca, resultando por tanto de aplicación el régimen económico matrimonial de separación de bienes desde dicha fecha, lo que no afecta al carácter ganancial de los bienes y derechos adquiridos por ambos cónyuges constante el régimen económico matrimonial de gananciales”; sin embargo, no es menos cierto que no se llevó al Fallo de la sentencia ningún pronunciamiento al respecto (vemos que los pronunciamientos del Fallo, si bien son poco concretos por remisión a los Fundamentos jurídicos, sin embargo en ningún caso se remiten al Fundamento jurídico segundo, en el que se trata tal cuestión, sino al tercero y al cuarto. Por lo tanto, no existió un pronunciamiento concreto en la parte dispositiva de la sentencia que determine cuál es el régimen matrimonial

aplicable al matrimonio concertado en su día entre los litigantes. Lo que, por otro lado, ni se pidió propiamente en la demanda, ni era éste el procedimiento oportuno para su determinación.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 4 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo Lorenzo Ramón Homar. Cendoj Roj: SAP IB 1009/2015.

Régimen económico matrimonial.– Acción reivindicatoria.

Normas aplicadas: Arts. 448 y 464 Cc; art. 3, 4 y 65 CDCB

[...]

Se plantean dudas sobre la determinación del régimen económico matrimonial, pues la sentencia indica que es el de separación de bienes dado el lugar de celebración del matrimonio, que parece ser fue la isla de Menorca. Ninguna de las partes pone en duda de que se trate de un régimen de separación de bienes. Si les es aplicable la vecindad civil menorquina, sobre lo que no constan sus presupuestos, por remisión del art. 65 CDCB, sería de aplicación el art. 3 de la misma que indica que “Serán bienes propios de cada cónyuge los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiera por cualquier título mientras el mismo esté vigente. No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos de considerable valor...”.

No constan capitulaciones matrimoniales en los que se pactase un régimen de separación de bienes Cc, con lo que el régimen económico se rige por la CDCB, con lo cual no es de aplicación el art. 1.441 Cc, si bien el resultado práctico en el caso concreto es idéntico en el caso concreto al de aplicación del art. 3 de la Compilación.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 26 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elena Farré Trepat. Cendoj Roj: SAP B 5770/2015.

Régimen económico matrimonial.– Matrimonio contraído con anterioridad a la aprobación de la Ley 11/1990.

Normas aplicadas: Art. 9 Cc/1974; art. 232 CCCat.

[...]

De la documentación aportada por ambas partes a este procedimiento se concluye, sin embargo, que el régimen económico matrimonial que ha regido durante el matrimonio ha sido el de separación de bienes. A esta conclusión conduce la información aportada por el Ayuntamiento de Igualada en el sentido de que el padre de la demandante inició la relación funcional con la policía municipal de Igualada el día 30 abril 1970, fecha en la que tomó posesión de su plaza. Teniendo en cuenta que en aquella fecha la demandante era menor de edad, –pues la misma nació el... de 1959–, y no habiendo aportado prueba acreditativa de que no trasladó su lugar de residencia cuando lo hizo su padre, cabe concluir que el lugar de residencia de la demandante se encontraba a partir de aquella fecha en Igualada. La inscripción posterior en el padrón de habitantes no desvirtúa esta conclusión. Por ello, cuando ambas partes contrajeron matrimonio en fecha 21 junio 1980 por lo menos uno de los contrayentes era de vecindad civil catalana.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a pesar de haber contraído matrimonio en el año 1980, es decir, con anterioridad a la reforma del art. 9.2º Cc, que establecía que la esposa seguía la vecindad civil del esposo, la aplicación retroactiva de la redacción dada al referido precepto por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que lo adaptó a la CE por imperativo del principio de igualdad entre el hombre y la

mujer, se justifica en la interpretación dada por la STC nº 39/2002, de 14 febrero a la problemática de sus efectos retroactivos.

Conforme a lo anterior y no habiéndose acreditado que les fuese aplicable a ambos cónyuges la ley personal común, –pues se ha estimado probado que la vecindad civil de la demandante era la catalana en el momento de contraer matrimonio–, los efectos del matrimonio se han regido por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, al no existir constancia de la elección otra ley por parte de ambos, debiendo, por ello, concluirse que el régimen económico matrimonial que ha regido el matrimonio ha sido el de separación de bienes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 29 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR\2015\232678.

Crisis matrimonial.– Alimentos.

Normas aplicadas: Art. 9.4º, 14 y 92 Cc

[...]

La norma relativa a las relaciones parentales y a los alimentos de los menores resultante de la aplicación conjunta de los referidos reglamentos, es la que resulta de la residencia habitual de los hijos, por lo que es el CCCat en virtud del principio de territorialidad establecido en el art. 14.1º EAC y en el art. 111–3.1 CCCat, así como de las normas aplicables de conflicto de leyes (arts. 9, 107 y 16 Cc español), que también remiten al mismo ordenamiento civil propio de Catalunya.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 8 julio 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Myriam Sambola Cabrer. JUR\2015\227008.

Crisis matrimonial. Pensión compensatoria.– Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Art. 9.2º, 16, 107 Cc; art. 14 EAC; 111.3 y 233 CCCat.

[...]

Ley aplicable.

El fundamento del primer motivo de recurso se basa en la aplicación indebida de los arts. 233.14º a 233.19º CCCat en lugar de resolver de acuerdo con la legislación contenida en el Cc estatal, art. 97. Se parte de la existencia de un conflicto de normas entre el Derecho común y el Derecho civil catalán que el recurrente resuelve a favor del primero.

Atendida la fecha de la presentación de la demanda mayo de 2013, y la vecindad civil catalana de ambos litigantes, la ley rectora y aplicable a la cuestión aquí controvertida es la contenida en el CCCat en vigor desde el 1º enero 2011 y en concreto los arts. 233.14º a 233.19º. Y ello conforme a lo dispuesto en los arts. 16, 9.2 y 107 Cc estatal en relación con el 14.1º EAC y art. 111.3º CCCat.

En consecuencia debe desestimarse el primer motivo dado que la sentencia apelada resuelve la controversia aplicando la normativa contenida en el CCCat.

Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Cornellà de Llobregat, Sentencia de 15 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Aragonés Seijo. JUR\2015\237301.

Crisis matrimonial.– Responsabilidad parental.– Alimentos.

Normas aplicadas: Art. 9.4º y 14 Cc; art. 15 Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 3 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

[...]

Competencia internacional y ley aplicable.— Los hijos menores Julieta y Arsenio —nacidos el ... de 2004 y el ... de 2008— tienen nacionalidad española. El padre tiene nacionalidad de Ghana y la madre española. Respecto de la potestad parental son competentes los tribunales españoles por residir los menores habitualmente en España al presentarse la demanda (art. 8.1º Reglamento 2201/2003). La Ley aplicable a esta materia es la española por ser la ley nacional del hijo (art. 9.3º Cc).

Respecto a los alimentos los tribunales españoles son competentes por ser el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual (art. 3 letra a del Reglamento 4/2009) y la ley aplicable es la española por ser la del Estado de la residencia habitual del acreedor (art. 15 Reglamento 4/2009 y art. 3 del Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias). En particular, resulta aplicable el derecho civil catalán por la vecindad civil de los hijos desde su nacimiento (art. 14 Cc).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 21 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. María Dolores Viñas Maestre. JUR\2015\261051.

Crisis matrimonial.— Pensión compensatoria.

Normas aplicadas: Art. 233.14º CCCat.

[...]

La única medida que es objeto de apelación es la relativa a la prestación compensatoria. La sentencia ha reconocido a la Sra. Delia una prestación compensatoria de 500 euros mensuales sin límite temporal. Contra dicho pronunciamiento se alza el demandante que alega en síntesis que la Sra. Delia está incorporada al mercado laboral y que reúne las condiciones para cobrar una pensión de jubilación. Alega asimismo la existencia de gastos de cuidado.

Con carácter previo cabe precisar que la legislación aplicable a las medidas derivadas del divorcio es el CCCat. No consta que los cónyuges hayan mantenido la vecindad civil común y residen en Catalunya desde hace más de diez años antes del divorcio por lo que cabe afirmar que tienen vecindad civil catalana en el momento de iniciarse este procedimiento.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 27 julio 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª Pilar Fernández Alonso. JUR\2015\210336.

Tercería de dominio.— Determinación del régimen económico matrimonial.— Matrimonio contraído con anterioridad a la aprobación de la CE.

Normas aplicadas: Arts. 9, 12, 13, 14 y 15 Cc/1889; arts. 1315, 1316 Cc.

[...]

Señala el juez a quo, que ha quedado acreditada la vecindad civil balear de la señora Vanesa, pero que no ha quedado acreditada cual era la vecindad civil del señor Baldomero, hecho que ni siquiera se menciona en la demanda de tercería, ni se practicó prueba al respecto. No obstante el juez a quo entiendo que tenía la vecindad civil común por que nació en Montiel y no consta en autos que al contraer matrimonio optase por la vecindad civil de la señora Vanesa.

En conclusión, en el presente caso el matrimonio se contrajo con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española, por lo que, según los criterios jurisprudenciales citados debe entenderse que la tercerista seguía la vecindad civil del marido y que esta era la vecindad civil común, dado el lugar de nacimiento del mismo y la presunción establecida en el citado art. 14.5º Cc a favor de dicho lugar y lo dispuesto art. 1315.2º Cc en su redacción originaria, al igual que el 1316 actual; a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

En todo caso, y ante la falta de prueba por parte de la tercerista del carácter privativo del bien embargado, hemos de estar a lo que proclama el Registro de la Propiedad, y por tanto que nos encontramos ante un bien ganancial, razones por las cuales procede, en todo caso, revocar la sentencia y estimar el recurso, manteniéndose el embargo trabado sobre el inmueble.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 28 julio 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Raquel Alastruey Gracia. JUR\2015\232163.

Crisis matrimonial.– Pensión compensatoria.– Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Art. 233 CCCat.

[...]

Debe señalarse que los litigantes se casaron en Zaragoza en régimen de gananciales, pero con posterioridad ambos adquirieron la vecindad civil catalana, por lo que si bien la liquidación del régimen económico matrimonial se regirá por lo dispuesto en las Leyes Civiles Aragonesas, al vincularse el régimen económico-matrimonial a la vecindad civil existente al tiempo de constituirse, los efectos del divorcio en tanto se producen cuando ambos tienen vecindad civil catalana se regulan por lo dispuesto en el Libro II CCCat.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia de 10 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Julián Collado Nuño. JUR\2015\260747.

Régimen económico matrimonial.– Matrimonio contraído con anterioridad a la aprobación de la CE.

Normas aplicadas: Art. 15 Cc/1889, art. 16 Cc; art. 49 CDCC.

[...]

La cuestión relativa al régimen económico matrimonial de las partes resulta compleja; así de la prueba practicada resulta que Brigida, nacida en Barcelona el... de 1951, contrajo matrimonio con Arturo en Mataró el 19 septiembre 1967, sin que conste variación en su residencia durante ese periodo, poseía así, sin duda, la vecindad civil catalana en el momento de celebrar el matrimonio. De otro lado, Arturo nació en Zabarno, Almería, el... de 1950, sin que se haya podido acreditar la vecindad civil de sus padres si bien si consta que, al menos desde 1956 lo hicieron en Mataró, donde aparecen empadronados en el elaborado el 31 diciembre 1960. Si consideramos la redacción del art 16.1.1º Cc este determina que, caso de surgir conflicto de leyes civiles entre las coexistentes dentro del territorio nacional, será ley personal la determinada por la vecindad civil. Así se recogía en el art. 15 en la redacción del RD de 12 junio 1899, hasta su modificación por Decreto de 31 mayo 1974 que varía la numeración de los arts. 14 y 15 y por la Ley 11/1990, 15 octubre, de reforma Cc en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. De esta manera tanto el anterior art. 15 Cc, como el actual art. 14, disponen como se ganará vecindad por la residencia continuada, tanto en territorio de derecho común como en territorio de derecho especial o foral, de dos años siempre que el interesado manifieste ser esa

su voluntad o de diez años sin declaración en contrario durante este plazo. Poniendo esta norma en relación con la relativa a la LRC de 8 junio 1957 y su Reglamento aprobado por Decreto de 14 noviembre 1958, hallamos que el art. 225 del Reglamento, en su redacción originaria, disponía: “El cambio de vecindad civil se produce ipso iure, por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el encargado no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona”.

Entendemos, en consecuencia, acreditado que Arturo poseía, en el momento de contraer matrimonio, la vecindad civil catalana sin que consten ni declaración contraria en tiempo y forma ni capítulos otorgados en el momento del matrimonio, de lo que resulta consecuencia obligada que el régimen matrimonial era el de separación de bienes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 1 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2015\281136.

Crisis de pareja. – Alimentos. – Atribución del uso de la vivienda familiar.

Normas aplicadas: Art. 234 CCCat.

[...]

En el proceso declarativo verbal de adopción de medidas del cese de la pareja de hecho, dictada el 22 febrero 2011, se acordó por las partes la atribución del uso de la vivienda familiar, de propiedad compartida, en favor del hijo menor y de su progenitora, a la manera de lo dispuesto en el art. 96.1º Cc, cuando dada la vecindad civil catalana de las partes, procedía la aplicación del art. 234-8.2º.a) CCCat.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia de 14 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós. JUR\2015\247022.

Crisis matrimonial. – Responsabilidad parental. – Alimentos.

Normas aplicadas: Art.146, 1319 y 1362 Cc.

[...]

La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse con consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades y de las efectivas necesidades de aquellos según los usos y las circunstancias de la familia, proporcionadamente al caudal y medios de quienes los da y a las necesidades de quienes los recibe (arts. 146, 1319 y 1362 Cc, pues progenitores y menores carecen de la vecindad civil aragonesa y no tienen en Aragón su residencia).

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 26 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García. JUR\2015\256141.

Crisis matrimonial. – Responsabilidad parental. – Alimentos.

Normas aplicadas: Art. 218 LEC.

[...]

Incongruencia omisiva.— En el primer motivo de la impugnación se alude a una supuesta incongruencia omisiva porque la sentencia de primera instancia no se pronuncia sobre si es aplicable el Derecho civil catalán, teniendo en cuenta la vecindad civil de los litigantes.

[...]

En el suplico de la contestación en ningún momento se plantea como pretensión que deba ser objeto de pronunciamiento que se declare que el Derecho aplicable es el CCCat. La falta de aplicación de la norma sería en su caso una infracción de precepto legal a la hora de confeccionar la sentencia, pero no una incongruencia de la misma.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 4 noviembre 2015.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2016\10517.

Crisis matrimonial.— Pensión compensatoria.— Atribución del uso de la vivienda familiar.

Normas aplicadas: Arts. 96 y 97 Cc.

[...]

En el proceso suscitado no se ha discutido la vecindad civil común de los sujetos de la relación jurídico-procesal, no obstante residir en la actualidad en Cataluña, por el no transcurso del plazo legal para acceder a la vecindad civil catalana.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 2 diciembre 2015.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2016\20920.

Régimen económico matrimonial.— Determinación de la vecindad civil.— Matrimonio contraído con anterioridad a la aprobación de la Ley 11/1990.

Normas aplicadas: Art. 1316 Cc.

[...]

Las reglas del onus probandi del art. 217 LEC determinaban que la carga de la prueba del hecho esencial de la demanda relativo a la vecindad civil catalana del demandado, en el tiempo de contraer matrimonio el 30 julio 1983, correspondía a la accionante, para así constatar que el demandado nacido en Mérida (Badajoz) tenía la vecindad civil catalana por residencia superior a 10 años antes de contraer matrimonio. En consecuencia la actora nacida en Lugo, no ha probado tal supuesto para apreciar la existencia del régimen de separación de bienes, ante la ausencia de capítulos matrimoniales, y vecindad civil catalana, y que en consecuencia la esposa, en tal momento histórico, seguía la vecindad civil de su consorte.

Las anteriores consideraciones jurisdiccionales determinan que el régimen económico matrimonial que regía entre las partes del proceso era de comunidad de gananciales, a tenor de lo dispuesto en el art. 1316 Cc, ante la ausencia de capitulaciones matrimoniales, y ostentar ambos contrayentes la vecindad civil común.

La mera manifestación del demandado en escritura de compra del inmueble familiar, de encontrarse sometido al régimen de separación de bienes, no determina por sí misma la prueba de tal régimen matrimonial entre las partes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 diciembre 2015.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2016\20359.

Crisis matrimonial. – Alimentos. – Atribución del uso de la vivienda familiar.

Normas aplicadas: Art. 233–20 CCCat.

[...]

En la sentencia de divorcio, dictada en proceso contencioso el 12 marzo 1996, se determinó entre otras medidas civiles complementarias a la declaración principal de disolución del vínculo conyugal, la atribución del uso del domicilio familiar, de propiedad compartida entre los cónyuges, en favor de la esposa e hijas del matrimonio menores de edad Sofía y Claudia, con aplicación del art. 96 Cc, dado que no estaba todavía vigente el Código de Familia de Cataluña de 15 julio 1998.

El criterio legal aplicado fue, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el de atribuir el uso del domicilio y del ajuar doméstico a las hijas y al cónyuge en cuya compañía quedaban.

Ha transcurrido ya 19 años desde la concesión del uso de la vivienda, sin poder el aquí demandante ejercer la totalidad de sus derechos dominicales, derivados de la propiedad compartida del inmueble.

En la actualidad, dada la vecindad civil catalana de los sujetos del presente proceso, es de aplicar en materia del uso de la vivienda familiar, el art. 233–20.3º.b) del CCCat.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 9 diciembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a. M^a Dolores Viñas Maestre. JUR/2016/21146.

Crisis matrimonial. – Responsabilidad parental. – Alimentos.

Normas aplicadas: Art. 14 EAC; arts. 111.3 y 233 CCCat.

[...]

La sentencia ha denegado la petición de guarda compartida por semanas formulada por el padre en su demanda y ha acogido las medidas solicitadas por la madre en su demanda que son las mismas, en cuanto a los efectos personales, que las acordadas por los cónyuges en un convenio regulador firmado en mayo de 2013 que no se ha ratificado judicialmente.

En el recurso se reiteran las alegaciones de la demanda y se citan como infringidos preceptos Cc. La sentencia al adoptar la medida ha aplicado también preceptos Cc. Debemos aclarar que la legislación aplicable es la del CCCat. Ambos cónyuges según se deriva de los documentos aportados han nacido en Catalunya, no consta ni se alegan cambios de vecindad civil y ambos siguen residiendo en Catalunya. El principio de territorialidad (arts. 14.1º EAC y 111.3.1 CCCat) nos llevaría asimismo a la aplicación de la legislación catalana.

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia de 16 diciembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. RJ/2015/6243.

Régimen económico matrimonial. – Determinación de vecindad civil. – Inicio del cómputo. – Minoría de edad

Normas aplicadas: Art. 15 Cc/1889; art. 14 Cc/1974; art. 225 RRC

[...]

Consecuencia de tales previsiones legales es que como el demandado hasta su mayoría de edad estuvo sujeto a la vecindad civil de su padre, que era la correspondiente al derecho común, y no estaba incurso en los supuestos de declarar su voluntad de someterse a la vecindad catalana, se habrá de estar a las previsiones para quienes no sujetos a la patria potestad ganen vecindad civil por residencia, que

en nuestro caso, a falta de manifestación expresa por residencia de dos años, sería la de 10 años sin declaración en contra al respecto durante ese plazo.

[...]

El Tribunal de apelación opta por computar el tiempo de la minoría de edad para completar los 10 años de residencia, utilizando como argumento que la exclusión del tiempo en el que el sujeto no puede regir su persona opera para hacer las declaraciones registrales pero, a sensu contrario, es inaplicable en los casos, como el presente, en el que no hay declaración registral alguna y la adquisición de la vecindad civil opera ipso iure.

La jurisprudencia, como la propia sentencia de la Audiencia indica, es disímil. Las SSTs 20 febrero 1995, 28 enero 2000, y 21 septiembre 2000 fijaron como doctrina que en el plazo de 10 años se computa el tiempo en que el interesado no podía legalmente regir su persona, pues lo contrario sería aplicar el párrafo segundo del art. 225 RRC y esta norma se encuentra en pugna con la prevenida en el art. 15.3.1º y 2º Cc en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, y con el art. 15.3.2º Cc en su relación de 1889. En concreto entienden que por razones de jerarquía normativa no cabe que la norma reglamentaria vaya en contra de la contenida en el Cc.

Por el contrario la STS 23 de marzo 1992, sostiene que no es posible computar los años en que el interesado durante su minoría de edad, en unión y bajo la patria potestad de sus padres, residió en Barcelona, por aplicación del art. 225 RRC. La STS más reciente del 7 junio 2007, que ha servido de frontispicio a la motivación de la presente sentencia, afirma que la norma del RRC no infringe el art. 15.3º Cc en su redacción originaria sino que lo completa al fijar no ya la declaración sino el cómputo del plazo de residencia para la adquisición, en el sentido de no computar el tiempo en el que el interesado no podía regir su persona.

La Sala acoge la doctrina de esta última sentencia, sin apreciar razones relevantes para apartarse de ella, por los siguientes argumentos:

i) Es cierto que cuando el art. 15 Cc en su versión original, o el art. 14 en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 mayo, regulan cómo se ganará o se adquirirá vecindad por residencia continuada, no contienen una exigencia expresa sobre la capacidad del interesado a tal fin, en contra de lo que sí prevé expresamente el Cc en los supuestos del art. 15.1º, versión original, y 14. 2º, versión de 1974.

Ahora bien ello no autoriza a que de forma categórica pueda colegirse que la interpretación literal consista en que tal capacidad sea exigible cuando se manifiesta la voluntad mediante declaraciones y, sin embargo, no lo sea cuando simplemente se trate de dejar transcurrir el plazo sin expresar su voluntad en contrario.

Tan es así que como complemento del art. 15 Cc y para facilitar su inteligencia y aplicación se publicó el RD 12 junio 1899, en el que se disponía, por lo que ahora interesa, como regla para computar el plazo de 10 años fijado en el párrafo quinto del citado art. 15 del Código, que empezará a contarse “para los menores de edad no emancipados legalmente, desde el día que cumplan la mayor edad...”

Tales reglas aclaratorias del RD 12 junio 1899, dictadas para la inteligencia del art. 15 Cc, no tienen efecto retroactivo (sentencia de 23 diciembre 1904), ni pueden servir de fundamento a un recurso de casación, ya que las disposiciones reglamentarias no pueden ser estimadas como leyes o doctrina legal (sentencia de 6 junio 1927). También pueden considerarse como reglas de interpretación gubernativa de una ley sustantiva, dirigida a los jueces encargados del Registro Civil, sin vinculación en el ámbito judicial.

Pero no obstante lo anterior, su cercanía a la promulgación Cc y finalidad perseguida, aunque no vinculantes sí que permite calificarlas de interpretación autorizada, y ser tomadas en consideración.

(ii) El art. 225 RRC de 1958, tras reconocer “que el cambio de vecindad civil se produce ipso iure por la residencia habitual durante 10 años seguidos... a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario”, añade que “en el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no puede legalmente regir su persona”.

Una interpretación del precepto reglamentario, que es la que hace la sentencia recurrida, consistiría en considerar que la exclusión del cómputo del tiempo de la minoría deberá operar para hacer las declaraciones registrales pero, a sensu contrario, es inaplicable en los casos, como el presente, donde no hay declaración registral alguna y la adquisición de vecindad opera ipso iure.

No obstante, cabe otra interpretación, que es la que acoge la Sala, por la que si se admite al interesado manifestar su voluntad de no perder la vecindad civil que ostenta, sería razonable y exigible que durante ese plazo tenga una determinada capacidad de decidir sobre lo que supone dicha declaración; de forma que, de no ser así, los 10 años se verían mermados durante el tiempo en que el interesado no tuviese capacidad para regir su persona y manifestar su voluntad en sentido contrario.

De ahí que el párrafo segundo del art. 225 RRC paralice el cómputo del plazo de 10 años mientras el interesado no se encuentre en disposición de realizar actos contrarios a la adquisición ope legis. Una cosa es que se adquiera la vecindad por la residencia continuada de 10 años ipso iure, y sin necesidad de que se patentice una voluntad expresa o tácita a tal fin, y otra que durante ese plazo no sea exigible que el interesado tenga una determinada capacidad, la de regir su persona legalmente, con el fin de que pueda emitir en cualquier momento una declaración eficaz de voluntad para impedir el cambio forzoso de vecindad por el simple transcurso del tiempo de residencia.

(iii) Consecuencia de tal interpretación es la afirmación que recogíamos anteriormente en el sentido de que la modificación del párrafo segundo del art. 225 RRC, publicada el 25 de enero 1978 con entrada en vigor a partir del 26 de enero 1978, no vino a modificar sustancialmente la del Texto original sino a clarificar las dudas surgidas, en sintonía con la regla a que hacíamos mención del RD 12 junio 1899 como interpretación autorizada del art. 15 Cc.

Por tanto se puede concluir que no existe la falta de sintonía que la sentencia de apelación declara entre el RRC, en su redacción original del art. 225, y los arts. 15 (versión original) y 14 (versión del año 1974) ambos Cc.

Corolario de lo anterior es que “en el plazo de los diez años no se computa el tiempo que el interesado no pueda legalmente regir su persona”.

[...]

No obstante, y en razón a la doctrina antes expuesta sobre la capacidad de decidir del menor, se ha de profundizar e indagar si existe alguna norma especial al respecto sobre las declaraciones en materia de vecindad.

Si así se obra se observa que tanto el art. 15 Cc, en su número primero (versión original de 1889), como el art. 14.2º (versión de 1974), cuando conceden opción a los hijos sujetos a patria potestad en los supuestos que sea posible, la hacen depender cuando es iniciativa propia de que sean mayores de edad o emancipados.

De ahí que la sentencia del 7 junio 200, equipare “regir su persona” con “capacidad de obrar”.

Podría ser otra la conclusión, a pesar de que el art. 225 RRC permanece inalterado, si se aplican los anteriores criterios al art. 14 Cc tras su modificación por el art. 2 de la ley 11/1990, de 15 octubre, publicada el 18 octubre de 1990, en vigor a partir del 7 noviembre de 1990, pues en su párrafo 7º dispone “en todo caso el hijo desde que cumpla 14 años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podría optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres.

Si no estuviera emancipado, habría de ser asistido en la opción por el representante legal”.

De ello podría colegirse que en materia de vecindad civil el legislador ha acudido al criterio cronológico para conceder capacidad de decidir al menor y la ha fijado en los 14 años. Sin embargo, esta reforma legal no alcanza a la fecha en que contrajeron matrimonio las partes, pues si se acude a la Disposición Transitoria de esta Ley 11/1990, de 15 octubre, se constata que sólo hace mención a la mujer casada que hubiera perdido su vecindad civil por seguir la condición del marido.

ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y LOS DERECHOS AUTONÓMICOS

Albert FONT I SEGURA *

1. La pluralidad normativa posee en el ordenamiento jurídico español una nota distintiva. El carácter fragmentario e incompleto de los Derechos civiles autonómicos –aspecto que, sin embargo, se ha ido restringiendo mediante su desarrollo– se resuelve mediante el despliegue supletorio del Derecho civil estatal. La articulación entre el Derecho estatal supletorio y los Derechos autonómicos se origina tanto en supuestos puramente “internos”–vinculados solamente con el territorio de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio–, como en supuestos interregionales, en los que hay un verdadero conflicto de leyes que, en consecuencia, se presenta con carácter horizontal. En el primer caso, se trata de delimitar el alcance del Derecho civil autonómico con el fin de establecer si procede la aplicación supletoria del Derecho civil estatal. En el segundo caso, debe resolverse en primer lugar el “conflicto horizontal” de leyes para después resolver el “conflicto vertical” de leyes.

2. La sentencia de la AP de La Coruña constituye uno de los ejemplos en los que la pluralidad normativa española tiene un reflejo remarcable en las consideraciones vertidas por el tribunal, pese a que en realidad no se suscita un conflicto de leyes. El tribunal resuelve el supuesto introduciendo en algunos de sus considerandos un interesante diálogo entre distintos Derechos civiles españoles. Tres observaciones pueden realizarse al respecto. En este caso, la cita del art. 9.8º Cc se produce simplemente para reforzar “el principio general según el cual la existencia del supuesto de hecho se regulan, en general, por la ley vigente en el momento en que haya acaecido, perfeccionado o completado” y en este sentido “es el momento del fallecimiento el determinante de la ley aplicable”. No hay pues conflicto de leyes, pero el art. 9.8º Cc contribuye a resolver el problema intertemporal que se suscita por haber fallecido en un momento en el que todavía no estaba vigente la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995. El problema intertemporal, a su vez, nos permite recordar la función supletoria que tiene atribuida la legislación del Estado cuando el Derecho civil autonómico no posee la condición de completitud. En efecto, el causante poseía vecindad civil gallega pero su sucesión –y la posibilidad de enajenar el derecho de usufructo, cuestión determinante en el litigio– queda regida por el Cc. La relación entre el Cc y el Derecho civil gallego y la determinación del Derecho aplicable no surge como consecuencia de un conflicto horizontal de leyes, sino a causa de un “conflicto vertical” de leyes. Finalmente, aparece en la sentencia la inalienabilidad del usufructo viudal sobre los bienes afectos prevista en el Derecho civil aragonés, pero como pone de relieve el tribunal no corresponde aplicar al caso esta legislación civil española “que ni sería aplicable temporalmente, ni por territorialidad, ni por vecindad”. Igualmente, respecto a la regulación del usufructo de un fondo de inversión, no regulado por el específicamente ni por el CC ni por el Derecho civil de Galicia, no cabe aplicar soluciones más elaboradas como el Derecho civil aragonés y el catalán, aplicados por la sentencia de instancia. Así se apunta por la AP que “Tampoco pueden aplicarse directamente, ni constituyen una fuente del Derecho civil Gallego o del Derecho civil común (aplicable supletoriamente en Galicia en su caso), las distintas legislaciones de otras autonomías como puedan ser los preceptos anteriormente mencionados de las normas civiles catalanas o aragonesas”. No obstante, su invocación no deja de ser un contrapunto comparativo que nos muestra la riqueza y complejidad de soluciones que aporta la pluralidad normativa española, incluso, como se ha dicho, en supuestos en que no se suscita un conflicto de leyes. De hecho, la Audiencia acoge e integra la pluralidad normativa española puesto que, aun cuando estos Derechos civiles españoles no sean directamente aplicables al supuesto, ello no supone “desconocer que sí sirven para indicar cuáles son los criterios interpretativos

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

actuales en el entorno en que nos movemos. Contesta a cuál es la idea imperante con la que se busca obtener una solución ajustada a la lógica y razón jurídica”.

3. En la SAP Barcelona de 7 de octubre tampoco aparece indicio alguno de que se tratare de resolver un supuesto interregional y, sin embargo, la sentencia de instancia recurrida ante la Audiencia aplica el art. 10.9º Cc para establecer que es de aplicación la legislación civil catalana de tal forma que la acción ejercitada en el pleito no había prescrito conforme al plazo general de diez años previsto en el art. 121.20º.d) CCCat. La referencia a la sentencia, y en particular a los argumentos expuestos en la sentencia recurrida que la Audiencia da por buenos, resulta conveniente para ilustrar la mala praxis con la que en ocasiones se quiere resolver el conflicto vertical de leyes, esto es la articulación del Derecho civil autonómico con el Derecho civil estatal, en su calidad de Derecho supletorio. No obstante, como pusiera ya de manifiesto el TSJ de Cataluña en sentencia de 26 mayo 2011 (ROJ: STSJ CAT 6728/2011) o de 12 septiembre 2011, resulta improcedente aplicar las normas de conflicto para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho civil catalán cuando el supuesto no presenta más vinculación que con este mismo Derecho civil. En estos casos, homogéneos e “internos” por estar exclusivamente vinculados con un Derecho civil español, este se aplica de manera natural o inmediata. Por ello debe rechazarse el camino seguido por la sentencia recurrida que lleva a la aplicación del art. 121.20.d) CCCat que establece el plazo general de prescripción de las pretensiones. Ante una reclamación por responsabilidad extracontractual ejercitada contra los administradores de una sociedad cooperativa, el juzgado de primera instancia de Igualada aplica el art. 46.3º de la Ley catalana 18/2002 de Cooperativas que remite al plazo general de prescripción previsto en el art. 1968 Cc si la parte demandante que ejercita la acción de responsabilidad es una tercera persona, a diferencia del plazo de tres años especialmente previsto si la parte demandante es socia de la cooperativa. Este plazo general es para el CC de un año respecto de las acciones ejercitadas contra quien tiene culpa o negligencia de acuerdo con los términos del art. 1902 Cc. No obstante, el juzgado de primera instancia considera que la remisión al derecho común prevista en la Ley catalana 18/2002 de Cooperativas supone, inexplicablemente, una remisión al art. 10.9º Cc que lleva a determinar como aplicable la legislación civil catalana y, por tanto, al plazo de prescripción general de diez años contenido, como se ha dicho, en el art. 121.20.d) CCCat. La Audiencia avala este razonamiento cuando, simplemente, se trata de un supuesto que queda regido por el Derecho catalán porque no existe ninguna otra vinculación con otro Derecho. Luego, no procede aplicar la norma de conflicto porque no hay conflicto de leyes y lo que corresponde es aplicar en su integridad el Derecho civil catalán y recurrir al Derecho civil estatal si aquel no es completo. Es decir, solo cuando se hayan agotado los preceptos y principios del único Derecho civil autonómico con el que el supuesto está vinculado cabrá acudir de forma supletoria al Derecho civil estatal. Así se recoge con claridad en la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 29 de julio (FJ 2º).

4. La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA incide, sin embargo, introduce complejidad en las consideraciones efectuadas en el párrafo anterior. En efecto, por más que el supuesto sea puramente “interno” e incluso en el caso de que no lo sea y se suscite un conflicto de leyes interterritorial, si la cuestión objeto del litigio—la prescripción de la acción ejercitada por responsabilidad extracontractual— se refiere a una materia cuya regulación deriva del ejercicio de una competencia exclusiva atribuida al Estado, no corresponde aplicar la legislación autonómica. Este es el caso de la SAP Barcelona de 14 de octubre en el que el perjudicado por un accidente de tráfico ejercita una acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable de accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, dado que el plazo de prescripción de la acción viene específicamente previsto en el art. 7.1º Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, de manera que la acción prescribe al año del accidente y no corresponde aplicar el art. 121–21 d) CCCat. para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual. El motivo es la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.6ª CE “por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana”. Ahora bien, la SAP Tarragona de 24 de noviembre distingue entre la acción ejercitada por el perjudicado contra la asegura-

dora, a la que le es aplicable el plazo de prescripción de un año conforme al art. 7.1º Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, de la acción ejercitada contra el propietario y causante del siniestro, a la que le es aplicable la normativa civil por no tratarse de una relación mercantil, dado que en este caso la responsabilidad es puramente civil y extracontractual. La existencia de esta doctrina mantenida por la AP de Tarragona es remarcable y debe subrayarse porqué pone de manifiesto que la controversia y debate existente acerca de la ley aplicable a la prescripción en supuestos interterritoriales, así como en la relación entre el Derecho estatal y los Derechos autonómicos, se mantiene todavía en vilo.

Sin embargo, si el supuesto es interterritorial –como parece en el caso resuelto por la SAP Barcelona de 3 de diciembre–, no se atribuye competencia exclusiva al Estado y no hay una ley especial adoptada por el legislador estatal, cabe aplicar el art. 121–21 CCCat en la medida en que la norma de conflicto determina como aplicable la legislación civil catalana. De manera muy confusa, y en aplicación de distintas normas de conflicto, se llega a la conclusión de que es aplicable el plazo de prescripción previsto en la legislación civil catalana. Cabe observar que posiblemente debía haberse procedido a una calificación correcta del supuesto ya que tanto se aplica el art. 10.1º Cc, relativo a derechos reales sobre bienes muebles, como el art. 10.9º Cc, relativo a obligaciones no contractuales, como el art. 10.7º Cc, relativo a donaciones.

5. El caso resuelto en la SAP Lérida de 27 de noviembre constituye ya un mundo aparte por distintas razones. El supuesto es internacional, no interterritorial, aunque aparece la pluralidad/complejidad normativa española como consecuencia de que la norma de conflicto aplicable remite al ordenamiento español y ello genera una remisión a un sistema plurilegislativo que no siempre es fácil de resolver. No obstante, la sentencia presenta además sorprendentes premisas y conclusiones que son dignas de más extenso comentario. Me remito para ello a las aceradas observaciones realizadas por J.M. Fontanellas.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 29 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló. AC\2015\1624.

Extinción del derecho de alodio.

Normas aplicadas: Arts. 1627 y 1361 Cc; arts. 1, 2 y 3 CDCB.

[...]

Y, abundando en la legislación aplicable con carácter preferente, y siguiendo la mejor doctrina: “A) El Derecho civil de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es autónomo, propio e independiente y, por tanto, de aplicación preferente, dejando a salvo las disposiciones de aplicación general (Título Preliminar y Título IV del Libro Primero Cc y las leyes o disposiciones de carácter general).

B) Es un Derecho de aplicación normal en el territorio sin necesidad de demostrar que se tiene la vecindad civil balear o insular. Los que sí tendrán que alegar o probar, son los que pretendan que se les aplique otro derecho, dentro del territorio balear o los baleares que tengan derecho a que se les aplique la Compilación fuera de su territorio, por formar parte de su estatuto personal.

C) No es un Derecho completo, por lo que deberá complementarse con otras normas. Estas normas de remisión pueden ser al Código civil o a otros Derechos, quizás más afines en ciertas materias. Es una consecuencia de la conclusión A) y, en cierto modo, de la Disposición final primera.

D) No obstante, está integrado por bloques dotados de una regulación armónica de la que se deducen principios generales que pueden impedir la aplicación supletoria de otro derecho que los contradice.

E) Nuestro Derecho se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, la jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica balear (art. 1.2.).

F) Finalmente, la fijación de las fuentes es totalmente respetuosa con el Ccl.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 31 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García. JUR/2015/213362.

Sucesión.– Enajenación de usufructo viudal.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 16 Cc; art. 480 Cc.

[...]

1º.– *Es incuestionable que, conforme a lo dispuesto tanto en la disposición transitoria 4ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 [“Os demais problemas de dereito intertemporal que se susciten por mor da entrada en vigor desta lei resolveranse de conformidade cos principios que informan as disposicións transitorias do Código Civil”] –la Ley de 2006 no estaba vigente cuando se produjo el óbito, ni cuando se aprobó la partición, ni cuando se vendió el usufructo sobre el fondo de inversión–, como por lo previsto en la regla duodécima de la disposición transitoria Cc (“Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código”), los derechos que genera la sucesión de don Leoncio deben regularse por la legislación vigente al 27 mayo 1994, lo que parece aceptarse por ambas partes litigantes. Los derechos sucesorios se rigen por las normas sustantivas vigentes en el momento del óbito. La STS 1ª 27 septiembre 2000... establecen la doctrina de que debe tomarse en consideración el principio general según el cual la existencia del supuesto de hecho se regulan, en general, por la ley vigente en el momento en que haya acaecido, perfeccionado o completado y esto es así porque el art. 657 Cc nos indica que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y de manera congruente este principio general se reitera en el art. 9.8 Cc: es el momento del fallecimiento el determinante de la ley aplicable.*

[...]

4º.– *Aunque se entremezcla en otro motivo, parece que debe tratarse en este el alegado referido a que las normas aragonesas que se invocan en la sentencia también contemplaban la prohibición de enajenación del usufructo voluntario de viudedad, y el planteamiento relativo a que si se aplican esas normas para establecer el contenido del derecho de usufructo sobre un fondo de inversión, también debería aplicarse en bloque y por lo tanto declarar la nulidad por ir contra una norma imperativa.*

Es cierto que el art. 108 Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, de Aragón, sí establece la inalienabilidad del usufructo viudal sobre los bienes afectos. Norma que también se ha trasladado al actual art. 290 la norma aprobada por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas. Ahora bien, partiendo de que el derecho lo adquiere Dª Alejandra en el año 1994 (cuando fallece su esposo), y que conforme a las normas de Derecho intertemporal establecidas en el Código Civil (reglas 1ª y 4ª), la extensión, límites, contenido y facultades de ese derecho de usufructo son las vigentes en el momento de su constitución, no puede aplicarse retroactivamente ni la prohibición de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, menos la de la misma Ley aprobada en el año 2006, y mucho menos una norma de Derecho Civil de Aragón del año 2003, que ni sería aplicable temporalmente, ni por territorialidad, ni por vecindad. En el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia el derecho supletorio en última instancia es el Código civil y las demás leyes civiles del Estado –en cuanto no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego–, pero nunca sería aplicable el derecho civil aragonés. Y antes de la entrada en vigor de la Ley

de Derecho civil de Galicia del año 1995, la norma civil aplicable sobre esta materia era el Código civil. Código que no establece ninguna prohibición de venta del derecho de usufructo viudal sobre determinados bienes usufructuados, antes al contrario, lo autoriza expresamente en el art. 480 ("Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito...").

[...]

4º. (...) Tampoco pueden aplicarse directamente, ni constituyen una fuente del Derecho civil Gallego o del Derecho civil común (aplicable supletoriamente en Galicia en su caso), las distintas legislaciones de otras autonomías como puedan ser los preceptos anteriormente mencionados de las normas civiles catalanas o aragonesas. Y en este sentido no puede compartirse la sentencia apelada en cuanto parece que simplemente aplica estas normas directamente. Ello sin desconocer que sí sirven para indicar cuáles son los criterios interpretativos actuales en el entorno en que nos movemos. Contesta a cuál es la idea imperante con la que se busca obtener una solución ajustada a la lógica y razón jurídica.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, Sentencia de 7 octubre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Sanahuja Buenaventura. JUR\2016\6968.

Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 1124 Cc, 1902, 1968, 1973; art. 45 y 46 Ley catalana 18/2002 de 5 de julio, sobre cooperativas; art. 121.11 a) CCCat.

[...]

Como bien dicen los codemandados resulta aplicable el art. 46 Ley 18/2002 que se remite al Cc y, en concreto, al plazo general del art. 1968 de las acciones para exigir la responsabilidad civil... por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1.902, desde que lo supo el agraviado, plazo que es de un año.

Ahora bien, al no establecer dicha legislación especial un plazo concreto sino remitirse al derecho común ha de tenerse en cuenta que el art. 10.9º Cc establece que: "Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven" (...).

Pues bien, sobre la base de dicha combinación de artículos, del principio de territorialidad y de la lex fori que fija el art. 10 Cc y demás normas indicadas, se ha de entender que el plazo de prescripción aplicable es el general en el Derecho civil común de Catalunya que, respecto de la cooperativa, viene fijado por el art. 121.20.d de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del CCCat al establecer que: "Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa".

Y respecto de la acción de responsabilidad contra los miembros del consejo rector el plazo viene determinado en el art. 121.21 d) que indica que: "Prescriben a los tres años: Las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual. ".

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, Sentencia de 14 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballester Llopis. JUR\2016\47326.

Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 7.1º TRLSCVM; art. 121.21º CCCat.

[...]

Debemos valorar la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad: si es anual, como señala el art. 7.1º TRLSCVM, o si debe aplicarse el plazo de 3 años del art. 121.21º CCCat.

Algunas Secciones de esta Audiencia Provincial mostraron posturas divergentes (1ª, 13ª y 16ª). La 1ª se inclinó por la aplicación del art. 1968 Cc, coincidente en el plazo con el art. 7.1º TRLSCVM en Sentencia 20 marzo de 2012, en tanto no se regulase esta materia por el legislador catalán, mientras la Sec. 4ª, Sentencia 31 enero 2012 (y otras Secciones de las Audiencias de Girona, Tarragona y Lérida), se decantaron por la plena vigencia del art. 121.21 CCCat. El TSJC, en sentencia de 26 mayo 2011, se mostró favorable a esta segunda postura, a salvo que se trate de leyes especiales.

El TS (STS Pleno 6 septiembre 2013) zanjó definitivamente esta cuestión al declarar como doctrina que: “en el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, el plazo de prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el art. 7.1º de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el art. 121-21 d) CCCat. para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual” (FJ 4). Se razona que el art. 1.090 Cc declara que las obligaciones derivadas de la ley “se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido” y la propia Disposición Final Primera de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor refiere que su Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.6ª CE, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana, doctrina reiterada en Sentencia de Pleno de la sala 1ª TS 4 febrero 2015 .

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Tercera, Sentencia de 24 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joan Perarnau Moya. JUR\2016\100201.

Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 7.1º RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; art. 121.21 CCCat.

[...]

III) Així doncs, el termini de prescripció pel fa a l'asseguradora o el Consorci de Compensació d'assegurances és el d'un any de l'art. 7.1º Llei de Responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor.

Ara bé, i com ja varem dir a la nostra Sentència de 3 de desembre de 2013, el termini de prescripció pel fa al propietari i conductor del vehicle causant del sinistre és el de tres anys de l'art. 121.21 CCCat.. En primer lloc, perquè tal responsabilitat és purament civil i extracontractual, no derivant en cap cas de normativa mercantil competència exclusiva de l'Estat. I, en segon lloc, perquè no preveu l'art. 7 LRCySVM cap termini de prescripció pel que fa a la responsabilitat del conductor causant del dany i del propietari del vehicle amb el que es causa tal dany, per la qual cosa s'ha d'aplicar el termini de prescripció general per a la responsabilitat extracontractual, termini que la legislació civil catalana fixa en tres anys en el seu art. 121.21 CCCat en lloc de l'any que fixa l'art. 1968 Cc. Tot això sense perjudici que el conductor o propietari tindrà acció per a dirigir-se després contra la seva assegura-

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 3 diciembre 2015.
Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a M Alonso Martínez. JUR/2016/20724.

Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 9.11º, 10.1º, 10.9º, 10.7º, 12 y 13 Cc; art. 121.21º CCCat.

[...]

Sentado lo expuesto debe seguidamente aludirse a si resulta de aplicación o no de aplicación el CCCat, para responder dicha cuestión de forma afirmativa.

Conforme al art. 10.1º Cc, los bienes muebles se regirán por la ley de lugar donde se hallen, disponiéndose en el punto 9 del mismo precepto que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

Estos artículos inducen ya a considerar la aplicabilidad del CCCat al supuesto de autos, cuando lo que se ejercita no es una acción meramente declarativa, peticionándose el abono de 1.164.873,42 euros y recae sobre bienes muebles.

Tal consideración no se altera por el contenido del art. 9.11º Cc, conforme al que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción, ni por el del art. 12.6º del mismo cuerpo legal, que dispone que los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español, ni tampoco por lo dispuesto en el art. 13 de citado cuerpo normativo, pues si bien el número 1 establece que las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España, el punto 2 prevé como en lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales.

A lo expuesto debe añadirse que según resulta de la exposición de los hechos que realiza la apelante a lo largo del procedimiento, los abonos que peticiona provienen de ingresos voluntarios, tanto por vía de aportaciones que los médicos colegiados realizaban en la cuota colegial, como por una parte del importe de los impresos de los certificados médicos, resultando claramente la anterior consideración de documento obrante al folio 652, en el que el tesorero de la Fundación alude a las sumas correspondientes a la venta de certificados médicos como “donativos” y ello nos conduce al contenido del art. 10.7º Cc, que determina que las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante, que en el presente proceso no es otra la catalana.

Resulta también trascendente que conforme al art. 111-3 CCCat, bajo el título de la Territorialidad, se determina que el derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial y que la vecindad local es determinada por las normas que rigen la vecindad civil, estableciéndose en el art. 111.5 del mismo cuerpo legal que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras y que el derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan, aludiendo el art. 111.4 a que las disposiciones del código constituyen el derecho común de Cataluña.

Todo lo expuesto conduce a la aplicabilidad del Derecho civil catalán, al supuesto de autos y por ende del CCCat, como por otro lado parece que admite la recurrente al aludir al mismo en argumentos expuestos en su recurso.

REMISIÓN A UN SISTEMA NO UNIFICADO EN EL REGLAMENTO “ROMA II”: LA PLURILEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA A EXAMEN

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. Desde su incorporación al Derecho comunitario, el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) (en adelante, RR II), ha suscitado una modesta jurisprudencia, que, sin embargo, guarda proporción con el reducido período de tiempo que el instrumento lleva vigente. Hasta el momento, el TJUE ha resuelto cinco cuestiones prejudiciales en las que ha sido requerido para interpretar distintos preceptos del RR II. En la primera de sus decisiones al respecto, la STJ 17 noviembre 2011 (as. C-412-10: *Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA*), anotada por E. Torralba Mendiola, “Ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento (CE) nº 864/2007”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1154-1156], el Tribunal de Luxemburgo señaló que, una vez tenida en cuenta la regla general del art. 297.1.3 TFUE, la correcta intelección de los arts. 31 y 32 RR II pasaba por concluir que, aun cuando el instrumento estaba en vigor desde el 20 agosto 2007, únicamente era aplicable por los órganos jurisdiccionales nacionales a los hechos generadores de daño acontecidos a partir del 11 enero 2009. La segunda resolución del TJUE relativa al RR II, la STJ 9 septiembre 2015 (as. C-240-14: *Eleonore Prüller-Frey v. Norbert Brodnig y Axa Versicherung AG*), estudiada por J.J. Marín López, “Ley aplicable al contrato de seguro vs. ley aplicable a la acción directa en el seguro de responsabilidad civil: perjudicada por un accidente aéreo, residente en Austria, que ejercita ante los tribunales de su domicilio, ¿con arreglo al Derecho español?, una acción directa contra una aseguradora establecida en Alemania”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2015-10, pp. 26-38], se ha centrado en el art. 18 RR II, precepto que, no mereciendo la conceptualización de norma de conflicto para la Corte europea, es interpretado por ésta en el sentido de que permite, en una situación como la que es objeto de litigio –la reclamación de unos daños derivados de un accidente de helicóptero–, que el perjudicado ejercite una acción directa contra el asegurador de la persona responsable para exigirle resarcimiento, cuando dicha acción esté contemplada por la legislación rectora de la obligación extracontractual, con independencia de lo que se establezca en la ley aplicable al contrato de seguro. El tercer pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento 864/2007, la STJ 10 diciembre 2015 (asunto C-350-14, *Florin Lazar v. Allianz SpA*), revisada por P. Jiménez Blanco, “Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 35 2016, pp. 1-15], ha estimado, en interpretación del art. 4.1º RR II, que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de tráfico ocurrido en el país del foro y sufridos por sus parientes cercanos domiciliados en otro Estado miembro deben calificarse como “consecuencias indirectas” del accidente, en el sentido de dicha disposición, de suerte que su reparación se supedita a lo que dictamine la ley del lugar en el que se haya producido el “daño directo”. En el cuarto de sus veredictos referente al RR II, la STJ 21 enero 2016 (asuntos acumulados C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance SE v. If P&C Insurance AS*; y *Jensidige Baltic AAS v. PZU Lietuva UAB DK*; respectivamente), analizada por G. Garriga Suau, “La ley aplicable al derecho de repetición de la aseguradora *solvens* contra la aseguradora del corresponsable”, *La Ley: Unión Europea*, nº 36, 2016, pp. 1-13], el TJUE, luego de situar la cuestión en el ámbito del art. 19 RR II, ha señalado que el derecho de repetición de la aseguradora de un vehículo de tracción, que ha indemnizado a las víctimas de un accidente de carretera causado por el conductor del mismo, contra la entidad que había asegurado el remolque acoplado depende, por una parte, de que la ley rectora de la responsabilidad extracontractual –determinable según las reglas del Reglamento 864/2007– prevea la solidaridad de los coautores; por otra parte, de que la legislación aplicable al contrato de seguro –cuya concreción pauta el art. 7 del Reglamento 593/2008– admita la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima. En

* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida

la, hasta ahora, última decisión correspondiente al RR II, la STJ 28 julio 2016 (as. C-191/15: *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*) reseñado de urgencia por C. Piltz, “European Court of Justice rules on applicable data protection law and terms of use”, <http://germanitlaw.com/european-court-of-justice-rules-on-applicable-data-protection-law-and-terms-of-use/>, el Tribunal de Justicia ha fallado que, si bien ha de estarse a las disposiciones del Reglamento 593/2008 para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual que una empresa establecida en un Estado miembro incluye en las condiciones generales de venta destinadas a consumidores residentes en otro país comunitario –en particular, en el del foro–, para fijar el Derecho aplicable a una acción de cesación dirigida a impedir la utilización de dichas cláusulas debe acudir al art. 6.1º del Reglamento 864/2007. Además de los cinco casos ya zanjados, queda aún pendiente uno (asuntos C-24/16 y C-25/16: *Nintendo Co. Ltd v. BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, peticiones de 18 enero 2016), en el que al TJUE se pregunta, en un procedimiento por presunta vulneración de derechos de propiedad intelectual, cómo hay que determinar el lugar “en el que se haya cometido la infracción” a efectos del art. 8.2º RR II, cuando el infractor amén de ofrecer, en un sitio de Internet que también se dirige a Estados miembros distintos del de su establecimiento, productos que vulneran derechos derivados de un dibujo o modelo comunitario, los transporta a dichos países.

2. Si de las resoluciones de la Corte europea pasamos a las dictadas por los órganos jurisdiccionales de los países integrantes de la Unión Europea, hasta la fecha, el balance jurisprudencial a propósito del Reglamento 864/2007 es por lo general discreto, aunque hay diferencias notables entre los Estados miembros. Ciñendonos a los principales, cabe resaltar que numerosas *litis* en las que el instrumento se ha visto involucrado han tenido su origen en accidentes de circulación viaria. Así, en Italia, encontramos la sentencia del *Tribunale di Varese* de 13 enero 2012 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 798–799), en la que, aun cuando el hecho dañoso se había producido en España, el juez, al amparo del art. 14 RR II, se decanta por aplicar al litigio la normativa italiana sobre la base de la existencia de un acuerdo tácito entre las partes convenido con posterioridad al siniestro; y la *ordinanza* del *Tribunale di Trieste* de 11 julio 2013 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 796–798), la cual, ante la solicitud de ejecución provisional de una condena a indemnizar los daños resultantes de un accidente –se trata del caso *Lazar*, que, año y medio más tarde, obligará a pronunciarse al TJUE (*vid. supra*, nº 1)–, da a entender que, al fondo del asunto, debería aplicársele el Derecho rumano, porque, pese a que el suceso había ocurrido en Italia, el reclamante –padre de la víctima– había sufrido los perjuicios derivados del mismo en el Estado de su residencia, que era Rumanía [para un comentario contextualizado de ambas decisiones, *vid. L. Sandrini*, “Risarcimento del danno da sinistri stradali: è già tempo di riforma per il regolamento Roma II?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XLIX, 2013–3, pp. 677–714]. Dejando al margen algún pleito en el que el Reglamento 864/2007 se ha invocado con poco detenimiento a la hora de individualizar la legislación aplicable a otros tipos de ilícitos civiles [en este sentido, el dirimido por el *arrêt* de la *Chambre commerciale* de la *Cour de cassation* de 24 noviembre 2015, que lo hace en un supuesto de ruptura injustificada de una relación comercial establecida (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031539551>)], en Francia, el protagonismo vuelve a ser de los accidentes de circulación, en particular de uno acaecido en Valencia entre un vehículo matriculado en España y otro en Francia conducido por una ciudadana francesa residente en su país y en el que viajaba como pasajero un súbdito británico con residencia habitual en Francia que en el siniestro sufre graves daños por los que exige, ante los órganos jurisdiccionales del Estado en donde se encuentra su domicilio, ser debidamente indemnizado. Enfrentada al problema de cómo se articula la aplicación del Reglamento 864/2007 y del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera [CLH71], la Sentencia de la *Cour de cassation (première chambre civile)* de 30 abril 2014 interpreta correctamente el art. 28.1º RR II al estimar –rectificando el parecer de la *Cour d’appel* de Pau expresado en su resolución de 29 noviembre 2012– que “la Convention de La Haye en cause n’ayant pas été conclue exclusivement entre des Etats membres de l’Union européenne, mais également par des Etats tiers, le règlement n° 864/2007 ne prévalait pas sur celle-ci, de sorte qu’il n’affectait pas l’application de cette Convention au litige” (*Journ. dr. int.*, vol. 141, 2014–4, pp. 1251–1264, nota de C. Latil). Más rica ha sido la práctica judicial concerniente al Reglamento

864/2007 en el Reino Unido, en donde los habituales litigios sobre accidentes de tráfico han convivido con contenciosos dimanantes de reclamaciones extracontractuales de muy diversa naturaleza [por ejemplo, los resueltos por la Sentencia de la *High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 10 julio 2015 (*Banque Cantonale de Genève v. Polevent Limited et al.*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2015/1968.html>), que, para dar respuesta a una pretensión de restitución por parte de un banco suizo de los fondos erróneamente transferidos a una cuenta recién embargada de una sociedad inglesa abierta en una entidad bancaria de Londres, recurre al art. 10.3º RR II, que, para casos de enriquecimiento injusto en los que el mismo no derive de una relación preexistente entre las partes ni éstas compartan la residencia habitual, declara competente la ley del país en donde se haya producido el enriquecimiento, lo que, en este supuesto, obliga a aplicar la ley inglesa; o por la Sentencia de la *High Court, Queen's Bench Division, Middlesbrough District Registry*, de 9 mayo 2016 (*Jikhabanadur Rai c. The Ministry of Defence*, http://www.oldsquare.co.uk/images/uploads/news-and-media/160620_raj_v_MoD.pdf) en la cual, ante una demanda por daños y perjuicios instada por un gurka enrolado en el ejército británico contra el Ministerio de Defensa del que orgánicamente depende por las lesiones que le causa un caballo con el que, en el marco de sus tareas militares, se estaba entrenando en Alberta (Canadá), se decide que, en este asunto, el Estado demandado no puede alegar haber actuado en ejercicio de su poder soberano (*acta iure imperii*), por lo que el Reglamento 864/2007 entra en liza, más en concreto, su art. 4.2º, que, para dirimir el pleito, conduce a la observancia de la ley inglesa, puesto que ambas partes residen en Inglaterra. A pesar de esta significativa casuística –en la que, repárese en ello, el recurso a la *lex fori* nunca va acompañado del empleo del art. 25.1º RR II, que es preceptivo en un Estado plurilegislativo como el Reino Unido–, la siniestralidad viaria también ha tenido un papel preponderante en el desarrollo jurisprudencial del Reglamento Roma II en el Reino Unido como demuestran dos decisiones en las que los tribunales ingleses fijan los parámetros para la interpretación del art. 4 RR II [Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 6 octubre 2014 (*Gaynor Winrow c. Mrs J Hemphill and Ageas Insurance Limited*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2014/3164.html>), que, dada su trascendencia, ha merecido la inmediata atención de los especialistas, entre los cuales se cuenta G. van Calster, *European Private International Law*, 2ª ed., Oxford–Portland, Hart, 2016, pp. 254–256, y Sentencia de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, de 27 de noviembre 2015 (*Gillian Marshall c. The Motor Insurers' Bureau et al.*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2015/3421.html>), objeto de reseña en el blog de G. van Calster, “Rome II: A manifestly closer connection overrides common habitual residence. The High Court in Marshall v MIB” (<https://gavclaw.com/2016/03/14/rome-ii-a-manifestly-closer-connection-overrides-common-habitual-residence-the-high-court-in-marshall-v-mib/>). En *Winrow*, origina el proceso la demanda que una súbdita británica, largo tiempo residente en Alemania porque su marido militar estaba destinado en el país centroeuropeo, presenta contra otra mujer, de su misma nacionalidad y que por idénticos motivos había residido durante casi dos años en la República Federal alemana, para que se la indemnice por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido en Alemania cuando la actora viajaba en un vehículo conducido por la demandada, que, debido a una negligencia de ésta, chocó con otro a cuyo volante iba un ciudadano alemán. El intento de la demandante de que la controversia se resolviera en consonancia con la ley inglesa por ser la de la residencia habitual común de las partes (art. 4.2º RR II) o la que muestra la conexión más estrecha con el litigio (art. 4.3º RR II), no prospera, porque la juez Slade, considerando que la residencia de los litigantes estaba en Alemania al tiempo del siniestro y que en las circunstancias del supuesto no concurre la suma de factores que, excepcionalmente, hubiera posibilitado el desplazamiento de la ley alemana, termina por aplicar ésta en calidad de *lex loci damni* (art. 4.1º RR II). En cambio, en *Marshall*, el juez Dingemans accede –con cierta liberalidad, alejada de los postulados más dogmáticos– a activar la cláusula de escape prevista en el art. 4.3º RR II, al entender que un número suficientemente relevante de los elementos del caso proporcionan a éste vínculos de mayor proximidad con el lugar del suceso que con el de la residencia común de –parte de– los implicados. El asunto, difícil de exponer por sus entresijos, se resume en que, a raíz de un siniestro viario acontecido en Francia, ante los órganos jurisdiccionales ingleses se ejercitan simultáneamente dos acciones relacionadas con él, por un lado, la viuda del nacional británico muerto en el accidente demanda al *Motor Insurer's Bureau [MIB]* –institución inglesa de compensación de seguros–, a otro compatriota –

con el que el difunto se había trasladado transitoriamente a Francia por motivos laborales y que iba con él en el trágico desplazamiento— y a la entidad francesa aseguradora del vehículo del servicio de asistencia en carretera; por otro lado, el súbdito británico que acompañaba al fallecido emplaza ante los tribunales al *MIB*. La interposición de demandas diferentes se explica por las peculiares características del suceso, que es causado por una conductora francesa que, mientras circulaba por una autopista en un coche sin asegurar, se duerme al volante del mismo, perdiendo su control y arrollando a los dos ciudadanos británicos que se encontraban en el arcén de la vía en el momento en el que un operario del servicio de reparación estaba colocando una rueda de recambio perdida. De resultados del impacto, el superviviente salió proyectado y, sin golpearse con nada más, cayó fuera de la calzada pero el difunto, por efecto de las colisiones en cadena del vehículo descontrolado, del de asistencia y del suyo propio, quedó atrapado bajo éste último recibiendo heridas letales. En el discernimiento del Derecho aplicable, el juez procede señalando, en primer lugar, que la competencia corresponde a la ley del Estado en donde se produjo el daño (art. 4.1º RR II), si bien, a renglón seguido, recuerda que, para las reclamaciones entre partes que comparten residencia en Inglaterra, la legislación pertinente ha de ser la inglesa (art. 4.2º RR II), en última instancia, empero, soslaya la aplicación incluso parcial de la ley inglesa por mor de que Francia es el país que presenta los lazos más fuertes con el asunto, por lo que, a la hora de fallarlo, debe estarse a la regulación material francesa. En contraste con los demás grandes Estados de la Unión Europea, en Alemania, la cantidad de decisiones en torno al Reglamento 864/2007 ha alcanzado ya cifras importantes. Basta con consultar las bases de datos o los repertorios jurisprudenciales alemanes para apercibirse de que los casos sobre el Reglamento “Roma II” se cuentan por decenas, de ahí que, para los fines del presente trabajo, esté fuera de lugar ofrecer un inventario exhaustivo de los mismos, por lo que nos limitaremos a referenciar algunas de las sentencias pronunciadas, en especial del *Bundesgerichtshof* [BGH], y a brindar ejemplos de los temas más recurrentemente abordados. Si se repasa la jurisprudencia alemana sobre el particular, se advierte enseguida su diversidad, apreciable tanto respecto del tipo de ilícitos civiles involucrados como de las cuestiones discutidas ante los órganos judiciales, que han sido llamados a interpretar muchos de los preceptos contenidos en el Reglamento 864/2007, aun cuando, forzoso es subrayarlo, no hemos hallado ningún litigio en el que haya sido menester la intervención del art. 25 RR II. Sin perjuicio de que, como decimos, los problemas planteados han sido sumamente variados, la mayoría de las resoluciones de los tribunales alemanes tienden a focalizarse en unos contados artículos del instrumento. En primer lugar y dentro de toda lógica, en el art. 4 RR II, aunque, en su afinación exegética, los accidentes de circulación por carretera no han desempeñado, a diferencia de lo visto en otros países comunitarios, el rol estelar que hubiera podido esperarse teniendo en cuenta que Alemania no es parte del CLH71 y que, por tanto, cualquier reclamación derivada de un siniestro de tráfico ha de canalizarse, a falta de pacto entre las partes, a través del art. 4 RR II. Lo cierto es que, para encontrar jurisprudencia sobre esta temática no debe acudir a la doctrina del BGH —que se ha enfrentado, hace unos meses solamente, a un caso al respecto [Sentencia de 1 marzo 2016 (VI ZR 437/14)], en la que, ante una pretensión de indemnización por daños dimanantes de un accidente viario acaecido en Kosovo el 15 agosto 2007, el Tribunal Federal declara inaplicable al Reglamento “Roma II”, ya que éste no cubre los hechos dañosos anteriores al 11 enero 2009 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74215&pos=0&anz=1>)], sino a la de los tribunales inferiores, entre los que por razones geográficas obvias destaca el *Landgericht Saarbrücken* que, dada la gran cantidad de pleitos sobre la materia que ha juzgado, ha tenido que especializarse [“*Die Kammer war in den zurückliegenden Jahren aufgrund ihrer Spezialzuständigkeit für Straßenverkehrsunfallsachen in zahlreichen Verfahren, auch sachverständig beraten, mit einer größeren Zahl von Verkehrsunfällen nach französischem Recht befasst und verfügt über ein Mitglied mit Studienerfahrung im französischen Schuldrecht*”, informa en su Sentencia de 11 mayo 2015, la cual dirime el litigio resultante de los perjuicios que la empresa propietaria de una furgoneta de reparto matriculada en Alemania reclama a la aseguradora de un vehículo de matrícula francesa que, el 24 junio 2011, colisiona, en Francia, con la camioneta, dañándola, y en el que, para resolverlo, el órgano jurisdiccional alemán recurre al Derecho sustantivo francés por mandato de los arts. 4.1º y 18 RR II (<http://www.verkehrslexikon.de/Texte/Rspr7164.php>)]. Otra disposición del Reglamento que está repetidamente presente en la práctica alemana es el art. 6 RR II. Valga como muestra la trascendental Sentencia del *Bundesgerichtshof* de

14 enero 2016 [I ZR 65/14 (*Freunde finden*)], en la que el Alto Tribunal estima que, para dar respuesta a la demanda del *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* (Federación alemana de organizaciones de consumidores) contra Facebook por la ilegalidad de su aplicación *Funktion "Freunde finden"* (función "buscar amigos") –herramienta promocional que invitaba a los usuarios de esta red social a darle permiso para acceder a las direcciones de correo electrónico de sus amigos o personas de contacto, lo que facilitaba que, a su vez, la red enviara una invitación a no usuarios para que se unieran al servicio–, "[a]nwendbar ist nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung das deutsche Wettbewerbsrecht, weil nach Darlegung des Klägers die aus dem beanstandeten Verhalten folgende Beeinträchtigung –die unzumutbare Belästigung der Adressaten einer Mitteilung werblichen Charakters– in Deutschland eintritt"; o sea, el BGH apela al 6.1º RR II para someter la *litis* al Derecho alemán de la competencia, que es el que acaba determinando que la función "*Freunde finden*" vulnera las normas sobre protección de datos y prácticas comerciales injustas al constituir una actividad de acoso publicitario, que no deben tolerar quienes no hayan prestado previamente y con claridad su consentimiento para recibir dichas invitaciones (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75241&pos=0&anz=1>). El podio de las reglas del Reglamento "Roma II" con mayor presencia en la jurisprudencia alemana lo completa el art. 8 RR II, cosa que no causa ninguna extrañeza, porque es bien sabido que las controversias sobre derechos de propiedad intelectual están a la orden del día como prueba la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 21 abril 2016 [I ZR 43/14 (*An Evening with Marlene Dietrich*)]. En ella, el Tribunal Federal, sobre la base de la ley alemana –que juzga aplicable en virtud tanto del art. 8.1 RR II como del DIPr autónomo, pues la infracción de los derechos de autor denunciada, la difusión no autorizada en *You Tube* de las imágenes de un concierto de Marlene Dietrich, tiene lugar entre diciembre de 2006 y noviembre de 2011, es decir, en un período que comprende la etapa anterior y posterior a la entrada en vigor del Reglamento–, considera, contrariando en buena parte el criterio del *Oberlandesgericht München*, que la demandante, *Marlene Dietrich Collection GmbH* –sociedad que tiene en exclusiva los derechos de explotación de la obra de la famosa actriz y cantante– mantiene en Alemania, conforme a los tratados vigentes, los mismos derechos de propiedad intelectual que cualquier otro artista alemán, pese a que, cuando se hicieron las grabaciones litigiosas, la protagonista de las mismas ya había adquirido la nacionalidad estadounidense (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75454&pos=0&anz=1>).

3. El caudal jurisprudencial acumulado por nuestros órganos jurisdiccionales acerca del Reglamento 864/2007 está más en sintonía con la limitada experiencia atesorada por los tribunales italianos y franceses que con la relativa amplitud de supuestos a los que se han enfrentado los jueces ingleses o alemanes. Efectivamente, a excepción de algún caso aislado [como el resuelto por la SAP Barcelona 15ª nº 209/2014, de 11 de junio (JUR 2014\228036), en el que se hace referencia *obiter dictum* al art. 6 RR II como regla competente para determinar la ley aplicable a una reclamación por competencia desleal], todos los asuntos tocantes al Reglamento "Roma II" dirimidos en España han sido consecuencia de acciones dirigidas a la obtención de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidentes de tráfico. Por sí solo, este último dato ya nos revela la irrelevancia de las decisiones españolas al respecto, porque, tal como se ha puesto de manifiesto con motivo del repaso a la jurisprudencia francesa (*supra*, nº 2), cuando un Estado miembro de la Unión –como España o Francia– es asimismo parte del Convenio de La Haya de 1971, este instrumento ha de ser aplicado con preferencia sobre el Reglamento 864/2007 (art. 28.1º RR II). De ahí que cualquier alusión al Reglamento en el contexto de los siniestros de circulación esté por completo fuera de lugar, lo que no ha impedido, sin embargo, que varias decisiones de audiencias provinciales hayan acudido a las previsiones normativas del Reglamento "Roma II", bien exclusivamente, ignorando totalmente el CLH71 [SAP Pontevedra 3ª nº 439/2012, de 6 de noviembre (AC 2012\2237), que, de acuerdo con el art. 4.1 RR II, aplica la legislación portuguesa a la reclamación judicial por daños que el conductor y el ocupante de un vehículo con matrícula española formulan contra la entidad aseguradora portuguesa del otro automóvil, matriculado en Portugal, implicado en el accidente acaecido en dicho país, estimando la Sala que la nacionalidad española de los lesionados no basta para poder activar la cláusula de escape del art. 4.3 RR II; SAP de Cáceres (sección

1ª) núm. 93/2013, de 10 de abril (JUR 2013\184045), que, en un contencioso similar al anterior, observa igualmente la ley portuguesa sobre la base del art. 4.1º RR II sin que, en esta ocasión, la residencia en España de los demandantes justifique el recurso al art. 4.3º RR II; bien conjuntamente, mediante la aplicación de “una amalgama proteiforme y confusa de normas de conflicto todas a la vez” [A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Obligaciones extracontractuales”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 1369], esto es, a través de un uso combinado del Reglamento 864/2007 y el Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera o del Reglamento “Roma II” y el Código civil español (respectivamente, SAP Pontevedra 3ª nº 521/2012, de 13 de diciembre, JUR 2013\36183, y SAP Pontevedra 6ª nº 293/2014, de 16 de mayo, AC 2014\1265, ambas zanjando pleitos semejantes, que, además, guardan un gran parecido con los dos asuntos más arriba traídos a colación: ante los pedimentos de indemnización realizado por los damnificados por accidentes de circulación acontecidos en Portugal entre vehículos con matrícula española y portuguesa contra los responsables del daño y sus aseguradoras, la Audiencia decide, primeramente, dejar el caso en manos de la normativa portuguesa, que operaría como *lex loci delicti commissi*, pero, al verificarse la falta de prueba de la ley extranjera competente, se decanta por una aplicación supletoria del Derecho español). A manera de *tweet*, cabe sintetizar lo antedicho concluyendo que la praxis judicial española generada por el Reglamento 864/2007 es escasa, monotemática y de baja calidad.

4. A la vista del panorama jurisprudencial relatado, se advierte con mayor nitidez la singularidad del caso ventilado ante la Audiencia de Lleida. Para empezar, repasaremos las circunstancias del litigio, para cuya descripción tendremos en cuenta no solamente la información que nos proporciona la resolución de segunda instancia, sino igualmente la contenida en la SJPI nº 1 Lleida nº 129/2014, de 2 diciembre 2014, que hemos podido consultar. Con arreglo a ambas, la secuencia narrativa es la siguiente. El 14 marzo 2009, en el marco de un viaje organizado por la Parroquia La Mercè, de la capital de la provincia, para ir a esquiar a la estación andorrana de Gran Valira, una de las personas integrantes del grupo excursionista, una menor de nacionalidad española y con residencia habitual en Lleida, embiste dentro de la zona habilitada para la práctica del deporte a otra esquiadora, asimismo ciudadana española y residente en Cataluña, que se encontraba detenida en un costado de la pista. A consecuencia del impacto, la víctima del accidente padece lesiones de diversa consideración de las que tarda en curarse más de nueve meses, y de las que le quedan como secuelas un perjuicio estético moderado y un leve déficit de movilidad en el hombro derecho. De ahí que la damnificada presente una demanda por daños y perjuicios contra los padres de la menor responsable del accidente –representantes legales de la misma–, el párroco encargado de la excusión, la Parroquia La Mercè y la aseguradora comercial de ésta, la Compañía FIATC. Los padres contestan a la demanda y el párroco no habiéndolo hecho en el momento procesal correspondiente comparece en la audiencia previa, alegando todos ellos en su defensa la prescripción de la acción; mientras que la parroquia y la entidad de seguros se mantienen en rebeldía. El juez, después de verificar la competencia internacional de los tribunales españoles –que funda en el art. 22.3.8º LOPJ–, infiere de esta norma la aplicación a la controversia de la ley española, la cual, a su parecer, únicamente puede ser la estatal del Código civil español, ya que, a tenor del art. 111–3.1 CCCat, el Derecho de esta comunidad sólo tiene eficacia territorial, por lo que el pleito debe ser resuelto sobre la base del art. 1968.2º Cc, precepto que, cuando se trata acciones para exigir responsabilidad por obligaciones derivadas de culpa o negligencia, fija un plazo de prescripción de un año, que es el mismo que contempla la legislación andorrana invocada por los demandados. Como quiera que, según constata el juez, el accidente sucede el 14 marzo 2009 y que, de conformidad con el informe pericial aportado por la actora, el tiempo de curación invertido hasta la estabilidad lesional –incluyendo todo el período de rehabilitación– es de 274 días, dicha estabilidad se logra el 26 febrero 2010, de modo que cabe deducir que, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial del TS, tal fecha es el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción solamente interrumpido por un burofax, de 18 febrero 2011, enviado por la futura demandante a los padres de la menor con este propósito expreso. Así las cosas, concluye el juzgador de instancia, la acción ejercitada ya se encontraba prescrita el 18 febrero 2012 y, con más razón, el 3 septiembre 2012, día en el que se presenta la demanda. Recurrida esta decisión ante la AP de Lleida, la Sección 2ª de la mis-

ma en su Sentencia nº 487/2015, de 27 de noviembre (JUR\2016\22297), confirma la prescripción de la acción, si bien no fundamenta su fallo en el Derecho español sino en el Derecho andorrano, que en este punto son coincidentes.

5. En una primera valoración de las resoluciones estudiadas, debe hacerse hincapié en que no deja de sorprender –y de causar un desánimo inmenso– la mezcla de aparente desenvoltura y de profundo desconocimiento con la que, en ocasiones, nuestros órganos jurisdiccionales manejan las normas de DIPr. Entre un Magistrado–Juez que, en un caso como el presente, sustenta la competencia internacional de los tribunales españoles en el art. 22.3º.8 LOPJ –olvidando el instrumento comunitario de aplicación preferente– y que de este precepto –propio del conflicto de jurisdicciones– colige la sujeción del fondo de la *litis* a la normativa española –cuestión privativa del conflicto de leyes– y una Sala que, ante la reivindicación hecha por la demandante –recurrente en apelación– de la necesidad de observar el Reglamento Roma II, se limita a afirmar que “el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, “Roma II”, no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto sólo es aplicable a conflictos de leyes y jurisdicción en dicha materia de Estados miembros de la Comunidad Europea, de la cual Andorra no forma parte”, uno no sabe qué actitud crítica adoptar, más allá de hacerse cruces de cómo es posible que se continúen dictando sentencias con errores tan graves, que, por mucho que en los últimos tiempos haya descendido el nivel de exigencia académica en nuestras universidades, no pasaríamos a ningún estudiante de grado. Tras toparse con un párrafo como el transcrito, el lector mínimamente ilustrado ya intuye que nada de lo que venga a continuación puede ser técnicamente bueno y que una eventual solución atinada desde el punto de vista del derecho material solamente va a poder ser resultado de una carambola, que en el asunto que nos ocupa no se da.

6. Entrando en un examen más detallado de la problemática de DIPr que encierra el litigio en cuestión, hay que partir de la premisa de que el veredicto de la Audiencia en el que se declara prescrita la acción ejercitada por la actora es, a nuestro juicio, totalmente desacertado. Para demostrarlo, debe irse al origen de la argumentación del tribunal y, una vez rectificada la equivocación inicial de éste, seguir el razonamiento que, al compás de las normas pertinentes, se abre paso con naturalidad hasta el desenlace correcto. Así, en primer lugar y contrariamente a lo que asegura la sentencia, el Reglamento 864/2007 era claramente aplicable al supuesto atendidos sus ámbitos de aplicación material –se estaba ante una reclamación por daños extracontractuales– y temporal –al que la resolución no dedica ni una línea y hubiera debido hacerlo habida cuenta de la cercanía de la fecha del accidente, el 14 el marzo de 2009, a la de la aplicabilidad inicial del instrumento, el 11 enero 2009 (*vid.*, *supra*, nº 1 STJUE *Homawoo*)–, y su alcance universal –gracias a este carácter *erga omnes* (art. 3 RR II), la ley designada por el Reglamento se aplica (obviamente, sólo por los tribunales de los países comunitarios salvo Dinamarca) aun cuando no se corresponda con la de ningún Estado miembro participante y sin parar mientes en la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las partes ni en el lugar en que se ha producido el daño–. En segundo término, situados ya en el Reglamento 864/2007, a la hora de concretar el Derecho rector del litigio, ha de tomarse en consideración, ante todo, el dato de que, pese a permitirlo el art. 14 RR II, los litigantes no habían hecho uso de la posibilidad de escogerlo; a continuación, procede cerciorarse de que, en el caso de autos, no se discutía acerca de alguno de los ilícitos civiles para los que, en sus arts. 5 a 9 RR II, el instrumento prevé reglas específicas; comprobado lo anterior, queda expedita la vía para que entre en juego el entramado conflictual del art. 4 RR II. En última instancia, cuando no se albergan dudas sobre la procedencia de este precepto, tiene que prestarse atención a su articulación (al respecto, *vid.* I. Bach, “Art. 4 Rome II”, en P. Huber, ed., *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 64–113, en especial, pp. 69–70), que puede comportar que la solución inicialmente retenida, la sumisión de la controversia a la ley del lugar del daño (art. 4.1º RR II), ceda en favor de la aplicación de la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (art. 4.2º RR II) o, excepcionalmente, de la ley que presente vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso (art. 4.3º RR II). Tan pronto como se trasladan estas pautas al litigio de nuestra incumbencia, es fácil concluir que, residiendo en España el causante y la víctima del

accidente de esquí y no convergiendo en Andorra circunstancias suficientes para haber dado pie a la intervención de la cláusula de escape, la AP de Lleida debería haber fallado en consonancia con la legislación española, la cual, oficiando como *lex causae*, habría sido la encargada de regular “el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad” [art. 15.h) RR II (cursivas nuestras)].

7. Ahora bien, por más que la Audiencia hubiera razonado impecablemente desde la óptica del DIPr, con la designación del Derecho español para disciplinar el contencioso sus problemas no habrían acabado, puesto que, siendo España un Estado plurilegislativo, aún le restaría pendiente la tarea de puntualizar qué ley española sería aplicable al caso. En el Reglamento 864/2007, la disposición a la que se encomienda la supervisión de las remisiones a sistemas no unificados es el art. 25.1º RR II, que establece que “[c]uando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento”. A la hora de analizar la regla, es conveniente fijarse en su estructura –integrada por un supuesto de hecho (“[c]uando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales”) y por una consecuencia jurídica (“cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento”)–, porque de ella se desprenden los puntos que requieren un estudio pormenorizado. El supuesto de hecho de la norma contiene dos presupuestos a los que se condiciona la operatividad del art. 25.1º: primeramente, debe tratarse de países en los que coexistan diferentes “áreas geográficas definidas” a las que se reconozca “*some degree of constitutional separation*” [A. Dickinson, “Territory in the Rome I and Rome II Regulations”, en J. Basedow *et al.* (ed.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2011–2013*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 98] y, segundamente, estas “áreas geográficas” o “unidades territoriales” –como las denomina el Reglamento– han de disponer de normativa referente a la responsabilidad extracontractual. En cuanto contrastamos estos requisitos con la realidad española, nos percatamos de que el primero de ellos no plantea ningún problema, ya que el art. 149.1.8ª CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como es el caso de Cataluña, su “conservación, modificación y desarrollo” –no vamos a entrar, ahora, en el alcance de la habilitación constitucional–. El segundo presupuesto –la existencia de una regulación en la materia– sí que es susceptible de suscitar alguna duda, pues podría argumentarse que, si bien tiene una regla relativa a la prescripción de las acciones –pretensiones– derivadas de responsabilidad extracontractual –art. 121–21.d) del CCCat, sobre él, *vid.* A. Lamarca i Marquès, “Art. 121–21”, en A. Lamarca i Marquès y A. Vaquer Aloy (ed.), *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 574–600, en especial, pp. 592–600–, el Derecho catalán carece de una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles, por lo que, para no abrir la puerta a una disciplina incoherente de las mismas –resultado del posible sometimiento de la prescripción a la ley catalana y del resto de la regulación al Código civil–, únicamente éste debería aplicarse a todos los aspectos sustantivos de tales obligaciones. En el Derecho interregional, esta cuestión ya ha motivado un vivo debate en el curso del cual ha despuntado la tesis, que suscribimos, de S. Álvarez González (“La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012–1, p. 5), de acuerdo con la cual, ante la pregunta de “si se puede aplicar e[l] plazo de tres años [propio de la legislación catalana] junto con la regulación sobre responsabilidad civil del Cc (...) la respuesta es sí (...) [porque] es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema”; más adelante, al final de su trabajo, el autor añade que “[a]plicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio (en el caso examinado, eliminar la competencia de las normas catalanas sobre la prescripción) sería tratar el caso enjuiciado como un caso diferente: como un supuesto homogéneo de Derecho “común” o un supuesto heterogéneo sujeto a la legislación “común”. Y no existe ninguna lógica que justifique esta solución; es más, se trataría, esta sí, de una solución negadora de la pluralidad jurídica que diseña nuestra Constitución” (p. 20). Volviendo al plano internacional, entendemos que, debidamente adaptadas a las características del tráfico externo en lo que haga falta, estas reflexiones

pueden proyectarse al DIPr comunitario, en general, y al Reglamento Roma II, en particular, ya que la segunda condición –que las unidades territoriales del Estado a cuya ley remiten las reglas de colisión del Reglamento posean “sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales”– reclamada por el art. 25.1º RR II para que se implemente la solución en él contemplada, se cumple en nuestro país desde el momento en que, además de la legislación estatal del Código civil, tenemos en España una norma específica del Derecho catalán –el art. 121–21.d) CCCat–, que disciplina la prescripción de la responsabilidad no contractual –punto que, recordémoslo, constituye el único objeto de discusión en el litigio que nos concierne–. Los reparos a esta interpretación hechos en el marco del Derecho interregional español no parecen haber encontrado eco en la doctrina foránea, pues alguna de sus voces más autorizadas ha manifestado, a propósito de la frase citada, que, en el seno del art. 25.1º RR II, “*“rules of law” referred to need not be the only rules governing ... non-contractual obligations which apply to that territory. Nor, indeed, should it be required that the rules of law that are specific to the “unit” be applicable, or even potentially applicable to the facts of the individual case or that they extend to the entire range of ... non-contractual obligations*” (A. Dickinson, *loc. cit.*, p. 99). Una vez concurren las circunstancias que aparecen recogidas en el supuesto de hecho del art. 25.1º RR II, se desencadena la consecuencia jurídica prevista en el precepto, que consiste en la consideración de cada unidad territorial –en los términos antes precisados– como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento 864/2007. Que, de las diferentes maneras de solucionar las remisiones a sistemas plurilegislativos [*vid., per omnia*, S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, Arts. 8 a 16 del Código civil, 2ª ed., Jaén, Edersa, 1995, pp. 945–948], el Reglamento “Roma II”, al igual que instrumentos convencionales de temática análoga, como el Convenio de La Haya de 1971 *sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera* y el Convenio de La Haya de 1973 *sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos*, haya optado por un sistema de remisión directa puede parecer a primera vista razonable, dada la naturaleza puramente territorial de las conexiones usualmente utilizadas, pero es una fórmula que se revela insuficiente en supuestos en los cuales las partes han escogido como Derecho aplicable el de un Estado plurilegislativo sin mencionar ninguna concreta unidad territorial, hipótesis en las que las lagunas del art. 25 RR II tendrán que colmarse por vías complementarias [M. Altenkirch, “Art. 25 Rome II”, en P. Huber (ed.), *op. cit.*, p. 422; y M. Gebauer, “Article 25 Rome II”, en G.–P. Calliess (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, p. 798]. Ciertamente, éste no es el caso del asunto enjuiciado por la AP de Lleida, en el que la residencia en Cataluña de autor y víctima del daño exigía, a través de una aplicación combinada de los arts. 4.2º y 25.1º RR II, su sujeción al Derecho catalán.

8. Una breve recapitulación de lo hasta aquí expuesto, permite advertir la magnitud de los errores en los que incurre la resolución comentada. Enfrentada a una reclamación judicial por los daños derivados de un accidente de esquí, la AP de Lleida entiende que, al haber ocurrido el suceso en Andorra, Estado ajeno a la Unión Europea, el Reglamento 864/2007 no es aplicable, por lo que, para hallar la legislación rectora del litigio, acude a la norma de conflicto de fuente estatal, el art. 10.9º Cc, que, para regular este tipo de supuestos, otorga competencia a la ley del lugar del daño, en el caso, a la ley andorrana, la cual fija para el ejercicio de las acciones por responsabilidad extracontractual un plazo de prescripción de un año, ya vencido en nuestro asunto, lo que conduce a la Audiencia a declarar prescrita la acción –pretensión– ejercitada por la actora. Si se hubieran aplicado correctamente la normas de DIPr, el resultado final habría sido diametralmente opuesto: aunque los hechos suceden en Andorra, el Reglamento Roma II era aplicable, dado su carácter universal, por lo que la Sala, tras revisar el régimen conflictual del instrumento, hubiera debido comprobar que, en ausencia de elección por las partes de la ley aplicable y de concurrencia de uno de los ilícitos que cuentan con reglas específicas, para resolver esta clase de litigios se ha de recurrir al art. 4 RR II, que, en supuestos como el de autos, en los que el responsable y el perjudicado residen habitualmente en el mismo país, en su ap. 2, obliga a valerse de la ley de ese país; ahora bien, residiendo ambas partes en España, que es un Estado plurilegislativo, la Audiencia Provincial debiera haber tomado asimismo en cuenta el art. 25.1º RR II que preceptúa que, cuando las normas de conflicto del Reglamento remiten a la legislación de un Estado que dispone de un sistema jurídico no

unificado, cada unidad territorial del mismo ha de ser considerada un país a efectos de determinar la normativa aplicable, de ahí que la AP de Lleida hubiera de haber acabado observando el Derecho catalán, el cual, al estipular un plazo trienal de prescripción, habría validado el ejercicio de la acción –pretensión– por parte de la actora. Cuesta encontrar un ejemplo que ilustre mejor como la impericia en el manejo de las normas de DIPr subvierte los parámetros de justicia conflictual conduciendo a un resultado material injusto.

Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia de 27 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María del Carmen Bernat Álvarez. JUR\2016\22297.

Responsabilidad extracontractual.– Responsabilidad por accidente en una pista de esquí.– Derecho de Andorra.– Prescripción de la acción.

Normas aplicadas: Art. 10.9º Cc; arts. 4.2º y 25 Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 julio 2007 (Roma II); art. 121.21º CCCat.

[...]

Analizando cada uno de los motivos del recurso, la apelante muestra disconformidad con la prescripción de la acción ejercitada, alegando en primer lugar infracción de normas o garantías procesales, al entender que el plazo de prescripción aplicable es el de 3 años establecido en el CCCat y no el de 1 año como establece el juzgador. Considera aplicable al supuesto de autos el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 julio 2007, conocido como “Roma II”, que regula la responsabilidad extracontractual en materia civil y mercantil y en concreto lo dispuesto en los arts. 4.2º y 25.1º, que determina que al disponer Cataluña de competencias en materia de reclamaciones extracontractual, el plazo de prescripción de la acción sería de 3 años.

El recurso no puede tener favorable acogida por cuanto el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, “Roma II”, no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto sólo es aplicable a conflictos de leyes y jurisdicción en dicha materia de Estados miembros de la Comunidad Europea, de la cual Andorra no forma parte.

De hecho el art. 32 del mismo establece que el presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Por consiguiente, para determinar la legislación aplicable, debe estarse a la norma de conflicto del art. 10.9º Cc español, que establece que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven, esto es, en este caso sería de aplicación la normativa andorrana, respecto de la cual se acreditó con las Sentencias aportadas por los demandados del Tribunal Superior de Justicia de Andorra, Sala Civil, que el plazo de prescripción era de un año; extremo que no fue discutido ni desvirtuado por la actora en ningún momento.

Añadir además a lo expuesto que en ningún caso sería aplicable al supuesto de autos el Derecho civil catalán, como pretende la recurrente, por cuanto el art. 111–3 CCCat establece el principio de territorialidad, de forma que el mismo sólo tiene eficacia territorial, siendo que en este caso el accidente se produjo en Andorra.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal y al efecto es muy ilustrativa la sentencia 27 mayo 2010, nº 219/2010, que establece: “...”.

De ello se desprende que de ser aplicable la ley del país de residencia habitual de la víctima y responsable del accidente, como pretende la recurrente, no sería aplicable el CCCat sino el Cc español y, por consiguiente, el plazo de prescripción sería igualmente de 1 año, a tenor de lo dispuesto en el art. 1968.2º de dicho cuerpo legal.

SUCESIONES

Albert FONT I SEGURA *

1. Resulta incuestionable la fuerza que posee la vecindad civil como punto de conexión para determinar la ley aplicable en supuestos interterritoriales. El sistema adjudica un lugar prevalente a esta conexión, no tanto por lo previsto en el art. 16.1º Cc conforme al cual la ley personal será la determinada por la vecindad civil, como por el art. 14 Cc que determina que “la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”. Esto es especialmente cierto en materia sucesoria. Con frecuencia la jurisprudencia asume que la vecindad civil *per se* ya identifica el Derecho civil aplicable como elemento de sujeción, más que de localización, y no hace falta en consecuencia ni citar la norma de conflicto que determina la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, contenida en el ap. 8º del art. 9 Cc. Esta asunción llega al extremo de ignorar no solo el art. 9.8 Cc, sino incluso el propio art. 14 Cc. Hay que advertir, sin embargo, que debe aceptarse que el tribunal no invoque el art. 9.8º Cc en la medida en que el supuesto no suscite conflicto de ley alguno. Siendo esto así la norma de conflicto no desempeña función alguna y no tiene vocación de ser aplicada. Como se ha advertido, si no hay conflicto de leyes, no procede la aplicación de la norma de conflicto. No obstante, en estos casos correspondería citar el art. 14 Cc, dado que la coexistencia de los distintos Derechos civiles españoles se construye sobre la base de este precepto, dado que en materia de sucesiones hay un doble factor que determina la aplicación de cada uno de los Derechos civiles españoles: el territorial y la vecindad civil. La coincidencia entre los elementos que configuran la sucesión con un determinado territorio y la vecindad civil del causante lleva a la aplicación del Derecho del territorio en el que tiene la sede el tribunal, mientras que la disonancia suscita el conflicto de leyes que debe ser resuelto por la norma de conflicto. Esta identificación de la vecindad civil como criterio de aplicación/sujeción que con tanta fuerza ha arraigado en la jurisprudencia, explica que podamos detectar distintas sentencias que aplican un Derecho civil en cuestión, en estos casos el catalán (SSAP Barcelona de 2 de febrero, 18 de febrero, 17 de noviembre y 9 de diciembre; SAP Lérida de 8 de abril), el balear (SAP Islas Baleares de 8 de octubre) o el gallego (SAP Pontevedra de 20 de enero), sin cita del art. 14 o del art. 9.8º Cc. La expresión “atendida la vecindad civil catalana del (o de la) causante” es base suficiente para aplicar el Derecho catalán. No obstante, si no hay conflicto de leyes correspondería citar el art. 14.1º Cc y si lo hay debe considerarse el art. 9.8 Cc, además del 14 Cc (muy correctamente la SAP Islas Baleares de 5 de octubre, “El art. 9.8 Cc, al que remite el art. 16 del mismo Código, determina que la sucesión se regirá por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, así como que las legítimas se regularán por lo dispuesto en esa ley. Por su parte el art. 14 Cc establece que la sujeción a la legislación civil o común se determina por la vecindad civil,”), pero en algunas sentencias, pese a que se suscita un conflicto de leyes, simplemente se cita el art. 14.1º Cc (como la SAP Islas Baleares de 10 de marzo). En otras ocasiones, dada la vecindad civil del causante, sea catalana (SSAP Barcelona de 14 de mayo, de 15 de junio y de 30 de septiembre) o gallega (SAP La Coruña de 31 de julio y SAP Pontevedra de 20 de enero), se aplica el Derecho civil catalán o gallego de acuerdo con los arts. 9.1º y 8º y 16.1º Cc, incluso sin la existencia de un conflicto de leyes, y sin citar, en cambio, el art. 14 Cc.

2. Ahora bien, aun siendo cierto que la ecuación vecindad civil = Derecho aplicable puede mantenerse todavía hoy, cabe constatar que se advierten ya importantes fisuras, incluso en supuestos sucesorios. En efecto, el legislador ha removido el sistema de Derecho interterritorial hasta sus raíces más profundas. Por una parte, en Derecho de familia con la reforma de los aps. 4, 6 y 7 del art. 9 Cc el legislador español ha eliminado la preeminencia de la nacionalidad –y, en consecuencia, de la vecindad civil– relegándola a un papel secundario, o incluso inexistente, en beneficio de la conexión residencia habitual. No obstante, se consigue la uniformidad de soluciones para resolver tanto los conflictos de leyes inter-

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

nos como los internacionales (sin entrar ahora en los problemas que puede generar la aplicación de soluciones concebidas para conflictos internacionales para resolver los conflictos internos). Por otra parte, el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ha supuesto también la introducción de la residencia habitual como elemento localizador, de modo que la vecindad civil únicamente adquiere sentido en determinados supuestos internacionales –si el causante es español y tiene la residencia habitual en España y/o si ha elegido la ley española correspondiente a su vecindad civil– y en supuestos internos. No se ha querido aquí una uniformidad de soluciones entre los conflictos internacionales y los internos. En cualquier caso, si bien es cierto que en el momento en que se dictan las sentencias recopiladas todavía no estaban en vigor estas importantes modificaciones del sistema, no está de más realizar una llamada de atención porque las modificaciones del sistema van a desbaratar aquella ecuación a la que hacíamos referencia.

No obstante, hay tribunales que son conscientes de la importancia de la norma de conflicto como regla de determinación del Derecho aplicable. Así, la SAP Zaragoza de 21 de septiembre en la que la determinación de la vecindad civil del causante es capital para establecer la legislación sucesoria aplicable o, siguiendo más fielmente lo que el tribunal declara, para determinar la ley personal del afectado. Sin embargo, los problemas de aplicación no provienen propiamente de la norma de conflicto sino más bien del punto de conexión empleado en la norma de conflicto, esto es de la vecindad civil.

3. Se ha apuntado que la residencia habitual genera inconvenientes por la dificultad de determinación que tiene en ocasiones. Sin embargo, la jurisprudencia reseñada, y en particular las STS de 21 de abril, la SAP Barcelona de 26 de febrero, la SAP Teruel de 1 de julio, la SAP Valencia de 18 de julio, la SAP Zaragoza de 21 de septiembre o la SAP Islas Baleares de 5 de octubre, ponen de manifiesto que la vecindad civil también suscita el mismo problema. En efecto, el hecho de que usualmente la vecindad civil se modifique automáticamente por residencia continuada provoca que su determinación sea objeto de controversia entre las partes interesadas. Las relevantes divergencias existentes –especialmente en Derecho de sucesiones– entre los distintos Derechos civiles coexistentes en España agudizan el problema. La inestabilidad que a veces se crea con el actual régimen de la vecindad civil llevó a las Cortes de Aragón a presentar una Proposición de Ley por la que se modifica el Código Civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil (BOCG–10–B–209–1 de 16 enero 2015). La Proposición de Ley consiste en la modificación del párrafo cuarto del apartado tercero y el apartado quinto del art. 14 Cc que quedaría tal como sigue: “En todo caso, el hijo, desde que cumpla catorce años y hasta que transcurran cinco años desde su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la vecindad que hubieran tenido cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal. 5. La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La declaración se hará constar en el Registro Civil y no necesita ser reiterada.”. La Proposición tiene como objetivo claramente explicitado en la Exposición de motivos eliminar las alteraciones inadvertidas y automáticas que se producen por la residencia continuada de diez años y que tantos problemas dan en los supuestos interregionales. La Exposición de motivos pone como ejemplo el caso del régimen económico matrimonial, de forma algo confusa porque el matrimonio ya celebrado no ve alterado su régimen patrimonial por cambio de residencia y el régimen matrimonio futuro depende de los factores presentes en el art. 9.2º Cc cuyos puntos de conexión no siempre coincidentes con la vecindad civil (así se ejemplifica: “¿Advirtió el catalán que, por su residencia continuada en Madrid de más de diez años, estaba en cuestión en su futuro matrimonio el régimen de separación? ¿Advirtió el madrileño destinado en Barcelona, que en idéntico caso el régimen legal en Cataluña era el de separación?”, no creo que tenga relevancia jurídica, pero no está de más notar que en el ejemplo el catalán tiene en Madrid su residencia, mientras que el madrileño “está destinado” en Barcelona). En cambio, es precisamente en materia de sucesiones donde el cambio de residencia puede tener mayor impacto sobre la regulación de la sucesión. Las sentencias apuntadas son una buena muestra de ello.

4. La inestabilidad y la relativa facilidad con la que puede adquirirse la vecindad civil puede levantar asimismo sospecha de fraude. Dos sentencias se refieren a ello. Por una parte, el Auto del TS de 30 de

septiembre, aunque solo alude a la cuestión sin entrar en el fondo al ser una cuestión ya resuelta en la sentencia recurrida. Por otra parte, la SAP Teruel de 1 de julio, nos muestra la estrecha vinculación existente entre una difícil determinación de la vecindad civil y una pretendida adquisición fraudulenta, en este caso de la vecindad civil aragonesa en detrimento de la vecindad civil común. Se alega que la vecindad aragonesa se “obtuvo con la única intención de poder testar como lo hizo, lo que supone –dicen– un fraude de Ley”. No obstante, la vinculación existente con el territorio al que el causante se trasladó desde Valencia (explotación de una finca familiar en Sarrión, Teruel, tras la separación con su esposa) y el tiempo transcurrido desde el traslado hasta su fallecimiento impiden llegar a la conclusión de que la adquisición tuvo como único objetivo adquirir la vecindad civil aragonesa con el propósito de que su sucesión quedara regida por la legislación civil aragonesa, “circunstancias de las que no puede siquiera sospecharse la finalidad alegada por los apelantes”.

5. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge viudo es otra de las cuestiones sujetas a dudas interpretativas. El TS en sentencia de 16 marzo 2016 confirma la amplia interpretación mantenida en la sentencia dictada el 28 abril 2014, de modo que la condición legitimaria del cónyuge viudo –prevista en el Cc estatal– se considera un derecho viudal atribuido por ministerio de la ley que debe ser respetado por ser el Derecho civil estatal el que rige el régimen económico matrimonial, de acuerdo con el art. 9.8º Cc *in fine*, pese a que en el Derecho de Ibiza, vecindad civil del causante, el cónyuge viudo no ostenta esta condición tratándose de una sucesión testada. No se va a valorar aquí esta interpretación, ni la evidente adulteración que esta produce sobre el Derecho aplicable a la sucesión, simplemente se quiere recordar que esta cuestión va a ser tratada de forma distinta en el Reglamento 650/2012 dado que conforme a su art. 23.2º.b) los derechos del cónyuge viudo se integran en el ámbito regido por la ley sucesoria. La transcendencia de este cambio es relevante, pero quizás más lo es que se va a generar un trato desigual y difícil de justificar entre las sucesiones internacionales reguladas por el Reglamento 650/2012 y las sucesiones interterritoriales reguladas por el art. 9.8º Cc, ya que en estos supuestos se va a tener que aplicar la remisión al art. 9.2º Cc respecto a los derechos del cónyuge viudo atribuidos por ministerio de la ley. Por otra parte, en las sucesiones internacionales en los que sea aplicable el ordenamiento plurilegislativo español y deba determinarse qué ley deba ser aplicada se va a constatar un total desajuste, por lo que a los derechos del cónyuge viudo se refiere, entre lo previsto en el Reglamento 650/2012, que los integra en la ley sucesoria, y lo establecido en el art. 9.8º Cc *in fine*, cuya previsión supone una remisión a la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia de 20 enero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª M.B. Rodríguez González. Cendoj Roj: SAP PO 56/2015.

Sucesión.– Usufructo de la herencia.

Normas aplicadas: Art. 253, 255, 256 257 LDCG y art. 1361 Cc.

[...]

Sentado lo anterior habrá de establecerse el marco jurídico dentro del cual ha de resolverse la cuestión por la Sala, y este no es otro que la Ley 2/2006 de Dereito Civil de Galicia de 14 de junio que regula la sucesión del cónyuge viudo ampliamente, y que resultaría aplicable a la sucesión del Sr. Ruperto en tanto la documental revela su vecindad civil gallega.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia de 2 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. Cendoj Roj: SAP B 3363/2015.

Sucesión.– Capacidad para otorgar testamento.

Normas aplicadas: Art. 421 CCCat.

[...]

El testamento litigioso fue otorgado en junio de 2010 por una persona que ostentaba la vecindad civil catalana por razón de residencia, de tal manera que el enjuiciamiento de la controversia debe ser efectuado a partir de las normas contenidas en el libro cuarto del CCCat, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, en vigor desde el 1º enero 2009, conforme resulta de su disposición transitoria primera.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 18 febrero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Dolores Portella LLuch. Cendoj Roj: SAP B 977/2015.

Sucesión.— Capacidad para otorgar testamento.

Normas aplicadas: Art. 421 CCCat.

[...]

Atendida la vecindad civil catalana de la causante y la fecha de su fallecimiento, acaecida el día 7 julio 2009, su sucesión se regirá por las disposiciones contenidas en la Llei 10/2008, de 10 de julio, que publicó el libro cuarto del CCCat, relativo a las sucesiones, y cuyo art. 421.1º establece el principio general de libertad de testar al disponer que “la successió testada es regeix per la voluntat del causant manifestada en testament atorgat d’acord amb la llei”.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia de 26 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho. Cendoj Roj: SAP B 1915/2015.

Sucesión.— Reclamación de legítima. Determinación de la vecindad civil.— Inicio del cómputo.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 16 Cc; art. 818 a 822 Cc

[...]

El recurso de apelación, interpuesto por el actor Don Domingo, se funda en la petición de que se declare que la causante Dª Debora, que falleció el día 1 marzo 2007, no tenía la vecindad civil catalana, por lo que la legítima se rige por la normativa del Derecho Civil Común y, por lo tanto la legítima de su madre asciende a la cantidad de 50.013,51 €.

Previamente a analizar el recurso de apelación debe indicarse que la parte demandada no ha recurrido la Sentencia de instancia ni en cuanto a la procedencia de la legítima, pese a que en primera instancia alegó que estaba pagada según el contenido del testamento, ni respecto al quantum de la misma, por lo que se entiende que acepta íntegramente la Sentencia de instancia. Por otro lado, debe indicarse que el art. 14.5 Cc, precepto aplicable a todo el territorio nacional, dispone claramente: “...” y, por su parte, el art. 14.6 agrega: “En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

La cuestión principal de este litigio es la relativa a la vecindad civil de la causante, que no debe confundirse con la vecindad administrativa, sino en la determinación de si la causante está sometida a la vecindad civil catalana o a la del Derecho Común, a cuyo efecto debe atenderse a la normativa contenida en el art. 14 Cc y a las pruebas practicadas en el juicio. En todo caso debe indicarse que en el testamento se indica que la vecindad civil de la causante es la vecindad civil catalana, pero de los documentos aportados a los autos no se infiere realmente esta conclusión, tal como examinaremos más adelante. Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han mantenido que un testamento puede contener disposiciones de carácter no patrimonial, pero no deben confundirse las disposiciones de carácter no patrimonial con las simples manifestaciones de voluntad carentes de eficacia jurídica, especialmente cuando la Ley exige una determinada formalidad, máxime cuando se trata de la adquisición de la vecindad civil, ya que ésta implica modificar una de las atribuciones o circunstancias personales, por lo

que para su determinación, conforme el art. 14 Cc, se dan dos supuestos: a) por residencia continuada durante diez años sin declaración en contrario durante este plazo; o b) por residencia continuada durante dos años cuando el interesado manifieste expresamente dicha voluntad. En el caso enjuiciado la causante no efectuó manifestación alguna ante el Encargado del Registro Civil, por lo que la cuestión consiste en averiguar si la causante residió diez años de forma continua en Cataluña, lo cual supondría que cuando falleció en el año 2007 tenía vecindad civil catalana o bien no habría transcurrido dicho plazo, en cuyo caso tendría vecindad civil de Derecho común.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia de 10 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández. Cendoj Roj: SAP IB 430/2015.

Sucesión.– Sucesión testada.– Cumplimiento de condición resolutoria.– Legítima del cónyuge viudo.

Normas aplicadas: Art. 834 Cc; arts. 70 y 79 CDCIB.

[...]

Así las cosas, considera la Sala que, ciertamente, tal y como sostiene la parte actora–apelada, la concordancia expresa y absoluta formulada de adverso respecto del Hecho Primero de la demanda, puso de manifiesto que nos encontramos ante un extremo sobre el que existió ab initio plena conformidad de las partes y, por tanto, quedó excluido de la carga de la prueba de la actora. Por otro lado, la parte apelante no ataca propiamente el razonamiento jurídico de la sentencia cuando, tras afirmar que “La parte demandada no niega que la causante tuviera vecindad civil ibicenca”, añade que, si bien alega la demandada que en el caso de que se declarara la resolución del usufructo sobre los bienes privativos de la causante, deberían respetarse las legítimas, sin embargo: “El art. 14 Cc establece que “La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determinará por la vecindad civil”. En consecuencia, teniendo la causante vecindad civil ibicenca es aplicable la Compilación del Derecho Civil de Baleares y en concreto el Libro III que lleva la rúbrica “De las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera”, dentro del cual el art. 79 establece quienes son los legitimarios sin que entre los mismos se incluya al cónyuge, por lo que procede desestimar el motivo de oposición alegado por la parte demandada.”.

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia de 16 marzo 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. RJ 2016\844.

Sucesión.– Derechos del cónyuge viudo atribuidos por ministerio de la ley.

Normas aplicadas: Arts. 834 y 9.8º Cc

[...]

Recurso de casación. Derecho internacional privado. Derecho interregional. Interpretación del art. 9.8 in fine Cc: “efectos del matrimonio”. Derecho aplicable a la legítima del cónyuge viudo. Doctrina jurisprudencial aplicable.

En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 834 Cc, en relación con el art. 9. 8 del mismo Cuerpo legal.

En síntesis, en los dos motivos se cuestiona el criterio seguido por la sentencia recurrida, considerando que la interpretación adecuada del art. 9.8º Cc lleva a concluir que los derechos legitimarios del cónyuge viudo se deben regir por la ley que regula los «efectos del matrimonio». En el presente caso, la normativa de derecho común en atención al lugar de celebración del matrimonio. Se añade, además, que este es el criterio que fija la Sala en la citada sentencia de 28 abril 2014.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. De acuerdo con lo argumentado por la parte recurrente, en los motivos objeto de este recurso de casación, y como la propia sentencia de la Audiencia reconoce, el objeto de enjuiciamiento responde a una cuestión de interpretación normativa.

En este sentido, y como precisa la parte recurrente, esta Sala, ha fijado su doctrina jurisprudencial en la sentencia de 28 abril 2014 (nº 624/2014 sic). En dicha sentencia, apartado tercero de su fundamento segundo, se declara: "...".

En el presente caso, a tenor de las circunstancias que concurren, la propia sentencia de la Audiencia reconoce que la aplicación del art. 9.2º Cc conduce a que los efectos del matrimonio se rijan por el Derecho común.

Por último, señalar, en contra de lo alegado por la parte recurrida, que esta doctrina jurisprudencial no ha resultado modificada por la sentencia de esta Sala de 12 enero 2015 (nº 490/2014). Entre otras razones, como fácilmente se aprecia, porque la referencia al art. 9.8º Cc se realiza en el ámbito del reenvío de retorno, (art. 12.2º Cc). Ámbito claramente diferenciado de la naturaleza y características del presente caso.

Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Sentencia de 8 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Ana Cristina Sainz Pereda. Cendoj Roj: SAP L 311/2015.

Sucesión.– Capacidad para otorgar testamento.

Normas aplicadas: Art. 421, 422, 451 CCCat.

[...]

El causante tenía vecindad civil catalana y falleció el 9 mayo 2009 por lo que resulta de aplicación el Libro IV del CCCat. (Ley 10/2008, de 10 julio 2008). La codemandada Sra. Erica es la heredera del causante y, por tanto, ella es la obligada al pago de la legítima (art. 451.11º CCCat).

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia de 21 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. Cendoj Roj: STS 1929/2015.

Sucesión.– Determinación de vecindad civil.– Cautela socini.

Normas aplicadas: Arts. 834 y 9.8º Cc

[...]

El presente caso plantea como cuestiones principales, la determinación de la vecindad civil de la causante, a los efectos de la legislación aplicable en materia legítima hereditaria, la delimitación de la acción de impugnación de la partición realizada y, en su caso, su incidencia en la aplicación de la denominada cautela socini ordenada por la testadora.

[...]

En efecto, la sentencia recurrida, de forma acertada, puntualiza que el plano sustantivo que pudiera derivarse de la adquisición de vecindad civil navarra del esposo de la causante, mediante expediente ante el Registro Civil en 1989, para nada influye en la vecindad foral navarra ya consolidada por la causante a través de los diez años de residencia señalados. Adquisición que tampoco se vio alterada por la reforma del art. 14.4º Cc operada por la Ley 11/1990, pues la causante, y de esto no hay duda razonable, no sólo siguió ostentando dicha vecindad foral, sino que se reafirmó en la misma.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 14 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gómez Canal. Cendoj Roj: SAP B 5214/2015.

Sucesión.– Reclamación de legítima.

Normas aplicadas: Art. 9.1º y 8º, 16 Cc; art. 355 Codi de Successions de Catalunya

[...]

Sentado que la legislación aplicable al caso es el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, aprobado por Llei 40/91, de 30 de desembre, atendida la vecindad civil catalana de los dos causantes (arts. 9.1º y 8º y 16.1.1º Cc) y la fecha de sus fallecimientos (Dd.Tt. 1ª Llei 40/91 y Llei 10/08, de 10 de julio, del Llibre quart del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions), (...)

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 15 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gómez Canal. Cendoj Roj: SAP B 5836/2015.

Sucesión.– Nulidad del acto de adjudicación de carácter particional.– Nulidad de la escritura de compraventa.– Cancelación de los asientos registrales.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 16 Cc.

[...]

Frente a la estimación de la demanda originaria –nada se dice sobre el rechazo de la reconvencional se alzan los Sres. Juan Alberto Joaquín Nicolás Sabina por medio del presente recurso que articulan en base a nueve alegaciones que conducimos a tres motivos de apelación que a continuación enunciamos y resolvemos partiendo de la base de que la legislación aplicable al caso es el Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, aprobado por Llei 40/91, de 30 de desembre, atendida la vecindad civil catalana de la causante Sra. Enriqueta (arts. 9.1º y 8º y 16.1.1º Cc) y la fecha de su fallecimiento (Dd.Tt. 1ª Llei 40/91 y Llei 10/08, de 10 de julio, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya relatiu a les successions):

Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, Sentencia de 1 julio 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Teresa Rivera Blasco. JUR\2015\194630.

Sucesión.– Determinación de la vecindad civil.– Fraude de ley.– Distribución desigual de la legítima colectiva.

Normas aplicadas: Arts. 14 Cc; art. 424 CDFA.

[...]

El tema sometido a debate en la primera instancia ha sido el testamento otorgado por don Eusebio ante el Notario de Mora de Rubielos en fecha 24 octubre 2008, en cuya disposición primera aparta de su herencia y excluye a los tres hijos de su matrimonio con Dª Tarsila y a sus nietas hijas de su otro hijo fallecido con anterioridad, don Lorenzo, e instituye heredero de todos sus bienes, en su cláusula tercera, a su hijo don Luis Carlos habido de su unión extramatrimonial con Dª Celia.

Tres fueron los motivos por los que los actores impugnaron en su demanda dichas cláusulas testamentarias: a/ cuando don Eusebio otorgó testamento no ostentaba la condición de aragonés; b/ en el caso de estimarse que tenía dicha condición, la ganó de forma fraudulenta; y c/ las disposiciones testamentarias impugnadas por los actores son contrarias a las buenas costumbres de Aragón.

[...]

Como segundo punto de impugnación de la sentencia de instancia alegan los apelantes que en el caso de que se aprecie que el Sr. Eusebio adquirió la vecindad civil aragonesa, debe declararse que la obtuvo con la única intención de poder testar como lo hizo, lo que supone –dicen– un fraude de Ley. No puede ser acogido tampoco este punto del recurso pues ningún dato ofrecen los demandantes del que pueda deducirse este extremo. Don Eusebio se fue a vivir a Sarrión tras la separación de su esposa Sra. Tarsila (separación que tuvo lugar por convenio privado de 21 mayo 1974) buscando un modo de vida (la explotación de una finca familiar en dicha localidad) puesto que había cesado en el cargo de gerente de la empresa familiar Industrias Martí Tormo el día 3 abril 1974; y residió en Sarrión durante más de treinta años: circunstancias de las que no puede siquiera sospecharse la finalidad alegada por los apelantes.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, Sentencia de 31 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández–Porto García. JUR\2015\213362.

Sucesión.– Enajenación de usufructo viudal.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 16 Cc; art. 480 Cc.

[...]

1º.– *Es incuestionable que, conforme a lo dispuesto tanto en la disposición transitoria 4ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 [“Os demais problemas de dereito intertemporal que se susciten por mor da entrada en vigor desta lei resolveranse de conformidade cos principios que informan as disposicións transitorias do Código Civil”] –la Ley de 2006 no estaba vigente cuando se produjo el óbito, ni cuando se aprobó la partición, ni cuando se vendió el usufructo sobre el fondo de inversión–, como por lo previsto en la regla duodécima de la disposición transitoria Cc (“Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código”), los derechos que genera la sucesión de don Leoncio deben regularse por la legislación vigente al 27 mayo 1994, lo que parece aceptarse por ambas partes litigantes. Los derechos sucesorios se rigen por las normas sustantivas vigentes en el momento del óbito [SS TS 1ª 27 septiembre 2000, 6 noviembre 1998 y 28 julio 1995]. En el mismo sentido las SS TSJ Galicia C–P. 18 noviembre 2014, 4 septiembre 2012, 24 abril 2012, 30 septiembre 2011, 26 marzo 2009, SAP 12 julio 2016 4713/2009) y 21 noviembre 2003 (...) establecen la doctrina de que debe tomarse en consideración el principio general según el cual la existencia del supuesto de hecho se regulan, en general, por la ley vigente en el momento en que haya acaecido, perfeccionado o completado y esto es así porque el art. 657 Cc nos indica que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y de manera congruente este principio general se reitera en el art. 9.8º Cc: es el momento del fallecimiento el determinante de la ley aplicable.*

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Carmen Escrig Orenga. JUR\2016\1641.

Sucesión.– Partición. Determinación de la vecindad civil.

[...]

Cómo tercer motivo de su recurso invoca la incongruencia extra petita respecto del pronunciamiento sobre la vecindad civil de los causantes, afirmando que tanto el actor como el demandado sostienen que la sucesión ha de regirse por la vecindad aragonesa.

El motivo debe desestimarse porque el demandante tanto en su escrito de demanda como en los posteriores sostiene que sus padres, al tiempo de su fallecimiento ostentaban la vecindad civil valenciana, criterio que recoge la sentencia de instancia y que compartimos plenamente, puesto que siendo cierto que nacieron y contrajeron matrimonio bajo el régimen foral Aragonés, residían en la Comunidad Valenciana desde 1975, fecha en la que adquirieron la vivienda en la ciudad de Puerto de Sagunto, según consta en el certificado del Registro de la Propiedad, en la certificación registral de la finca..., del Puerto de Sagunto.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 21 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso. JUR\2015\251896.

Sucesión.– División de herencia.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 2º y 8º, 14 Cc; art. 808, 813, 834 y 1035 Cc.

[...]

Vecindad civil del fallecido Sr. Juan Carlos

Entre las dos vecindades postuladas, condición foral de navarro, postulada por dos de sus hijos y la viuda, o vecindad civil común postulada por las recurrentes, la sentencia de la instancia, también la contadora partidora en el acto del juicio optó por la foral.

Ciertamente, el Sr. Juan Carlos manifestaba en multitud de documentos que ostentaba la condición foral de navarro, si bien habrá de examinarse la forma en que procedió a adquirirla o mantenerla para corroborar dicho extremo.

Así, D. Juan Carlos nació en Pamplona el ... de 1929.

Al parecer en 1945 se mudó con su familiar a Zaragoza y en fecha 17 noviembre 1960 compareció ante el Registro Civil de Zaragoza y formuló la declaración de conservar la vecindad civil Navarra. Dicha manifestación fue inscrita en el Registro Civil de su nacimiento con fecha 10 mayo 1968.

A principios de los años setenta se trasladó con su familia a Madrid donde fijó su domicilio.

El mismo falleció en Zaragoza el 30 noviembre 2005.

El título jurídico de su condición foral alegada es el nacimiento en Pamplona en ... de 1929 unido a la declaración en noviembre de 1960 de conservar la condición foral de origen.

Conforme a los arts. 9.1º, 2º y 8º, y 14.1º y 5º Cc, la vecindad civil se adquiere por el nacimiento de padres de tal vecindad y determina la ley personal del afectado. En el frente caso no parece discutido que el Sr. Juan Carlos nació en Pamplona, debiendo estimarse por no cuestionado que su padre tenía tal vecindad, aunque era nacido en Madrid.

De ordinario se estima que la adquisición de la vecindad se produce si por el plazo de diez años, actual art. 14.5.2º y último párrafo del Cc se reside en un territorio sin declaración en contrario durante ese plazo, que se hará constar en el RC y no necesita ser reiterada.

También es pacíficamente considerado que este periodo de diez años de residencia se computa desde la mayoría de edad de la persona física.

El problema reside en fijar cuando adquirió la mayor edad el Sr. Juan Carlos. En este sentido la redacción vigente al tiempo de adquirirla era la versión del art. 320 Cc: "La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código".

Sin embargo, pese a que no fue reformado el Cc lo cierto es que la Ley de 13 diciembre 1943 de Jefatura del Estado fijó la mayoría de edad a los veintiún años y modificó el art. 320 Cc, que la establecía en los veintitrés, y los arts. 10 y 13 del Apéndice Foral Aragonés.

"Art. 1º. A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos.

Art. 2º. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de este”.

Esta modificación significó un problema jurídico para el derecho navarro en cuanto, como mantiene la doctrina más autorizada –De Pablo Contreras– “la STS de fecha 1 abril 1891 vino a reconocer que la mayoría de edad estaba fijada en Navarra a los 25 años.

La última ley citada de fecha 13 diciembre 1943 estableció con carácter general que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años; y, aunque el art. 2 de la ley Paccionada de 1841 en relación con el originario art. 12 del Cc impedía al vigencia en Navarra de tal previsión –al menos en el ámbito del Derecho civil–, es lo cierto que la misma se aplicó de hecho, lo que vino a ser reconocido por la redacción dada ulteriormente en 1973 a la leyes 50 del Fuero Nuevo”.

Esta extensa cita, pone relieve un hecho trascendente, se aplicó la ley de 13 diciembre 1943 en toda España, siquiera fuera de hecho, y tal declaración fue seguida por el Fuero Nuevo en una ulterior actualización y compilación.

Por tanto, el Sr. Juan Carlos adquirió la mayoría de edad en 1950 en marzo y transcurrió el plazo de 10 años residiendo en Aragón en marzo de 1960. Dado que realizó la declaración conservativa en noviembre de 1960 había ya adquirido a dicho tiempo la vecindad civil aragonesa y por ello, la declaración fuera de plazo careció de efecto alguno.

Ciertamente el Sr. Juan Carlos se consideró siempre de condición foral navarra, si bien no es tal estado jurídico una situación que se adquiera confesoriamente fuera de los supuestos legales, sino con arreglo a la ley común – art. 14 Cc–.

En consecuencia, el Sr. Juan Carlos nunca conservó la condición foral de Navarra, pues cuando lo hizo ya había obtenido automáticamente por residencia de 10 años otra vecindad.

Más adelante volvió a mudar su vecindad de la aragonesa a la común que es la que ostentaba a la fecha de su muerte.

Tribunal Supremo, Sección Primera, Auto de 30 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. JUR\2015\235969.

Sucesión.– Determinación de vecindad civil.– Fraude de ley.

Normas aplicadas: Inadmisión del recurso, art. 483.2.3º LEC

[...]

La sentencia recurrida, tras una exhaustiva valoración de la prueba, en especial la testifical y documental, confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, concluye la adquisición fraudulenta de la vecindad civil navarra por parte del causante y su esposa, quienes desarrollaron su vida personal y patrimonial en la La Rioja, sin que llegaran a residir en Mendavia de forma estable y continua en la forma precisa para adquirir la vecindad civil navarra, adquisición que fue una ficción articulada a través del empadronamiento en Mendavia, la compra de una vivienda en dicha localidad y el cambio de domicilio fiscal, así como de la indicación en todo tipo de documentos públicos o privados como domicilio Mendavia, sin corresponder a su residencia efectiva y todo ello para apartar a sus hijas de sus derechos hereditarios al amparo de la libertad de testar establecida en la legislación foral navarra.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimer, Sentencia de 30 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gómez Canal. JUR\2015\278191.

Sucesión.– Declaración de desheredación injusta y reclamación de legítima.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º y 16 Cc; art. 451 CCCat.

[...]

Desde un punto de vista jurídico, atendida la vecindad civil catalana del sr. Rubén a la fecha de otorgar el testamento que habrá de regir su sucesión, es de aplicación al caso el CCCat (arts. 9.1º y 8º y 16.1.1º Cc y Disposiciones Transitoria 1ª y Final 4ª de la Llei 10/08, de 10 de julio, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya relatiu a les successions).

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Tercera, Sentencia de 5 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen. JUR/2015/243331.

Sucesión.– Ineficacia del testamento por crisis matrimonial posterior al otorgamiento.

Normas aplicadas: Art. 9.8º, 14 y 16 Cc; art. 422–13.1º CCCat.

[...]

Las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar Cc, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en aquellos casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (arts. 14.3º y 4º y 15.1º Cc) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (art. 14.5.1) y de conservar la vecindad originaria (art. 14.5.2 Cc), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas.

El elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de “residencia habitual” con el de domicilio civil, según el art. 40 Cc, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal (...), y así lo confirma la STS 15 noviembre 1991 señalando que “según constante doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del TS, el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la Ley municipal, y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes”.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 8 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar. JUR/2015/249057.

Sucesión.– Sucesión intestada.– Legítima del cónyuge viudo.– Usufructo de la herencia.

Normas aplicadas: Art. 500, 504 y 1321 Cc.

[...]

Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso es preciso reseñar que es concordado por las partes que el causante D. Carlos Daniel, militar de profesión, falleció en Ibiza en enero de 2.007, sin haber otorgado testamento, siendo su esposa Dª Ariadna, y con cuatro hijos de su primer matrimonio: los demandados D. Cayetano, D. Luis Miguel, Dª Alicia y Dª Guillerma; que el causante ostentaba la vecindad civil ibicenca y le es de aplicación a la demandante la legítima prevista en el art. 84 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, con lo cual la legítima de la demandante es el usufructo de la mitad de la herencia, y los herederos son los cuatro hijos del causante por partes iguales; que la demandante puede elegir, al concurrir en la herencia con hijos de anterior matrimonio del causante, entre el pago de la legítima en dinero o en bienes de la herencia, y ha optado por la primera; y que el único bien inmueble de la herencia es la mitad indivisa de un piso situado en la ... de Granada.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 17 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Dolores Portella LLuch. JUR\2016\1040.

Sucesión.– Capacidad para otorgar testamento.– Desheredación injusta.

Normas aplicadas: Art. 16 y 357 Codi de Successions de Catalunya.

[...]

Atendida la vecindad civil catalana de la causante y la fecha de su fallecimiento, acaecida el día 9 septiembre 2007, su sucesión se regirá por las disposiciones contenidas en la Llei 40/1991, de 30 de diciembre, Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, cuyo art. 101 establecía que “la successió testada es regeix per la voluntat del causant manifestada en testament atorgat d’acord amb la llei”.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 9 diciembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Amelia Mateo Marco. JUR\2016\64759.

Sucesión.– Capacidad para otorgar testamento.

Normas aplicadas: Art. 421 CCCat.

[...]

Atendida la vecindad civil catalana de la causante y la fecha de su fallecimiento, que tuvo lugar el día 27 abril 2010, su sucesión se regirá por las disposiciones contenidas en la Llei 10/2008, de 10 de julio, que publicó el libro cuarto del Codi civil de Catalunya, relativo a las sucesiones, y cuyo art. 421–1 establece el principio general de libertad de testar al disponer que “la successió testada es regeix per la voluntat del causant manifestada en testament atorgat d’acord amb la llei”.

DERECHO CIVIL VALENCIANO

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. En el año 2007 la Comunidad Valenciana decidió ejercer las competencias en materia de Derecho civil que le atribuía el art. 49.1º de su Estatuto de Autonomía [“La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 2ª Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”] mediante la promulgación de la Ley 10/2007 del Régimen Económico Matrimonial Valenciano de 20 de marzo. No se trataba de la primera Ley de Derecho Civil valenciana, ya que en el año 1986 se había promulgado la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos; pero sí la primera que es presentada de forma explícita como el primer paso “en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen” (vid. el Preámbulo de la norma).

La posibilidad de que una costumbre existente legitimase la competencia en materia de Derecho civil que la Constitución prevé para las Comunidades Autónomas en su art. 149.1.8º nunca ha estado libre de problemas (vid. R. Arenas García, “Derechos forales, Derecho locales y Derecho consuetudinario en

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

España. Origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial”, *RJA*, 1997, nº 21, pp. 93–113, esp. pp. 107 y 112–113); pero ha sido admitida por nuestro Tribunal Constitucional (STC 128/1992, de 28 de septiembre); ahora bien, el que una determinada costumbre existente en el momento de la promulgación de la Constitución habilite a la Comunidad Autónoma donde se encuentra vigente para convertir dicha costumbre en Derecho legal y, además, modificar y desarrollar la materia regulada por la costumbre no implica que a partir de esa atribución inicial dicha Comunidad Autónoma asuma una competencia plena en materia de Derecho civil, tal como parece pretender la Comunidad Valenciana al promulgar una Ley como la 10/2007, que ya no se conecta con ninguna costumbre vigente en Valencia en 1978 sino, en su caso, con el Derecho valenciano que había sido derogado por el Decreto de Nueva Planta de 29 junio 1707. El debate que se planteaba era, por tanto, el del alcance de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil. Una vez asumido que alguna costumbre permanecía vigente en el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trataba ¿era susceptible dicha Comunidad de asumir una competencia plena en materia de Derecho Civil con el límite –se supone– de aquellas materias que el art. 149.1.8º CE reserva con carácter exclusivo al Estado (reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho)?

La Comunidad Valenciana interpretó que la respuesta a la pregunta anterior era “sí”, que bastaba una costumbre vigente en el momento de promulgarse la Constitución para de ahí extraer una competencia plena en materia civil y para comenzar a desarrollar dicha competencia, más allá de los arrendamientos históricos valencianos de los que se había ocupado la Ley 6/1986 ya mencionada, se eligió como materia el régimen económico matrimonial, y a esta norma siguieron otras en materia de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011) y de uniones de hecho (Ley 5/2012). La aparición de este Derecho civil valenciano implicaba también determinar su aplicación en los supuestos que presentaran conexiones fuera de Valencia, y en los últimos años hemos tenido abundantes ejemplos de los problemas que esta determinación planteaban en el tráfico interno. La crónica de Derecho interterritorial del *AEDIPr* ha dado testimonio de esta problemática que, sin embargo, cambiará de manera radical, tal como veremos en el último punto de esta nota.

2. Las normas valencianas a las que nos acabamos de referir incluían previsiones sobre su aplicación en los supuestos heterogéneos. Así, el art. 2 de la Ley 10/2007, en materia de régimen económico matrimonial valenciano establecía que la ley se aplicaría a los matrimonios cuyos efectos debían regirse por la ley valenciana conforme al art. 3 del Estatuto de Autonomía, que prevé que el Derecho civil foral valenciano se aplicará a quienes tengan vecindad civil catalana de acuerdo con lo previsto en el Título Preliminar del Código civil. La Ley 5/2012, de uniones de hecho incluía en su art. 2 la previsión de que se aplicaría cuando ambos miembros de la pareja tuvieran vecindad civil valenciana y según lo previsto en las normas de conflicto estatales si uno solo de los miembros de la pareja tenía vecindad civil catalana. Además se establecía que la pérdida de la vecindad civil por parte de uno de los miembros de la pareja no llevaba aparejada la de la condición de unión de hecho formalizada. Finalmente, el art. 2 Ley 5/2011, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, determinaba que se aplicaría a los hijos e hijas de vecindad civil valenciana.

Ha sido precisamente esta última ley la que ha dado origen a una práctica más intensa y las sentencias dictadas durante el año 2015 mantienen esta tendencia. La práctica totalidad de las decisiones asumen sin cuestionarlo que el art. 2 Ley 5/2011 ha de ser aplicado para determinar la aplicabilidad de la normativa valenciana, desconociendo que la competencia exclusiva para resolver los conflictos de leyes es del Estado y que, por tanto, deberían ser consideradas las normas de conflicto dictadas por el legislador estatal o, incluso, las contenidas en instrumentos internacionales de los que sea parte España. Hay que tener en cuenta que la regulación estatal sobre conflictos de leyes, contenida en el Título Preliminar Cc, conduciría a la consideración de la ley de la residencia habitual del hijo si no es posible determinar su ley personal (la vecindad civil). Además ha de tenerse en cuenta que a partir del 10 agosto 2015 debe aplicarse la nueva redacción del art. 9.4º Cc que remite al Convenio de La Haya de 1996 en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales.

Lo anterior es generalmente obviado por las decisiones que aplican la normativa valenciana, que usualmente se limitan a determinar la aplicación de ésta únicamente a partir de la consideración de la vecindad civil del hijo [SAP Alicante 9ª 21 septiembre 2015, JUR\2016\127429, FJ 2º; SAP Alicante 9ª 30 octubre 2015, *ibid.*, JUR\2016\126862, FJ 2º; SAP Castellón 2ª 4 septiembre 2015, *ibid.*, JUR\2015\271895, FJ 2º; SAP Castellón 2ª 5 noviembre 2015, *ibid.*, JUR\2016\129253; SAP Castellón 2ª 3 diciembre 2015, *ibid.*, JUR\2016\134750; FJ 2º; SAP Castellón 2ª 14 diciembre 2015, *ibid.*, JUR\2016\134362, FJ 2º; SAP Valencia 10ª 9 septiembre 2015, *ibid.*, JUR\2016\2042, FJ 1º; SAP Alicante 6ª 11 marzo 2015, Cendoj Roj SAP A 680/2015, FJ 1º; SAP Alicante 6ª 14 abril 2015, Cendoj Roj SAP A 997/2015, FJ 2º; SAP Alicante 4ª 24 abril 2015, Cendoj Roj SAP A 1565/2015, FD 2ª; SAP Castellón 2ª 20 marzo 2015, Cendoj Roj SAP CS 258/2015, FJ 3º; SAP Castellón 2ª 23 enero 2015, Cendoj Roj SAP CS 123/2015, FJ 2º; SAP Valencia 10ª 4 mayo 2015, Cendoj Roj 1710/2015, FJ 2º]; de tal manera que cuando ésta no puede ser constatada se opta por la aplicación del denominado Derecho civil común [vid. en este sentido la SAP Alicante 6ª 10 diciembre 2015, JUR\2016\1321750, FJ 2º; SAP Alicante 4ª 17 julio 2015, *ibid.*, JUR\2015\270669, FJ 2º; SAP Alicante 4ª 14 octubre 2015, *ibid.*, JUR\2016\132729, FJ 2º; SAP Alicante 6ª 11 de noviembre, *ibid.*, JUR\2016\137933, FJ 1º; SAP Alicante 9ª 16 septiembre 2015, *ibid.*, JUR\2015\270692; SAP Valencia 10ª 21 octubre 2015, *ibid.*, JUR\2016\106861, FJ 1º; SAP Castellón 2ª 27 febrero 2015, Cendoj Roj SAP CS 251/2015, FJ 2º; SAP Valencia 10ª 2 junio 2015, Cendoj Roj SAP V 2288/2015, Fdo. Jurídico Segundo; SAP Valencia 10ª 15 junio 2015, Cendoj Roj SAP V 2396/2015, FD 1ª; SAP Valencia 10ª 21 abril 2015, Cendoj Roj SAP V 1361/2015, FD 2ª; SAP Valencia 10ª 23 enero 2015, FJ 1º; SAP Valencia 10ª 29 junio 2015, Cendoj Roj SAP V 3469/2015, FJ 1º]. Solamente en algunas decisiones la aplicación del Derecho común descansa en la constatación de que el menor tiene vecindad civil común [vid. en este sentido SAP Alicante 9ª 22 septiembre 2015, JUR\2016\127431, F.D. 3ª; SAP Castellón 2ª 6 noviembre 2015, *ibid.*, JUR\2016\128616 (aunque en este caso se plantean dudas sobre si la vecindad del hijo es realmente la vecindad común, aunque de los datos aportados parece probable que así sea); SAP Alicante 9ª 29 mayo 2015, Cendoj Roj SAP A 2225/2015, FJ 2º; y SAP Castellón 2ª 6 febrero 2015, Cendoj SAP CS 248/2015, FJ 2º].

La Ley 5/2011 incluye una regulación específica para la atribución del uso de la vivienda habitual (art. 6.2) [vid. SAP Alicante 6ª 5 mayo 2015, Cendoj Roj SAP A 1350/2015, FJ 3º; SAP Alicante 4ª 10 febrero 2015, Cendoj Roj SAP A 304/2015, FJ 1º; y SAP Alicante 6ª 11 marzo 2015, Cendoj Roj SAP A 680/2015, FJ 1º]. La aplicación de este precepto sobre la base de la vecindad civil del hijo implica que se descarta una calificación real de la atribución del uso de la vivienda habitual, que debería conducir a considerar el art. 10.1º CC para la identificación del Derecho aplicable. En la práctica, no habría ningún cambio en los supuestos considerados, ya que la vivienda familiar se ubicaba en la Comunidad Valenciana, pero no puede pasarse por alto esta calificación que puede ser relevante en otros supuestos (sobre el tratamiento conflictual de la atribución del uso de la vivienda familiar me remito a R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 332, 334–335 y 337–338).

Merece una mención específica la SAP Valencia 10ª 1 junio 2015 (Cendoj Roj SAP V 2286/2015) ya que en ella se aplica directamente el CC al descartar la vecindad civil del menor; pero sobre la base del art. 15 Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores (en el mismo sentido vid. la SAP Valencia 10ª 21 octubre 2015, JUR\2016\106861, FJ 1º). Se trata de un razonamiento equivocado, pues el art. 15 lo que hace es establecer la aplicación de la ley de la autoridad que se encuentra conociendo; pero no puede entenderse que dicha ley sea en el caso español la común, descartando que la legislación valenciana no sea también la propia de la autoridad que se encuentra conociendo, y eso tanto si consideramos a las autoridades judiciales con sede en Valencia como aquellas que se encuentran en cualquier otro punto de España, puesto que el Derecho civil propio de cada una de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia son también propios de todos los órganos jurisdiccionales españoles (me remito a R. Arenas García, “Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el orde-

namiento jurídico español”, en A. Font i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 51–83, p. 55).

En lo que se refiere a la determinación del régimen económico matrimonial, se plantea el problema del ámbito de aplicación temporal de la Ley 10/2007 en la SAP Alicante 4ª 11 noviembre 2015 (JUR/2016/132311, FJ 2º), determinándose que al haberse celebrado el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor Ley Valenciana el régimen económico era el determinado por el denominado Derecho civil común según lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 10/2007.

3. Tal como adelantábamos, la norma de Derecho civil valenciano que ha dado origen a una práctica judicial más intensa es la Ley 5/2011 sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos padres no conviven, y tal como se desprende de las decisiones que analizamos, se mantiene el criterio de aplicar la norma tan solo en los casos en los que el menor tiene vecindad civil valenciana, apuntándose incluso que correspondería la prueba de dicha vecindad a quien interese tal aplicación, pues de no probarse se acabará aplicando el Derecho español común (a salvo de que corresponda la aplicación de un Derecho extranjero en aquellos casos en los que así resulte de las circunstancias del supuesto, lo que solamente será posible cuando éste presente vínculos con ordenamientos extranjeros).

Es posible, sin embargo, que esta intensa práctica desaparezca en un futuro próximo. Tal como se había avanzado en el primer apartado de esta nota, se habían planteado algunas dudas sobre la compatibilidad del Derecho civil valenciano con la Constitución española. El Gobierno impugnó en su momento tanto la Ley 10/2007 como la 5/2011 y la 5/2012 y recientemente el Tribunal Constitucional ha comenzado a resolver sobre los recursos planteados. De momento la Ley 10/2007 ha sido anulada en su totalidad por la STC 82/2016, de 28 abril 2016 y una parte sustancial de la Ley 5/2012 lo ha sido por la STC 110/2016, de 9 junio 2016. En la fecha en la que esto se escribe todavía no se ha dictado la resolución relativa a la Ley 5/2011; pero es previsible que el Tribunal Constitucional identifique también contradicciones entre esta última Ley y la Constitución, ya que la línea argumental que ha utilizado en las Sentencias de 28 de abril y de 9 de junio es que la existencia de una costumbre vigente en el territorio de una Comunidad Autónoma en el momento de la promulgación de la Constitución es base para el ejercicio de la competencia autonómica en materia civil, pero solamente si la costumbre subsiste en el momento de aprobación de la Ley y en lo que se refiere a la materia o institución consuetudinaria, sin que esa competencia inicial pueda implicar una competencia en materia civil carente de límites materiales más allá de las cuestiones que en cualquier caso son de exclusiva competencia del Estado [*vid.* FF JJ 5º y 6º de la STC (Pleno) 110/2016].

Asumiendo, por tanto, que la materia regulada en la Ley 5/2011 tiene carácter civil encuadrable dentro del Derecho de familia –tal como asume la propia norma, que identifica el art. 49.2º del Estatuto de Autonomía como base jurídica para la regulación y mantiene que se inserta en el plan de elaboración de un Código de Derecho civil foral valenciano– resultará obligada su declaración de inconstitucionalidad a salvo que se pruebe la existencia de una costumbre en la materia vigente ya en 1978 y que se hubiera mantenido hasta el año 2011, costumbre a la que ninguna referencia se hace en el Preámbulo de la Ley.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 19 enero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Pía Cristina Calderón Cuadrado. Cendoj Roj: ATSC CV 5/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

A partir de ahí conviene señalar:

1. Que los términos de la controversia fijados por las partes han girado siempre en torno al régimen de custodia compartida establecido en el art. 5 Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana.

2. Que dicho régimen es el único aplicable a tenor de lo dispuesto en el art. 14 Cc en relación con el art. 2 de aquella normativa autonómica: “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º Estatut D’Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar Cc, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana”. En realidad, el derecho común solo resultaría de aplicación supletoria en defecto de norma civil propia de la Comunidad Valenciana.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 23 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Cendoj Roj SAP CS 123/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14.3º Cc,

[...]

No se cuestiona por las partes que sea de aplicación la Ley Valenciana 5/11. Y, ciertamente, a la vista de la certificación de la inscripción de nacimiento de menor en el Registro Civil (...), habiendo nacido aquel en Vinarós y teniendo la madre vecindad civil valenciana, no debe resultar dudoso que el menor tiene vecindad civil valenciana (art. 14.3º Cc).

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 176/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

El demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valencia el día 10 junio 2014, que asignó a la demandante la guarda de la hija de los litigantes, de 3 años de edad, fijando un régimen de comunicación para regular las relaciones paterno-filiales, así como la obligación a cargo del demandado de pagar la suma de 350 euros al mes en concepto de contribución a los gastos ordinarios de la hija, de la no que no consta que ostente la vecindad civil valenciana.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 6 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Cendoj Roj SAP CS 248/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Arts. 14.3º y 107.2º Cc.

[...]

No se cuestiona por la parte apelante que se aplicable la Ley Valenciana 5/11. Y efectivamente, ha de considerarse que es la ley española la aplicable, con arreglo al art. 107.2 del C. Civil (en función de la residencia habitual común –en Sot de Ferrer, Castellón– del matrimonio integrado por dos personas con distinta nacionalidad). Y dentro de los varios Derechos civiles que existen en nuestro país, es aplicable la Ley Foral Valenciana, visto que la hija menor tiene vecindad civil valenciana, atendido el art. 14.3º Cc.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 10 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira. Cendoj Roj SAP A 304/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

El Juez de instancia, tras declarar aplicable la citada Ley 5/2011 al caso de autos por ostentar el hijo menor la vecindad civil valenciana...

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 27 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Cendoj Roj SAP CS 251/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Pero es que, además, tiene razón la parte apelada cuando opone el que no se ha acreditado que sea aplicable la Ley Valenciana. Porque, con independencia de que el hijo mayor de edad ya no está sujeto a la autoridad parental de sus progenitores, con respecto a la hija menor no se ha acreditado en medida alguna que sea de vecindad civil valenciana. Nada se ha alegado ni razonado sobre ello, y nada se ha probado sobre ello, ni puede inferirse la vecindad valenciana de la hija menor de la documentación aportada por las partes.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 11 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva. Cendoj Roj SAP A 680/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Disp. Transitoria Segunda Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Para resolver dicha cuestión, debemos de partir de que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dispone que será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor, siendo indiscutible en consecuencia, que el presente recurso (en cuanto a este motivo de apelación se refiere, pues en el tipo de régimen aplicable existió acuerdo entre los cónyuges) debe ser resuelto en base a lo dispuesto en dicha normativa, una vez comprobado que el hijo respecto del que se piden medidas, ostenta la vecindad civil valenciana.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 20 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Cendoj Roj SAP CS 258/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14.3º Cc, art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril

[...]

Debemos comenzar por determinar el régimen jurídico aplicable. Nada se dice al respecto en la resolución recurrida. La parte apelante mantienen en su recurso que es aplicable la Ley Valenciana 5/11,

de 1 de abril. Pero ni dicha parte apelante, ni el juzgador, ni la parte apelada hacen consideración alguna sobre la vecindad civil de los progenitores y de la menor.

Atendiendo a los datos obrantes en la certificación de la inscripción de nacimiento de la menor en el Registro Civil (...), aún cuando el padre tuviera vecindad civil común, se ha de entender que la hija tiene vecindad civil valenciana, puesto que la madre tiene vecindad civil valenciana, y la hija nació en Burriana. Así, de conformidad con lo previsto en el art. 14.3 párr. 1º Cc.

Sentado que la hija menor tiene vecindad civil valenciana, es de aplicación la Ley Valenciana 5/11, de 1 de abril (véanse el art. 2 de dicha Ley, y el preámbulo de la misma).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 14 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Dolores López Garre. Cendoj Roj SAP A 997/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

En esta materia sobre custodia compartida es tratada actualmente por la Ley 5/2011, de 1 abril la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (...) con la significación de su aplicación a las personas que ostenten la vecindad civil valenciana.

Obs.: Vid. en igual sentido SAP Alicante 6ª 14 abril 2015, Cendoj Roj SAP A 386/2015.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 21 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 1361/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Para decidir sobre el régimen de guarda y comunicación, la Sala entiende no aplicable la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares, al no constar que el menor ostente la vecindad civil valenciana, al amparo del art. 2 de la mencionada ley, e incluso se puede decir que ni por el lugar de nacimiento de los progenitores ni del menor, ni por su residencia actual, el pleito tiene vínculos actuales con la Comunidad Autónoma Valenciana.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 24 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Paloma Sancho Mayo. Cendoj Roj SAP A 1565/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Título Preliminar del Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Se solicita por la representación procesal de la apelante la nulidad de la sentencia al aplicar la vigente Ley 5/2011 de 1 abril la Generalidad Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven al mantener que no se acompañan los documentos que acreditan la vecindad civil. El art. 2 de la citada Ley 5/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación establece: De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposi-

ciones del título preliminar Cc, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana, por lo tanto la que debe tenerse en cuenta es la de la hija, por lo que debe examinarse si la menor ostenta la dicha vecindad, al ser nacida en Elche. Olvida la parte apelante que los documentos que acreditan la vecindad civil fueron aportados por ella misma, en concreto la partida de nacimiento de la menor unida con el escrito de demanda al folio 7, así como en la hoja de empadronamiento de la madre y la menor al folio 10, ponen de manifiesto la vecindad civil valenciana de la menor, pues la madre es natural de Crevillente y el padre de Elche como la propia menor, por lo que se presume la vecindad civil valenciana a favor de los mismos.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 82/2016, de 28 abril 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Encarnación Roca Trías. BOE 31.5.2016.

Régimen económico matrimonial.– Competencia en materia civil de la Comunidad Valenciana.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8 CE

[...]

Hemos de afirmar que la Comunidad Valenciana ha asumido estatutariamente la competencia en materia de “conservación, modificación y desarrollo” de su Derecho civil foral (art. 49.1.2 EAV) y que el calificativo “foral” incluido en la reforma estatutaria referido al Derecho civil foral valenciano (arts. 49.1.2 y disposición transitoria tercera EAV), no puede alterar el techo competencial del art. 149.1.8 CE. Por iguales motivos, debe considerarse irrelevante que la norma estatutaria haya antepuesto el término “desarrollo” al de “modificación”, pues no estamos en presencia de fases legislativas cronológicamente ordenadas, sino de finalidades emprendidas con la tarea legislativa. En último lugar, hay que subrayar que ni la LO 12/1982, ni otros principios informadores de la actuación de los poderes públicos autonómicos contenidos en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (en concreto en su art. 7.1 y disposición transitoria tercera) permiten modificar o superar ese ámbito permitido por el art. 149.1.8 CE.

En síntesis, debemos afirmar que si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano, tal y como expresa su Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, ésta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución Española. Que dicha competencia se obtuviera en virtud de la LO 12/1982 en nada empece dicha conclusión, pues el límite a dicha competencia se encuentra claramente señalado por el art. 149.1.8 CE.

4. El debate queda ceñido, a partir de aquí, a la interpretación que deba dársele al citado art. 149.1.8 CE, a la que este Tribunal ha dado ya respuesta en numerosas ocasiones.

a) La expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3; y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente “al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución” (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o “a la entrada en vigor de la Constitución” (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior. Ahora bien, y como también tuvimos ocasión de señalar precisamente en relación con la Comunidad Valenciana, “[el]l amplio enunciado de esta última salvedad (‘derechos civiles forales o especiales’) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en

vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución” y que “tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común” (STC 121/1992, FJ 1). Y en el mismo sentido nos hemos pronunciado en la STC 182/1992, FJ 3, aunque ésta en relación con la Comunidad Autónoma de Galicia.

b) El contenido de esa competencia está siempre vinculado a la “conservación, modificación y desarrollo” de ese Derecho civil foral o especial previamente existente. De modo pues que como dijimos en la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, los concretos términos empleados por la Constitución (“conservación, modificación y desarrollo”) son los que “dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar –como después haremos– la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico”. Y esta doctrina se ha reiterado igualmente en las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1 a); 31/2010, de 28 de junio, FJ 76, y 4/2014, de 16 de enero, FJ 4 e).

c) Por lo que se refiere a cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o consuetudinaria, hay que señalar que, para el ejercicio de la competencia legislativa, la acreditación de su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española se erige en presupuesto indispensable. Por tanto, no cabe más que volver a afirmar lo declarado en la STC 121/1992, FJ 2: “la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 CE para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre”. La reforma del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana producida en el año 2006, no permite modificar esta interpretación que impone la letra de la norma constitucional.

d) En relación con los conocidos antecedentes históricos que proporcionan el sustrato de legitimidad de la reivindicación y la denuncia que hace la Generalitat Valenciana acerca de su discriminación y desigualdad de trato en comparación con otras Comunidades Autónomas con competencias más amplias en materia de Derecho civil, hemos de aclarar que si han podido asumir esas competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE, recordando en todo caso que la igualdad de trato ex arts. 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas, ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la Constitución Española y del bloque de la constitucionalidad, (por todas, STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 10).

Es preciso advertir, también, que una interpretación razonada y no arbitraria del art. 149.1.8 CE solamente permite reiterar y no rectificar la doctrina de la STC 121/1992, y, en consecuencia, entender, en una interpretación de acuerdo con la Constitución Española, que el art. 7.1 y la disposición transitoria tercera EAV, se refieren a las normas forales cuya aplicación siga perdurando en ese territorio autonómico. Dicho de otra manera, el art. 149.1.8 CE permite entender que la garantía de foralidad se extiende no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a aquel momento. Conviene destacar, además, que el respeto constitucional proclamado en el art. 149.1.8 CE alcanza también al sistema de fuentes normativas establecido en cada uno de los Derechos forales, pues así se dispone expresamente en la norma constitucional citada (“y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”). En el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, como ya pusimos de manifiesto, la costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, el derecho consuetudinario pasa a ser Derecho legislado.

[...]

6. Aplicando la doctrina de la STC 121/1992, resulta que la validez de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que en materia de régimen económico matrimonial existieran en vigor a la entrada en vigor de la Constitución Española, como sucedió en el caso de los arrendamientos rústicos, o bien otra institución civil diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil propio.

[...]

Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española. El Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana crear un Derecho civil ex novo.

Por último, no basta la posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le sirven de punto de conexión. A este respecto, a diferencia de lo sucedido con los arrendamientos históricos, no se ha acreditado la vigencia de tales costumbres [STC 121/1992, FJ 2 a)], como le correspondía hacer de conformidad con nuestra doctrina (SSTC 121/1992, FJ 2, y 182/1992, FJ 3). No se olvide que de acuerdo con el art. 1.3 Cc, dedicado a las “Fuentes del derecho”, “[l]a costumbre sólo regirá... siempre que... resulte probada”. Y no es la primera vez que este Tribunal acude al título preliminar Cc para reconocer instituciones generales de nuestro ordenamiento, como la buena fe (STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2) o el fraude de ley.

En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas, hemos de concluir que en este caso no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige a la Comunidad Autónoma de Valencia para legislar un régimen económico matrimonial propio, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio Derecho civil valenciano, lo que determinará el sentido de la presente resolución. Sobre este particular debemos subrayar que cuando se invocan normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, precisamente para distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, del mero hábito, aparte del difícil acceso a su conocimiento por los aplicadores del derecho y por ello excluida tradicionalmente del deber judicial de conocimiento (iura novit curia). En el caso de las normas contenidas en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha demostrado su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas, siendo en este caso imprescindible, dada la derogación de los antiguos Fueros del Reino de Valencia.

[...]

7. Sentado todo lo anterior, este Tribunal estima necesario, al amparo del art. 39 LOTC, además de la inconstitucionalidad de los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 que son los únicos impugnados que no se han declarado extemporáneos declarar la inconstitucionalidad del resto de normas que integran la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano impugnada por conexión o consecuencia, dado que la vulneración competencial declarada concurre en todas las disposiciones que en ella se contienen.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 4 mayo 2015. Ponente: Ilma. Sra. D ^a María Pilar Manzana Laguarda. Cendoj Roj SAP V 1710/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

La Ley 5/2011 de 1 abril la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, aplicable al matrimonio formado por las partes, dada su vecindad civil valenciana...

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 5 mayo 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Dolores López Garre. Cendoj Roj SAP A 1350/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

En esta materia sobre custodia compartida es tratada actualmente por la Ley 5/2011, de 1 abril la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (...) con la significación de su aplicación a las personas que ostenten la vecindad civil valenciana.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 14 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes. Cendoj Roj SAP CS 517/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil

Normas aplicadas: Art. 14.3º Cc.

[...]

Esta Ley [la Ley Valenciana 5/2011] es aplicable dada la vecindad civil valenciana de la menor, como hija de españoles, nacida en Sagunto y residente en Segorbe y Onda (art. 14.3º Cc).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 29 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. Cendoj Roj SAP A 2225/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

[...]

Lo primero que es preciso señalar es que el menor tiene vecindad civil común, tal como destaca la sentencia apelada, en virtud de la opción elegida por la madre al adquirir la nacionalidad española y que consta en la inscripción de nacimiento del mismo, lo que implica que no le resulta de aplicación la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Generalitat Valenciana.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 1 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 2286/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Conflictos internos e internacionales.

Normas aplicadas: Art. 15 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Para decidir cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés del hijo, partiendo de la aplicación Cc (al que remite el art. 15 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996), y no de la ley autonómica 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares, al no constar la nacionalidad española ni la vecindad civil valenciana del hijo, de acuerdo con el art. 2 de la mencionada ley.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 2 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 2288/2015.

Responsabilidad parental.— Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Para determinar la suma que debe pagar el demandante en concepto de contribución a los gastos ordinarios de la hija menor, de acuerdo con el art. 93 Cc, por no haberse acreditado la vecindad civil valenciana de la hija menor, al amparo del art. 2 Ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares...

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 15 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 2288/2015.

Responsabilidad parental.— Aplicación Ley Valenciana 5/2011.— Acreditación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Para determinar qué régimen de guarda responde mejor al interés de la hija, de acuerdo con el art. 92 Cc y las disposiciones concordantes aplicables del mismo cuerpo legal, texto legal que se considera de aplicación al no haberse acreditado la vecindad civil valenciana de la hija (nacida en España de dos personas de nacionalidad ucraniana), de acuerdo con el art. 2 Ley autonómica 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares...

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 23 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes. Cendoj Roj SAP CS 701/2015.

Responsabilidad parental.— Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Pues bien, en primer lugar es necesario determinar cuál es el derecho aplicable en el presente caso, el Código civil o la legislación autonómica. A tenor del art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven se establece que “la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”. Así pues, teniendo presentes que ambos progenitores residen en Castellón de la Plana y que las menores han nacido en esta localidad, es de aplicación la Ley 5/11.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 26 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes. Cendoj Roj SAP CS 649/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14.3º Cc.

[...]

Al supuesto de autos le es de aplicación la Ley de Relaciones Familiares Valenciana 5/2011 de 1 de abril en cuanto que la menor ostenta la vecindad civil valenciana, al haber nacido cuando sus padres tenían distinta vecindad civil (la madre era nacida en Guadalajara y no consta que en tal fecha llevase diez años viviendo en esta Comunidad, mientras que el padre sí ostentaba la vecindad civil valenciana), debiendo estarse, como indica el art. 14.3º Cc al lugar de nacimiento, en este caso Vila-Real. Dicha Ley en su art. 5 establece que la autoridad judicial, a falta de pacto, como regla general atribuirá a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los menores, sin que pueda considerarse obstáculo para ello las malas relaciones que tengan entre ellos.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 29 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. Cendoj Roj SAP V 3469/2015.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril

[...]

Para determinar cuál es el régimen de guarda más adecuado al interés de la hija, al amparo del art. 92 Cc (dado que no se ha acreditado la vecindad civil de la menor conforme al art. 2 Ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares)...

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 17 julio 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª Paloma Sancho Mayo. JUR\2015\270669.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

A la hora de analizar el presente supuesto hay que partir, como establece la sentencia en cuestión y ante el acuerdo de las partes, que no es aplicable la legislación autonómica relativa a la materia pues no consta acreditada la vecindad civil del menor dado que el padre es de nacionalidad mejicana, la madre nació en Cartagena (Murcia) y el menor cuenta tan solo cuatro años de edad.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 4 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Altares Medina. JUR\2015\271895.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14.2º y 3º Cc.

[...]

De otra parte, hemos de añadir que ni la parte actora solicitó la compensación prevista en el art. 6 Ley Valenciana 5/11 (aplicable, frente a lo aducido por la parte apelante, no sólo en los supuestos de custodia compartida), ni consideramos que esta sea aplicable. Aunque el menor nació en Burriana, no puede decirse que tenga vecindad civil valenciana. Efectivamente, siendo hijo de padre español y madre extranjera, y no habiéndose explicado ni justificado en medida alguna que el padre haya dejado de tener su originaria vecindad civil común, parece que deberá considerarse que el hijo también tiene vecindad civil común, dado que la vecindad civil se determina prioritariamente iure sanguinis (art. 14.2º y 3º Cc), y parece que debe entenderse que, si sólo uno de los progenitores es español (y, por tanto, tan sólo dicho progenitor tiene una vecindad civil), la vecindad civil del hijo español se determinará iure sanguinis en función de la vecindad civil de dicho progenitor (en este sentido se pronuncia Luis Pablo).

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 9 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España. JUR\2016\2042.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

[...]

Sabido es que a través de los recursos de apelación sólo pueden alegarse y discutirse aquellas cuestiones que ya fueron alegadas y discutidas en la instancia, sin que quepa introducir vía recurso cuestiones nuevas que ni fueron alegadas ni discutidas en la instancia, y ello es lo que acaece en el caso de autos, en que el ejecutado, hoy apelante, pretende, vía recurso, introducir cuestiones que no planteó en la instancia, con la consiguiente indefensión y vulneración de las normas que rigen los recursos de apelación; en efecto, basta la simple lectura de la contestación a la demanda, obrante al folio 58 de los autos, para comprobar que la ahora recurrente, simplemente se opuso a la demanda sin realizar manifestación alguna acerca de la vecindad civil en dicho momento, que era el procesalmente adecuado, por lo que mal puede ahora, con motivo del recurso introducir una cuestión no alegada ni, por tanto, discutida en la instancia, lo que evidencia la incongruencia pretendida en esta alzada queriendo introducir cuestiones nuevas, sin perjuicio de que, además, ha quedado acreditado documentalmente dicha vecindad habida cuenta el tiempo de residencia en Valencia.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 16 septiembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª Susana Pilar Martínez González. JUR\2015\270692.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Hay que tener en cuenta que, por una parte, no consta que sea aplicable la Ley 5/2011 de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, puesto que no se prueba que los menores, nacidos fuera de la comunidad valenciana, hayan adquirido dicha vecindad civil.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 21 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. JUR\2016\127429.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Debe anticiparse que el presente motivo de impugnación será desestimado y confirmado el régimen de guarda y custodia compartida acordado en la sentencia apelada, por ser el legalmente fijado y considerar este tribunal que el interés del menor queda bien protegido, sin que exista causa alguna que justifique un régimen monoparental, que no se olvide que es un régimen excepcional de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares, de la Comunidad Valenciana, aplicable a este supuesto en atención a la vecindad civil valenciana del menor y los progenitores.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 22 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. JUR\2016\127431.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Como bien se señala en la sentencia apelada, los menores tienen vecindad civil común por lo que no resulta de aplicación la Ley 5/2011, de 1 abril relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Generalitat Valenciana sino el régimen ordinario Cc.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 14 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira. JUR\2016\132729.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

La tesis argumental del apelante carece de toda base legal. En efecto, Juzgadora razonó correctamente sobre la imposibilidad de aplicar las disposiciones de la normativa valenciana, al no haber acreditado el interesado que ostentaba la vecindad civil de dicha Comunidad, además de constar en autos que el hijo había nacido en Bolivia y que la madre ostentaba la misma nacionalidad. Por tanto, es evidente que la justificación documental del presupuesto invocado por el demandante le correspondía a éste, en concordancia con la pretensión que articulaba en demanda reclamando la aplicación de la citada Ley. De ahí que no pueda reprochar a la Juzgadora el haber aplicado en este caso las disposiciones de la legislación común, al carecer de los datos necesarios para hacerlo de otra forma.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 21 octubre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. JUR\2016\106861.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Conflictos internos e internacionales.

Normas aplicadas: Arts. 15 ss Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996; art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

[...]

En el presente caso, no consta que las hijas, nacidas en España, hijas de padres senegaleses, tengan la nacionalidad española, ni la vecindad civil valenciana, por lo que no es aplicable la ley autonómica 5/2011, de 1 abril relaciones familiares, de acuerdo con su art. 2, por lo que procede la aplicación del art. 92 Cc de acuerdo con los arts. 15 ss Convenio de La Haya de 19 octubre 1996.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 30 octubre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Susana Pilar Martínez González. JUR\2016\126862.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc, art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[...]

Se ha de puntualizar que es aplicable en el presente caso la Ley Valenciana 5/2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de dicha ley, por tratarse de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana, y ello por tratarse de menores, nacidos en la Comunidad Valenciana, uno de cuyos progenitores también ostentaba, a la fecha del nacimiento de los mismos, dicha vecindad (art. 14 Cc).

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 5 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a Eloísa Gómez Santana. JUR\2016\129253.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

De la lectura de la sentencia se desprende, sin lugar a dudas, que la juez de instancia reconoce que es de aplicación al caso que nos ocupa, la Ley 5/2011, en virtud de la disposición transitoria primera de dicha Ley, ya que no es controvertida la vecindad civil valenciana de la menor Guillermina hija de ambos litigantes.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 6 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Altares Medina. JUR\2016\128616.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

[...]

Comencemos por indicar que no está claro cual sea la normativa aplicable, dado que nada se ha precisado sobre la vecindad civil de los progenitores y del hijo menor; y todo lo que puede decirse al respecto son suposiciones en función de los datos que resultan de la certificación de la inscripción de nacimiento del menor en el Registro Civil (...). Los datos que resultan de dicho documento no son concluyentes, y nada ha precisado ni acreditado ninguna de las partes sobre la vecindad civil, originaria o derivativa, que tenían los progenitores en el momento del nacimiento del hijo, ni si se han producido cambios con posterioridad en dicha vecindad. Nada se ha precisado sobre la vecindad civil originaria de la madre. Pero en el documento referido figura que nació en territorio de Derecho común. Y aunque el padre nació en un municipio de la provincia de Barcelona, no sabemos si sus progenitores, procedentes de Canarias, habían conservado la vecindad de derecho común, y si, en consecuencia, esa fue la vecindad civil originaria del padre.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 11 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel B. Flórez Menéndez. JUR\2016\132311.

Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Disp. trans. 1ª, ap. 2ª Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo.

[...]

El matrimonio se celebró bajo el régimen legal de gananciales pero el 4 junio 1992 los cónyuges lo modificaron pactando el de separación de bienes, separación de bienes que se rige por los arts. 1435 y siguientes Cc no obstante la vecindad civil valenciana de ambos, en conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat Valenciana, de régimen económico matrimonial valenciano.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 11 noviembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. D. Encarnación Caturla Juan. JUR\2016\137933.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Debiéndose señalar por otra parte que no resulta aplicable, como pretende la parte apelante la legislación valenciana al presente procedimiento, al constar que el padre de la menor tiene nacionalidad ecuatoriana y la madre nación en Orense; sin que se haya acreditado que hubiesen adquirido la vecindad civil valenciana, con carácter previo al nacimiento de la menor.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 3 diciembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Altares Medina. JUR\2016\134750.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.

[...]

El examen de las actuaciones pone de manifiesto en primer lugar el defectuoso planteamiento de la demanda, por cuanto se interesa la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de fecha 26 marzo 2008, en base a lo dispuesto en el art. 91 último inciso del Cc, y 775 LEC, cuando es lo cierto que ostentando la hija de los litigantes la vecindad civil Valenciana, es de aplicación al caso de autos la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 10 diciembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Dolores López Garre. JUR\2016\132750.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc, art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

[...]

(...) solicitando además que se aplique la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, pues a pesar de que ni él ni la actora ostentan la vecindad civil valenciana, considera que su hija si ostenta dicha vecindad al haber nacido en la Comunidad Valenciana, a los efectos de establecer una compensación por el uso de la vivienda.

En primer lugar debe señalarse que no puede considerarse que la hija a pesar de haber nacido en San Juan de Alicante, tenga la vecindad civil Valenciana, pues la misma no la ostentan ninguno de sus progenitores, que son de nacionalidad Italiana y Brasileña, por lo que la hija de conformidad con el art. 2 Ley 5/2011 de 1 abril la Generalitat Valenciana y relación con el art. 14 Cc no puede considerarse

se como de vecindad civil Valenciana, por lo que no procede como solicita el apelante, la aplicación de dicha legislación a los efectos de establecer una compensación por el uso y disposición de la vivienda a favor de la hija y la madre.

[...]

Hay que tener en cuenta que, por una parte, no consta que sea aplicable la Ley 5/2011 de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, puesto que no se prueba que los menores, nacidos fuera de la comunidad valenciana, hayan adquirido dicha vecindad civil.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 14 diciembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. JUR\2016\134362.

Responsabilidad parental.– Aplicación Ley Valenciana 5/2011.– Determinación de la vecindad civil.

[...]

Debemos comenzar por precisar la normativa aplicable, dado que la sentencia recurrida es contradictoria a este respecto. Ciertamente que, como dice el apelante, en dicha sentencia se comienza diciendo que no es aplicable la Ley Valenciana 5/2011, porque los hijos no ostentan la vecindad civil valenciana. Sin embargo, parece que debe tratarse de un error material, puesto que después se articula la exposición en función de lo que establece el art. 5 de dicha Ley Valenciana.

No es dudoso que es aplicable el Derecho Foral Valenciano, ya que tanto los progenitores como las hijas han nacido en Castellón (...) por lo que todos ellos tienen vecindad civil valenciana.

UNIONES EXTRAMATRIMONIALES

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. El régimen de las uniones extramatrimoniales en el Derecho interterritorial español sigue siendo fuente de una práctica intensa y no exenta de problemas. Durante el año 2015 son varias las decisiones de nuestros tribunales que se han ocupado de cuestiones vinculadas a la existencia (o no) de una unión equivalente al matrimonio, por lo que se hacía necesario determinar el régimen jurídico de esta. Tal como veremos, esta materia se encuentra condicionada por la circunstancia de que no en todos los Derechos españoles se ha regulado el régimen de las uniones de hecho; de tal manera que en el denominado Derecho civil común aún se carece de regulación positiva alguna. El legislador central, además, tampoco ha ejercido su competencia exclusiva en materia de conflictos de leyes respecto a esta materia, lo que dificulta la identificación del concreto Derecho español aplicable para determinar la existencia de una unión de hecho y, en su caso, para fijar los efectos de dicha unión.

A continuación nos ocuparemos de las decisiones que han tratado esta problemática durante el año 2015. Muchas de ellas aún se vinculan con la regulación contenida en el art. 174.3.5° LGSS, pese a que ya en el año 2014 dicho párrafo quinto fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014, de 11 de marzo. El hecho de que la mencionada decisión no previera la anulación con efectos retroactivos de dicho párrafo ha tenido como consecuencia la “supervivencia” del mismo en la jurisprudencia española todavía en el año 2015 y, probablemente, todavía seguirá siendo considerada por nuestros tribunales durante un tiempo más.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Además de las decisiones que aplican la normativa de Seguridad Social deberán considerarse también otras en las que la cuestión de la existencia de la unión de hecho es también considerada como cuestión previa en relación a la obtención de determinados beneficios [SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, 7ª 20 julio 2015, JUR\2015\192107)]. Finalmente, deberá mencionarse la STC 110/2016, de 9 junio 2016, que declara inconstitucional una parte significativa Ley Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.

2. Tal como se ha adelantado, en la mayoría de los supuestos considerados, la existencia de la unión de hecho se plantea como cuestión previa en relación a la obtención de determinados beneficios para uno de los integrantes de la pareja derivados, precisamente, de su relación con el otro conviviente. Así sucede con varias decisiones sobre cobro de pensiones de viudedad de acuerdo con lo previsto en el art. 174 LGSS y también con la ya mencionada SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 julio 2015 en relación también a derechos de viudedad, pero en este caso no según lo establecido en la normativa de SS, sino de acuerdo con el régimen de las clases pasivas, tal como veremos enseguida.

En lo que se refiere al art. 174 LGS Como es sabido, en él se prevé que en los casos de fallecimiento, quien estuviera unido al causante como pareja de hecho podrá acceder, en determinadas circunstancias, a una pensión de viudedad. El precepto, además, indica qué debe entenderse por pareja de hecho a efectos de la mencionada norma. Inicialmente se introdujo un régimen diferenciado para las comunidades autónomas con Derecho civil propio y para aquellas otras que carecían de él. En relación a estas últimas, se entendía que nos encontraríamos ante una unión de hecho cuando se hubiera establecido entre personas que no hallándose impedidas para contraer matrimonio no mantuviesen un vínculo matrimonial con otra persona y acrediten mediante el correspondiente certificado de empadronamiento una convivencia estable y notoria de duración no inferior a los cinco años. La acreditación de la existencia de la pareja debía realizarse mediante certificación de inscripción en alguno de los registros existentes o mediante documento público en que conste la constitución de la pareja. En cualquier caso, la inscripción o la formalización del documento público deberían haberse producido al menos dos años antes del fallecimiento de la persona de la que se derivaría el derecho a la pensión de viudedad.

En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en cambio, la acreditación de la existencia de la pareja de hecho debería hacerse de acuerdo con lo previsto en su Derecho civil propio. Esta remisión a los Derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas es la que fue considerada inconstitucional por la STC 40/2014 ya mencionada, de la que ya se ocupó en esta crónica M. Gardeñes Santiago ("Pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1227-1233, pp. 1228-1232).

Con independencia de las críticas que podrían realizarse a dicha decisión del TC, lo cierto es que la anulación de la mencionada remisión a los Derechos civiles autonómicos eliminaba también las dificultades que planteaba la determinación de en qué supuestos resultaba aplicable cada uno de los Derechos civiles autonómicos en materia de uniones de hecho. Determinación que resultaba especialmente compleja por carecer de normas de conflicto de leyes en la materia, lo que, evidentemente, deja abierta la puerta a una pluralidad de posibilidades y no favorece la seguridad jurídica. Ahora bien, tal como se adelantaba, pese a que la decisión del TC que anulaba esta remisión al Derecho civil autonómico es de 11 marzo 2014 más de un año después aún siguen dictándose resoluciones que aplican la versión anulada del art. 174.3º LGSS. Así lo hace, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 6 agosto 2015 (AS\2015\1526). En esta decisión el Juzgado mantiene que, pese a que el Tribunal Constitucional estableció (FJ 6 de la STC 40/2014) que la anulación surtiría efecto en relación a los nuevos procedimientos administrativos y los procesos judiciales donde aún no hubiera recaído resolución firme, aún le da aplicación al párrafo anulado en el marco de un proceso en el que, pese a haberse iniciado con anterioridad a que se hubiera dictado la sentencia del TC (la demanda se interpuso el 3 diciembre 2013, según se indica en el Antecedente de Hecho Primero) evidentemente, aún no existe resolución firme.

La aplicación del párrafo anulado, además, no resultaba indiferente, ya que en el supuesto que se analiza, sí que nos encontrábamos ante una unión de hecho de acuerdo con la normativa civil catalana que aplica el Juzgado, mientras que no debería considerarse como unión de hecho según lo previsto en

el art. 174.3.4º LGSS, el inicialmente aplicable en las Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio que tras la decisión del TC se convierte en la única regulación aplicable para determinar si el causante y el solicitante constituían una pareja de hecho. En concreto, uno de los miembros de la pareja estaba aún casado (aunque separado) con otra persona, lo que no impide según el Derecho catalán la existencia de una relación de pareja de hecho entre el causante y la persona con la que convivía; pero que sí sería un obstáculo insalvable para que pudieran ser considerados como pareja de hecho según lo establecido en el art. 174.3.4º LGSS. El Juzgado mantiene que el precepto debe ser aplicado no porque así resulte de lo establecido por el TC en su decisión, sino porque cuando se planteó la reclamación administrativa de la pensión –antes de que se hubiera dictado la STC 40/2014– debería haber sido concedida. De esta forma, considera que no sería ajustado a los principios de justicia y seguridad jurídica que se resolviera en contra de la solicitud de la demandante. Tal como veremos inmediatamente, se trata de un criterio que choca con el sistemáticamente mantenido por el TSJ de Cataluña.

En cualquier caso, en lo que se refiere a los criterios que justifican la aplicación del Derecho civil catalán, el Juzgado descansa en el hecho de que ambos cónyuges tenían vecindad civil catalana y residían en Cataluña. Estas dos circunstancias son consideradas suficientes por el Juzgador para fundamentar la proyección del Derecho civil catalán al caso sin necesidad de alegar ninguna norma de conflicto. No resulta recriminable esta ausencia, ya que, como hemos visto, no existe regla positiva dictada por el legislador estatal que resuelva en qué casos se ha de aplicar cada uno de los Derechos civiles españoles. De esta forma, la referencia a la vecindad catalana de los miembros de la pareja y a su residencia en Cataluña puede entenderse como la indicación de que estamos ante un supuesto interno catalán, lo que implicaría que la aplicación del Derecho catalán resultaría obligada por no presentar el caso conexiones relevantes con ningún otro Derecho español. En otras decisiones se ha optado por justificar la aplicación de uno u otro Derecho civil español al régimen de las parejas de hecho sobre la base de la vecindad civil de los integrantes de la misma; así en las SSTSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 15 junio 2015 (Cendoj ROJ STSJ ICAN 2307/2015, FJ 2º) y de 9 febrero 2015 (Cendoj ROJ STSJ ICAN 1835/2015, FJ 2º).

La interpretación del Juzgado de lo Social de Barcelona es absolutamente minoritaria. En el resto de sentencias de tribunales españoles que se han ocupado de esta cuestión se ha mantenido la inaplicación del art. 174.3.5º LGSS tras la Sentencia del TC de 11 marzo 2014. Así se decidió en las SSTSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 julio 2015 (AS\2015\2209, FJ 2º); de 23 septiembre 2015 (JUR\2015\293959, FJ 2º); de 25 febrero 2015 (Cendoj ROJ STSJ NA 96/2015, FJ 2º) y de 11 mayo 2015 (Cendoj ROJ STSJ NA 210/2015, FJ Único). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también ha apreciado la nulidad del art. 174.3.5º LGSS, inaplicándolo tras la declaración de inconstitucional contenida en la STC 40/2014, tanto en relación a fallecimientos ocurridos después de dicha Sentencia del TC de 11 marzo 2014 [SSTSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 15 julio 2015 (JUR\2015\230789), de 23 septiembre 2015 (JUR\2015\282279)] como anteriores a la misma [SSTSJ (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 16 junio 2015 (Cendoj, ROJ STSJ CAT 6611/2015, FJ 4º); de 22 enero 2015 (Cendoj ROJ STSJ CAT 359/2015, FJ 3º); de 23 enero 2015 (Cendoj ROJ STSJ CAT 281/2015, FJ 2º); de 30 junio 2015 (Cendoj ROJ STSJ CAT 6937/2015, FJ 3º)].

3. La existencia de una unión equivalente al matrimonio como cuestión previa para la obtención de una determinada prestación fue también considerada por la SAN 20 julio 2015 que ya ha sido mencionada en el punto 1. En este caso, sin embargo, la prestación no venía regida por la LGSS por lo que la declaración de inconstitucionalidad del art. 174.3.5º no resultaba relevante y, por tanto, el Tribunal debía decidir a partir de argumentos diferentes de los señalados en el punto anterior.

En el asunto resuelto por la mencionada Sentencia de la AN se debía interpretar el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE 27.5.1987); en concreto su art. 38.4, que regula el derecho a pensión de viudedad de “quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho”. La redacción del precepto en su versión vigente se corresponde literalmente con la del art. 174.3º LGSS, incluyendo aquí el párrafo en el que se remite a los Derechos civiles autonómicos para la determinación

de la existencia de una relación equivalente a la matrimonial. No habiéndose producido, sin embargo, declaración de inconstitucionalidad sobre este párrafo quinto del art. 38.4º RD Legislativo 670/1987, ha sido el legislador quien lo ha suprimido por medio de la Disposición Final 1.2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015 sin que en este caso, y a diferencia de lo que –como hemos visto– sucede con la declaración de inconstitucionalidad del art. 174.3.5º LGSS, no existen indicaciones sobre la regulación transitoria más allá de que la derogación tiene efectos a partir del 1 enero 2015. Ante la ausencia de estas indicaciones una aplicación retroactiva respecto a situaciones originadas con anterioridad al 1 enero 2015 no parece posible, por lo que debería ser considerada la mencionada remisión a los Derechos autonómicos al menos respecto a las reclamaciones planteadas con anterioridad a dicha fecha.

La sentencia de la AN no excluye, por tanto, la consideración del párrafo 5º del art. 38.4º RD Legislativo 670/1987; pero niega que pueda resultar relevante para el caso; aunque sin profundizar en esta exclusión (FJ 6º: “Y sin que los anteriores argumentos resulten alterados por la invocación de la citada Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco que quedó antes recogida”). Finalmente, el razonamiento se fundamenta en las diferentes exigencias recogidas en la parte actualmente vigente del art. 38.4 del mencionado RD, lo que adelanta lo que será la aplicación del precepto en el futuro, excluida ya la necesidad de considerar la pluralidad de Derechos civiles españoles para la integración de los requisitos precisos para que el integrante de una unión de hecho pueda acceder a una pensión de viudedad derivada del fallecimiento de su pareja.

4. Finalmente, tal como se ha adelantado, no puede dejar de mencionar la STC (Pleno) 110/2016, de 9 junio 2016. En la nota relativa al Derecho civil valenciano, dentro de esta crónica de Derecho interterritorial ya se ha hecho referencia a la relevancia de la Sentencia y la forma en que incide en el intento de construcción de un Derecho civil valenciano con pretensiones de globalidad. La Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas en la Comunitat Valenciana, por una parte regula cuestiones que han de ser consideradas como civiles, y por eso se hace expreso que el art. 49.1.2º del Estatuto de Autonomía de Valencia, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva para la “conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”, es base normativa de la Ley; pero por otra parte, se ocupa también de cuestiones que no han de ser calificadas como civiles. De hecho, como es sabido, no solamente las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil han promulgado normas sobre uniones equivalentes al matrimonio. También lo han hecho otras que carecen de dichas competencias con el fin de regular aspectos administrativos, relativos al registro de las parejas o el régimen de determinados beneficios para sus integrantes.

Esta capacidad de regulación de las uniones de hecho por parte de las Comunidades Autónomas sobre bases jurídicas diferentes de la competencia civil tiene el riesgo de que el legislador puede sobrepasar los límites de su competencia e incluir en la regulación cuestiones que sí han de ser calificadas como civiles. Esto no plantea, en principio, problemas en aquellas Comunidades Autónomas que sí extienden su competencia a la materia civil incluida la regulación de las uniones equivalentes al matrimonio; pero sí es fuente de dificultades en los casos en los que la Comunidad Autónoma carece de competencia civil. Así, por ejemplo, la Comunidad de Madrid se extralimitó en su regulación incluyendo normas que no podían ser calificadas más que como civiles (arts. 4 y 5 Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre), lo que condujo al TC a declarar su inconstitucionalidad en su Sentencia 81/2013, de 11 de abril; dado que, como es evidente, la Comunidad de Madrid carece de competencias en materia de Derecho civil. En el caso Ley Valenciana la invasión de competencias civiles no es un descuido, sino que, como hemos visto, es fruto de la actuación consciente del legislador, quien pretende que –como se expone en la nota relativa al Derecho civil valenciano, ya citada– la subsistencia de ciertas costumbres en relación a arrendamientos históricos en Valencia sería suficiente para, a partir de ahí, construir un Derecho civil completo.

El TC no comparte esta interpretación de la competencia en materia civil, sino que la circunscribe a aquellas materias en que se hubiera mantenido vigente una costumbre hasta la entrada en vigor de la Constitución Española (1978) que debería seguir aplicándose en el momento de promulgación de la Ley

autonómica que la convertiría en Derecho legal autonómico. Siguiendo este criterio es claro que la Comunitat Valenciana no tendría competencia en materia de uniones de hecho, pues, tal como destaca el TC en su sentencia, el propio legislador valenciano reconoce la rápida evolución de las uniones de hecho y su relevancia relativamente reciente (FJ 6º), lo que impide que la competencia regulatoria pueda basarse en la que la Comunidad Autónoma tiene en materia de Derecho civil, lo que, a su vez, implica que todas las normas de carácter civil de la Ley han de ser declarados inconstitucionales.

El resultado de lo anterior se concreta en la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 6 a 14 de la Ley, que se ocupan de los derechos y obligaciones de los miembros de la unión (efectos de la extinción de la unión de hecho no formalizada, libertad de regulación de los integrantes de la unión, gastos comunes de la unión de hecho formalizada, derecho de alimentos, disposición de la vivienda habitual, responsabilidad patrimonial, ajuar doméstico y uso de la vivienda y derechos sucesorios). La declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos también obliga a anular parte del art. 1 de la ley (en concreto aquella que indica que la ley regula “los derechos y deberes de quienes son miembros de uniones de hecho”) y el art. 2, que se ocupa de la determinación del ámbito de aplicación de la Ley teniendo en cuenta la regulación de los conflictos de leyes internos en el Derecho español. Se mantienen vigentes, sin embargo, aquellos preceptos de la ley que no han de ser considerados civiles; en concreto el régimen de constitución de la unión de hecho formalizada, las prohibiciones para constituir la unión de hecho, los supuestos de extinción y determinados efectos de la unión de Derecho público (art. 15 de la Ley).

Con esta decisión, por tanto, el Derecho valenciano pierde la regulación civil de las uniones de hecho, quedando de nuevo integrado su territorio en el régimen común en materia de uniones de hecho, sin que en relación a este punto pueda ser considerada una vecindad civil valenciana, considerándose a efectos de regulación de las uniones de hecho a quienes pudieran ostentar a otros efectos la mencionada vecindad civil como vecinos civiles comunes, vinculados a la (inexistente) regulación estatal en la materia.

5. De acuerdo con lo que hemos visto, la importancia de las uniones de hecho en el Derecho interterritorial español disminuirá en el futuro. La previsión en el art. 174.3º LGSS y 38.4º RD Legislativo 670/1987 de una remisión a los Derechos civiles autonómicos para determinar la existencia de una unión de hecho a efectos del cobro de pensiones de viudedad ha sido eliminada por obra de la STC 40/2014 y de la modificación introducida en el mencionado art. 38.4 por la Ley de Presupuestos para el año 2015. Además, la posibilidad de que la regulación valenciana en materia de uniones de hecho pudiera suponer un incremento de la práctica se ha volatilizado al haber sido declarada inconstitucional la regulación de carácter civil Ley Valenciana en la materia (Ley 5/2012).

Con carácter más general, hemos de considerar también que la importancia que adquirió la figura de las uniones de hecho a finales del siglo XX y comienzos del XXI disminuye a medida que la institución del matrimonio se abre a quienes se veían excluidos de la misma (unión entre personas del mismo sexo). Esto, unido al principio de libertad personal que puede suponer un obstáculo a una actuación del legislador en ámbitos en los que el individuo elude la formalización de unas relaciones que expresamente quiere mantener al margen del matrimonio podría conducir a un reflujo del interés por las uniones de hecho cuyas consecuencias son todavía difíciles de prever. En cualquier caso, no puede acabarse esta nota sin recordar que en tanto en cuanto existen legisladores autonómicos que han regulado la dimensión civil de estas uniones no resulta leal que el legislador estatal siga sin regular las cuestiones de DIPr en relación a esta figura. Es legítimo que el legislador central, en tanto que legislador civil de Derecho común opte por no ofrecer una regulación específica de las uniones equivalentes al matrimonio; pero esta negativa a la regulación substancial de la figura no debería impedir que sí se regulasen los conflictos de leyes en la materia, pues en relación a esta materia la competencia exclusiva del Estado ha de estar al servicio de una adecuada articulación de los diferentes Derechos españoles, articulación que está llena de dificultades cuando, pese a la existencia de una pluralidad de regulaciones en la materia, el legislador estatal sigue sin proporcionar una norma de conflicto en la materia.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 22 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Vicente Azón Vilas. Cendoj Roj STSJ CAT 359/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc, art. 174.3º LGSS, art. 234.1º CCCat.

[...]

En los motivos jurídicos se denuncia la inaplicación del art. 14.6º Cc (“Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio la normas de conflicto del Derecho español”) y por aplicación indebida de los n.ºs 2 (“Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad”) y 5 (“La vecindad civil se adquiere....”) así como la infracción por aplicación indebida del art. 174.3º LGSS e inaplicación art. 234.1º del libro segundo del CCCat (“Pareja Estable: Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública). El art. 174.3º LGSS establece que:

3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante

Conviene reseñar que en el momento de la interposición de la demanda el citado artículo tenía un quinto párrafo con el siguiente contenido: “En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica “. Pero el citado párrafo ha sido anulado por la STC 11 marzo 2014, nº 40/2014, publicada en el BOE 87/2014, de 10 abril 2014, cuya parte dispositiva acuerda “ declarar que el párrafo quinto del art. 174.3º TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6 “ (“esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”). Dicha decisión ha de ser tenida en cuenta para la resolución del presente recurso dado que en el mismo todavía no ha recaído resolución firme.

La tesis del recurso viene a ser resumidamente que debería haberse aplicado la legislación del CCCat y considerar que la demandante y el causante constituían una pareja de hecho en el momento de producirse el hecho causante. Sin embargo la sentencia del Tribunal Constitucional es contundente cuando declara nulo el párrafo que remitía a la legislación de la Comunidad Autónoma para la consideración de las parejas de hecho. Y una vez anulada dicha remisión hemos de acudir estrictamente a cuanto establece el propio art. 174.3º.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 23 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Jiménez-Asenjo Gómez. Cendoj Roj STSJ CAT 281/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS

[...]

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sentada, pone de relieve que lo que el legislador ha querido no es que el miembro superviviente de una pareja de hecho con una convivencia estable de cinco años anteriores al fallecimiento del otro pueda percibir una pensión de viudedad, sino que únicamente y exclusivamente, puedan recibirlas las parejas de hecho registradas. Aunque, en esas fechas admitía, todas aquellas las excepciones que permitan el derecho civil propio para acreditar dicha circunstancia. Y por ello, en Cataluña como venimos diciendo, esta Sala, en aplicación de los artículos CCCat citados, admitió como no puede ser de otra forma, que no era necesario acreditar el requisito de publicidad de la forma y modo que regulaba el precepto analizado, y que para ello bastaba probar por cualquier medio la simple convivencia ininterrumpida de más de dos años. Es decir, en el territorio de esta Comunidad Autónoma, se aplicaba el párrafo V del art. 174.3º TRLGSS, y en definitiva, el Derecho civil foral propio para determinar el modo y forma en que se debían cumplir dichos requisitos, y por lo tanto, se estaba otorgando pensiones de viudedad, que con la aplicación de la Ley, según la interpretación que hacía la Sala IV, nunca se tendrían que haber concedido.

Ahora bien, el TC por sentencia de 11 marzo 2014, resolviendo una cuestión de inconstitucional que fue planteada por la propia Sala IV del TS, decidió "...declarar que el párrafo quinto del art. 174.3º TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6." O dicho de otra forma, a partir de esa fecha se deja sin efecto alguno toda posibilidad de que a través de la aplicación del derecho civil propio se pueda acceder al cobro de la pensión de viudedad como pareja de hecho, si este tipo de relación no se cumple los requisitos que impone el art. 174.3º. I, II, III, y IV TRLGSS. Los efectos de la sentencia son limitados, pero únicamente y como lo ha hecho en otras ocasiones por motivos de seguridad jurídica, para los casos nuevos que se planteen en el futuro y para aquellos otros procesos sobre los que no haya recaído aún resolución firme, supuesto en el que se encuentra el caso que ahora estamos analizando.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 9 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Jesús Ramos Real. Cendoj Roj STSJ ICAN 1835/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS

[...]

Canarias por tanto no es una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio (Especial o Foral) sino que, por el contrario, está sometida a las normas del Derecho Civil Común y por ello, a efectos de la pensión de viudedad, a lo dispuesto en el art. 174.3º TRLGSS, conforme al cual la existencia de la pareja de hecho sólo podrá acreditarse mediante certificación de inscripción expedida por los Registros de parejas de hecho Autonómico o Municipal correspondiente, o mediante documento público.

En el supuesto enjuiciado, partiendo de la base de que el causante, D. Jacobo, y la actora, Dª Silvia, tenían vecindad civil en las Islas Canarias (pues tenía fijado su domicilio habitual en la localidad de Granadilla de Abona, Tenerife) y, por tanto, común y que los mismos no se inscribieron como pareja de hecho en el Registro Municipal de tales parejas creado en el Ayuntamiento de su residencia ni en el Registro Autonómico de igual clase habilitado al efecto, ni se constituyeron como tal en documento

público (no puede equipararse a ello la institución de heredero universal en testamento notarial), la previsión legislativa conduce a la denegación de la pensión de viudedad solicitada por la actora por el mero hecho de no haberse inscrito en los mismos, exigencia impuesta por el TRLGSS para merecer la consideración de pareja de hecho.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 25 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Victoriano Cubero Romeo. Cendoj Roj STSJ NA 96/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho. Derecho civil autonómico

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS

[...]

Por otro lado, la STC 11 marzo 2014 declaró la nulidad del párrafo quinto del art. 174.3º LGSS, párrafo que establecía la remisión a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio a los efectos de consideración de la pareja de hecho y su acreditación, entendiéndolo vulnerador del art. 14 CE y de la cláusula general de igualdad que, en su doctrina, se vería lesionada al consagrar por vía de esta remisión una desigualdad de trato no objetivamente justificada, razonable ni proporcionada entre parejas de hecho con residencia en Comunidades dotadas de Derecho civil propio y las residentes en otras sujetas al Derecho común. Esta objetiva desigualdad se considera injustificada en tanto que no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a la prestación por viudedad sea mayor en las Comunidades con Derecho civil propio, debiendo afirmarse que el régimen público de la Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos, razón por la que la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social constituye una norma básica cuya competencia debe corresponder al Estado.

La nulidad del párrafo quinto del art. 174.3º LGSS por estimarse el mismo inconstitucional debe considerarse claramente en este supuesto, habida cuenta de lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la eficacia de tal declaración de inconstitucionalidad respecto de los procedimientos administrativos o judiciales en que no hubiera recaído una resolución firme, pues tal aplicación es conforme con el principio de seguridad jurídica y la intangibilidad de las situaciones jurídicas reconocidas y consolidadas, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. En el caso presente, no nos encontramos ante una resolución administrativa firme, pues la misma fue impugnada dando origen al procedimiento judicial, por lo que ha de tenerse en cuenta la legislación aplicable al tiempo de la resolución del litigio, lo que comporta que estas declaraciones de inconstitucionalidad y los efectos que de las mismas se derivan han de ser valoradas y estimarse aplicables al procedimiento aquí sustanciado.

Obs.: Vid. en idéntico sentido SSTSJ Navarra, Sala de lo Social, Sección Primera, 11 mayo 2015, Cendoj Roj STSJ NA 210/2015, 29 julio 2015, AS/2015/2209 y 23 septiembre 2015, JUR/2015/293959.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 110/2016, de 9 junio 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 15.7.2016.

Uniones de hecho.– Competencia en materia civil de la Comunidad Valenciana.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8 CE.

[...]

5. De conformidad con lo expuesto, la resolución del conflicto competencial que se nos plantea queda ceñido entonces a la interpretación del art. 149.1.8 CE, que regula dos cuestiones. En primer lugar,

el presupuesto necesario para que las Comunidades Autónomas puedan asumir la competencia allí regulada, pues solamente se permite asumir esa competencia a las Comunidades Autónomas “allí donde existan” esos Derechos civiles forales o especiales; no, por tanto, a las demás. En segundo lugar, el art. 149.1.8 CE regula también la medida o alcance de esa competencia, que se define siempre por relación a ese Derecho civil foral o especial (“conservación, modificación y desarrollo” del mismo). A las dos cuestiones ha dado ya respuesta la doctrina de este Tribunal, recogida y reiterada en la STC 82/2016, de 28 de abril.

a) Sobre el aludido presupuesto para asumir la competencia, hemos declarado que con la expresión “allí donde existan” la Constitución alude a la “previa existencia” en el territorio de que se trate “de un Derecho civil propio (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3, y 81/2013, de 11 de abril, FJ 4). Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente ‘al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución’ (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o ‘a la entrada en vigor de la Constitución’ (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior” [STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 a)].

Ahora bien, “como también tuvimos ocasión de señalar precisamente en relación con la Comunidad Valenciana, ‘[el]l amplio enunciado de esta última salvedad (Derechos civiles forales o especiales) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución’” y que “tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común” (STC 121/1992, FJ 1). Y en el mismo sentido se ha pronunciado la STC 182/1992, FJ 3, aunque ésta en relación con la Comunidad Autónoma de Galicia” [STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 a)].

b) A su vez, y de manera no del todo desconectada, el art. 149.1.8 CE también define el contenido de esa competencia vinculado siempre a la “conservación, modificación y desarrollo” de ese Derecho civil foral o especial previamente existente. Sobre ello hemos razonado en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 b), con cita de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, que “los concretos términos empleados por la Constitución (‘conservación, modificación y desarrollo’) son los que ‘dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar –como después haremos– la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico’. Y esta doctrina se ha reiterado igualmente en la SSTC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1 a); y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76; y 4/2014, de 16 de enero, FJ 4 e)”.

c) De manera que, aunando ambas perspectivas, y por lo que importa a la Comunidad Valenciana, la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil, lo que nos llevó a reiterar en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 c), lo dicho en la STC 121/1992, FJ 2, acerca de los arrendamientos rústicos históricos y generalizarlo para toda institución: “la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 CE para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2º del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre”. La reforma del Estatuto de 2006, por las razones antes apuntadas, no permite modificar esta interpretación que impone la letra de la norma constitucional.

d) Finalmente, por lo que respecta a los conocidos hechos históricos que proporcionan el sustrato de legitimidad de la reivindicación y a los que continuamente apelan los escritos de los representantes de las Cortes y de la Generalitat valencianas, ya hemos dicho que tampoco permiten alterar la anterior conclusión puesto que si esas otras comunidades autónomas “han podido asumir esas competencias

más amplias [en materia de Derecho civil] es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE” [STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 d)]. Por otra parte, y como ya ha declarado este Tribunal, la igualdad de trato se garantiza solamente a “los españoles” en los arts. 14 y 139.1º CE – ambos expresamente citados en el escrito de alegaciones del letrado de la Generalitat – y ni ese Derecho es predicable de las Comunidades Autónomas ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad [STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 d)], con cita de la STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 10].

De ahí que una interpretación razonada y no arbitraria del art. 149.1.8 CE “solamente permita reiterar y no rectificar la doctrina de la STC 121/1992”, como pretenden los representantes de las Cortes y Generalitat Valencianas [STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 d)].

6. Aplicando en consecuencia al presente caso la doctrina sentada en la ya citada STC 82/2016, de 28 de abril, que a su vez remite a la STC 121/1992, resulta que la validez de la Ley objeto de ese recurso depende entonces de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley, como sucedió en el caso de la citada STC 121/1992 (arrendamientos históricos), o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero “conexa” con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial. De no poder hacerlo, la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia, como sucedió en la STC 82/2016, de 28 de abril.

La primera de esas dos posibilidades puede claramente descartarse en este caso. El propio legislador reconoce en el primer párrafo del preámbulo de la Ley recurrida que las formas de convivencia more uxorio han aparecido solamente “[e]n los últimos años”. Por lo tanto, sería inútil –como reconoce el letrado de la Generalitat en su escrito de alegaciones– buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación. En cuanto a la mención que se hace ese mismo preámbulo a la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat, por la que se regulan las uniones de hecho, como antecedente de la Ley 5/2012, esa Ley previa tampoco puede servir de cobertura a la nueva, pues también la “modificación” del Derecho civil foral o especial está sujeta al presupuesto y límite general de la preexistencia de un régimen consuetudinario sobre la institución impuesto con carácter general por la Constitución.

Durante la tramitación parlamentaria de la norma tampoco se exploró esa necesaria cobertura, y ello a pesar de que el dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana ya advertía acerca del “carácter controvertido de la competencia de la Generalitat en materia de derecho civil” y del riesgo de una posible impugnación de la Ley ante este Tribunal. Sin embargo, ninguna otra mención se hace a ese necesario presupuesto para el ejercicio de la competencia durante toda la tramitación del proyecto de Ley.

Por último, aunque las partes apuntan en sus escritos procesales alguna posible conexión con el Derecho civil foral o especial preexistente, por un lado, las referidas a las antiguas –y derogadas– normas escritas del desaparecido Reino de Valencia (Furs) que cita el Letrado de la Generalitat deben descartarse, por las razones antes apuntadas. Y por otro, las que aluden a la pervivencia de alguna norma consuetudinaria que se pretende “conexa”, como la “costumbre testamentaria de l’*une per l’altre*” o el “fideicomiso foral”, citadas por el letrado de las Cortes, también. A diferencia de lo sucedido con los arrendamientos históricos, la existencia y contenido de esas costumbres sí es aquí “dudosa” [STC 121/1992, FJ 2 a)] al no haberse acreditado ante este Tribunal. Ni la reconoce el legislador estatal, como en el caso de los arrendamientos históricos, ni la parte que afirma su existencia ha aportado tampoco prueba alguna sobre su vigencia y contenido, como le correspondía hacer de conformidad con nuestra doctrina (STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6; 121/1992, FJ 2, y 182/1992, FJ 3). No se olvide que de acuerdo con el art. 1.3º Cc, dedicado a las “fuentes del derecho”, “[l]a costumbre sólo regirá ... siempre que ... resulte probada”. Y como recuerda la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6, no es la primera vez que este Tribunal acude al título preliminar Cc para reconocer instituciones generales de nuestro ordenamiento, como la buena fe (STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2) o el fraude de ley (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8).

Así pues, y de la misma manera que apreciamos en el caso resuelto por la STC 88/1993 valorando la “conversión en Ley de un supuesto Derecho consuetudinario”, resulta que ni la Ley impugnada “pretende, en su exposición de motivos, justificarse así”, ni “la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones... puede resultar decisiva por sí sola a los efectos de lo dispuesto en el art. 149.1º.8 CE” (FJ 2). De todo ello se deriva entonces, al igual que en la STC 82/2016, de 28 de abril, la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las “uniones de hecho formalizadas”, tal y como las denomina la Ley recurrida, y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan.

7. En cuanto al alcance de esta declaración, la estimación del motivo no permite declarar la nulidad de toda la Ley, como pretende el recurrente. Este Tribunal ha admitido que las Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil puedan regular sin embargo las uniones de hecho a los efectos que consideren oportunos para el ejercicio de sus competencias (SSTC 81/2013, de 11 de abril, FFJJ 5 y 6; y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 5). En la legislación del Estado, el art. 221.2º del vigente TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (antiguo art. 174.3 del texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio), alude igualmente a los “registros específicos existentes en las comunidades autónomas” para acreditar la condición de pareja de hecho. Y el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana de 2006 también reconoce la competencia de la Generalitat Valenciana para la defensa y promoción de “los derechos sociales de los valencianos” (art. 10.1º) mencionando específicamente entre ellos “los derechos de las situaciones de unión legalizadas” (art. 10.3º). El Abogado del Estado, por su parte, reconoce igualmente que el art. 15 de la Ley no tiene naturaleza civil, pues dirige contra él denuncias de invasión competencial diferentes vinculadas a los nºs 7, 13, 17 y 18 del art. 149.1º CE, según ha quedado expuesto en el antecedente primero de esta resolución. En consecuencia, el carácter indisponible e irrenunciable de las competencias tanto estatales como autonómicas obliga a comprobar uno a uno el contenido de los preceptos de la Ley para restringir la declaración de nulidad, por este motivo, solamente de los que tengan carácter civil.

a) Tienen esta naturaleza, por regular derechos y obligaciones de los miembros de la unión de hecho formalizada según lo expuesto más arriba en el fundamento jurídico tercero, los siguientes artículos de la Ley: el art. 6, que bajo la rúbrica “efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada” dispone en tal caso la “revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro”; el art. 7, que establece la “libertad de regulación” de las “relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia”; el art. 8 (“gastos comunes de la unión de hecho formalizada”); el art. 9, que regula el “derecho de alimentos” entre los convivientes; el art. 10 (“disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho”); el art. 11 (“responsabilidad patrimonial”); el art. 12, que regula el destino del “ajuar doméstico y uso de la vivienda” tras el fallecimiento de uno de los convivientes; el art. 13 (“representación legal de la persona conviviente”); y el art. 14 (“derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta”). Todos estos preceptos, al contener normas para las que la Comunidad Valenciana no ostenta competencia, son inconstitucionales y deben ser declarados nulos.

El art. 2, que regula el “ámbito de aplicación” de la Ley haciéndolo depender de la “vecindad civil” de “las partes”, debe ser igualmente anulado, pues una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al “principio de territorialidad de las competencias” que este Tribunal ha declarado “implícito al propio sistema de autonomías territoriales” [por todas, STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 7 b)] y que recoge expresamente el art. 7.2º EAV/2006. Conforme a este principio, la aplicación de las normas de la Generalitat debe limitarse a su propio ámbito territorial [art. 7.2º EAV/2006, ya citado, y STC 126/2002, de 20 de mayo, FJ 9 a)], de suerte que “[s]i la actuación de órganos de la Comunidad Autónoma implica ejercicio del poder político sobre situaciones o sujetos situados fuera de su ámbito territorial de competencias, ciertamente ello representará una actuación ultra vires” (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 10). De este principio general de territorialidad se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2º EAV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta “con independencia de donde se resida”, en expresión del art. 3.4º EAV/2006, al que remite el citado art. 2 de la Ley 5/2012, y

de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 ss). Pero como ya se ha dicho, una vez anuladas las normas civiles de la Ley 5/2012, el resto de normas de distinta naturaleza de esta Ley que puedan pervivir deben regirse por el mencionado principio de territorialidad (art. 7.2º EAV/2006). En consecuencia, debe anularse también el art. 2 por este motivo.

b) En cuanto a los demás preceptos de la Ley, el art. 1 solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la Ley. Y los arts. 3, 4 y 5 no regulan las relaciones de la pareja, simplemente definen lo que la Comunidad Autónoma entiende por unión de hecho en legítimo ejercicio de sus competencias y establecen un registro para su publicidad y constancia, lo cual tampoco infringe el art. 149.1.8 CE.

Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 15 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Jesús Ramos Real. Cendoj Roj STSJ ICAN 2307/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

El artículo referido, por tanto, contempla por separado dos cuestiones distintas, por un lado la convivencia more uxorio, cuya existencia y duración se acreditará mediante el certificado de empadronamiento correspondiente y por otro la existencia de pareja de hecho, que se constituirá indefectiblemente y se acreditará mediante la inscripción en los registros antes referidos o por el otorgamiento de documento público al efecto.

Es por ello que para determinar el concepto de pareja de hecho se ha de estar a la noción que cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio establezca en su legislación específica. Se entiende por tales aquellas que conforme a sus Estatutos de Autonomía ostentan la competencia sobre su Derecho civil propio conforme a lo dispuesto en el art. 149.1º, ap. 8º CE, es decir Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares, sin incluir aquellas que, sin tener Derecho Civil propio, han legislado sobre esta figura, como ha hecho la Comunidad Autónoma Canaria con la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Canarias por tanto no es una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio (Especial o Foral) sino que, por el contrario, está sometida a las normas del Derecho civil común y por ello, a efectos de la pensión de viudedad, a lo dispuesto en el art. 174.3º TRLGSS, conforme al cual la existencia de la pareja de hecho sólo podrá acreditarse mediante certificación de inscripción expedida por los Registros de parejas de hecho Autonómico o Municipal correspondiente, o mediante documento público.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 16 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos. Cendoj Roj STSJ CAT 6611/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

Se considerará pareja de hecho “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una conviven-

cia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mención a la inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

A este cuarto apartado de la Ley (al que expresamente se remite la 40/2007) sigue un último párrafo según el cual “En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”; párrafo que ha sido declarado “inconstitucional y nulo” por “vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE” en la reciente STC 11 marzo 2014.

Así las cosas, la convivencia constituye una condición necesaria pero no suficiente para lucrar una prestación que la norma asocia también al hecho de que la beneficiaria hubiera mantenido la misma (de forma ininterrumpida), “ como pareja de hecho en los términos establecidos” en la norma; esto es, mediante la “inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”. Tasados medios de prueba que no pueden hacerse extensivos –en aplicación de la sentencia que se cita en nuestro Tribunal Constitucional– a aquellos otros que pudieran establecer las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como lo es el expresado– en el caso que nos ocupa– bien por la Ley 9/1998, de uniones estables de pareja de hecho o la posterior 3/2005.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 30 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Vicente Azón Vilas. Cendoj Roj STSJ CAT 6937/2015.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

Conviene reseñar que en el momento del fallecimiento del hipotético causante el citado artículo tenía un quinto párrafo con el siguiente contenido: “En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. Pero el citado párrafo ha sido anulado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 11-3-2014, nº 40/2014, publicada en el BOE 87/2014, de 10 abril 2014, cuya parte dispositiva acuerda “declarar que el párrafo quinto del art. 174.3º TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el FJ 6” (“esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”). Dicha decisión ha de ser tenida en cuenta para la resolución del presente recurso dado que en el mismo todavía no ha recaído resolución firme.

Podríamos pensar que debería haberse aplicado la legislación del CCCat y considerar que la demandante y el causante constituían una pareja de hecho en el momento de producirse el hecho causante. Sin embargo la sentencia del Tribunal Constitucional es contundente cuando declara nulo el párrafo que remitía a la legislación de la Comunidad Autónoma para la consideración de las parejas de hecho. Y una vez anulada dicha remisión hemos de acudir estrictamente a cuanto establece el propio art. 174.3º.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 15 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos. JUR\2015\230789.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

Se considerará pareja de hecho “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

A este cuarto apartado de la Ley (al que expresamente se remite la 40/2007) sigue un último párrafo según el cual “En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”; párrafo que ha sido declarado “inconstitucional y nulo” por “vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE “ en la reciente STC 11 marzo 2014 .

Así las cosas, la convivencia (probada en los términos que resultan de aquel incombato particular fáctico) constituye una condición necesaria pero no suficiente para lucrar una prestación que la norma asocia también al hecho de que la beneficiaria hubiera mantenido la misma (de forma ininterrumpida), “como pareja de hecho en los términos establecidos” en la norma; esto es, mediante la “inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja “. Tasados medios de prueba que no pueden hacerse extensivos –en aplicación de la sentencia que se cita de nuestro TC– a aquellos otros que pudieran establecer las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como lo es el expresado –en el caso que nos ocupa– bien por la Ley 9/1998 del Código de Familia, la 10/1998, de uniones estables de pareja de hecho o la posterior 3/2005.

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 20 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Arozamena Laso. JUR\2015\192107.

Clases pasivas.– Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Irrelevancia de la vecindad civil de los integrantes de la pareja.

Normas aplicadas: Art. 38.4º RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

[...]

Pues bien, en el presente caso no concurre el requisito cuarto necesario a los efectos en debate, que se refiere a la indispensable inscripción de la pareja en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, con dos años de antelación al fallecimiento.

Y aún si aceptásemos que existía pareja de hecho y que la misma según los certificados patronales refleja esa convivencia lo cierto es que el reseñado requisito es insoslayable y la Sala no puede decidir al margen del mismo, como hemos dicho reiteradamente (entre las más recientes, Sentencia de 15 junio

2015 – recurso 333/14 –). Y sin que ello suponga evidentemente vulneración alguna del art. 1218 Cc sobre los documentos públicos pues la Administración entiende, correctamente, que no se cumple el requisito del transcurso del plazo de dos años desde la formalización del documento público hasta la fecha de fallecimiento del causante, no el hecho de que se haya constituido la pareja de hecho, lo que no se discute.

Como hemos dicho en ocasiones precedentes, no se discute la existencia de la pareja de hecho, sino el incumplimiento del requisito del art. 38.4º de la normativa estatal que exige la inscripción en el Registro correspondiente, o la existencia de documento público en el que conste la constitución de la pareja formalizado con la misma antelación de dos años, al menos, al fallecimiento del causante.

Y sin que los anteriores argumentos resulten alterados por la invocación de la citada Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco que quedó antes recogida.

Por lo que, por imperativo legal de la normativa transcrita, que no ha sido declarada discriminatoria en ninguno de sus preceptos por el TC, no es posible acceder a la pretensión deducida por el recurrente, a pesar de los esfuerzos argumentales desplegados por la misma, procediendo en consecuencia y de forma ineludible la desestimación del presente recurso, previa confirmación de las resoluciones administrativas impugnadas.

Juzgado de lo Social de Barcelona, Sentencia de 6 agosto 2015. Ponente: Sr. D. Carlos Escribano Vindel. AS/2015/1526.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho.– Derecho civil autonómico

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

La reforma de la LGSS operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha introducido la posibilidad de reconocer el derecho a la prestación de al efecto el art. 174.

En concreto, su ap. 3º dispone: “Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la

formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

Al amparo de este artículo, y antes de que se dictara la STC nº 40/2014, de fecha 11 marzo 2014, que luego analizaremos, la actora solicitó la prestación, siéndole denegada por resolución de fecha 25 junio 2012.

No obstante, se trataba de una resolución, a criterio de este juzgador, errada, no pudiendo compararse ninguno de los motivos esgrimidos para denegar la prestación.

Así, se cumplía el requisito económico, pues teniendo una hija en común, los ingresos de la actora en el año natural anterior al fallecimiento del causante (2011), 15.231,58 euros, eran inferiores a los del causante, 19.184,35 euros; y, por tanto, inferiores al 50% de la suma de ambos.

Por otro lado, acreditado ha sido el estado civil de soltero del causante. Y ni la falta de constitución formal como pareja de hecho ni el mantenimiento de vínculo matrimonial de la demandante eran obstáculos para considerar la existencia de una pareja de hecho con el causante, con arreglo a la regulación del Derecho civil de Catalunya, al que se remitía el último párrafo del art. 174.3º.

Así, el requisito de la constitución formal de la pareja de hecho, mediante inscripción en el correspondiente registro u otorgamiento de escritura pública, con una antelación mínima de dos años al fallecimiento del causante, debía haberse obviado, pues ni en la actualidad el art. 234.1º CCCat (Libro 2º, aprobado por la Llei del Parlament de Catalunya 25/2010, ni antes los art. 1 y 2 de la Ley de Uniones Estables de Parejas de Catalunya (Llei del Parlament de Catalunya 10/1998, exigen aquellos requisitos formales, pudiendo acreditarse la unión por cualquier otro medio admitido en derecho.

Por otro lado, cierto es que la circunstancia de que la demandante se encontrara legalmente separada, no divorciada, de D. Carmelo, impedía, según la redacción literal del cuarto párrafo del art. 174.3º LGSS, que la relación con el causante pudiera ser considerada como pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la prestación de viudedad. Efectivamente, el precepto legal excluye expresamente a quienes mantengan vínculo matrimonial con otra persona, lo que además constituiría un impedimento absoluto para contraer matrimonio.

Y en el mismo sentido se pronunciaba el art. 1 de la Ley de Uniones Estables de Parejas de Catalunya, impidiendo la consideración como integrante de una pareja de hecho a quién mantuviera vínculo matrimonial con otra persona.

No obstante, el CCCat supuso una importante innovación en la materia, pues con arreglo a lo dispuesto en el art. 234.2º.c las personas casadas sí pueden formar una pareja estable con otra persona siempre que estuvieran separadas de hecho de su cónyuge (con mayor razón si están separadas judicialmente, pues en tal caso cesa incluso la presunción de convivencia). Así las cosas, remitiéndose entonces el último párrafo del art. 174.3º LGSS a la legislación civil autonómica, y vínculo matrimonial previo con otra persona, siempre que al menos hubiera mediado separación de hecho, hemos de considerar que a los efectos de que a la demandante le hubiera sido reconocida la prestación de viudedad, ella y el Sr. Guerrero Asensio constituían una pareja de hecho, pues reunían los requisitos del art. 234.1º CCCat (convivencia durante más de dos años ininterrumpidos, o existencia de descendencia común).

Y aplicable era el CCCat pues ambos, tanto la demandante como el causante, tenían vecindad civil catalana (residían en Catalunya al menos desde el año 1991 sin que conste que hubieran expresado la voluntad de mantener su vecindad civil anterior, art. 14.5.2º Cc), y la pareja tuvo su residencia en Catalunya.

En definitiva, la demandante y el causante eran pareja de hecho a todos los efectos, según la normativa entonces vigente. Y la actora cumplía el requisito económico para acceder a la prestación de viudedad.

Debería haber impugnado judicialmente la resolución que en un primer momento denegó la prestación.

En lugar de ello, lo que hizo fue instar su divorcio, aunque, como acabamos de ver, la persistencia del vínculo matrimonial no justificaba la denegación de la pensión.

Con posterioridad, una vez obtenido el divorcio, volvió a solicitar la prestación, dando lugar a la resolución ahora impugnada. Y nuevamente se denegó la prestación; otra vez de forma errónea.

Así las cosas, el 3 diciembre 2013 la actora presentó la demanda rectora de este proceso, aunque, sorprendentemente, pese a estar jurídicamente asesorada, no invocó el CCCat sino una interpretación flexible del art. 174.3º LGSS.

Y, como ya hemos indicado, la demandante acreditaba los requisitos para acceder a la prestación, por lo que, con independencia de su deficiente fundamentación jurídica, su demanda estaba llamada al éxito.

El problema es que la tramitación de este proceso se ha dilatado excesivamente, no señalándose para la celebración del juicio, hasta julio de 2015, más de año y medio después de presentada la demanda, como consecuencia de la disparatada carga de trabajo que grava a los Juzgados de lo Social.

Y durante la tramitación de este proceso, el día 11 marzo 2014, a los tres meses de presentarse la demanda, se dictó la STC 40/2014 antes comentada. Sentencia que declaró inconstitucional el último párrafo del art. 174.3º, que se remitía a los Derechos Civiles Forales, como el de Catalunya, por estimar que con ello se quebrantaba un esencial principio de igualdad en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

Y, como hemos visto, la pretensión de la actora únicamente puede acogerse si aplicamos el CCCat; pues, en caso contrario, la denegación es inevitable, pues el cuarto párrafo del art. 174.3º LGSS expresamente impedía considerar pareja de hecho a quienes mantuvieran vínculo matrimonial con otra persona. Expresión tajante, clara y precisa que impide acoger interpretaciones flexibles como la postulada en la demanda.

Por tanto, para resolver el litigio hemos de estudiar si a la demandante le son predicables los efectos de la STC 40/2014, que expulsó de nuestro Ordenamiento Jurídico el último párrafo del art. 174.3º LGSS.

[...]

Sin embargo, ya hemos visto que el propio TC admite la modulación temporal de los efectos de sus pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de las normas, y consiguiente nulidad de las mismas. Siempre en base al principio de seguridad jurídica, y tomando como criterio general el respeto de la firmeza de las resoluciones judiciales y administrativas.

Doctrinalmente se ha calificado al TC como el Legislador Negativo, considerando que sus resoluciones venían a innovar el Ordenamiento Jurídico, expulsando del mismo las normas con fuerza de ley contrarias a la Constitución (CE).

Con arreglo a esta concepción deberían preservarse los derechos y legítimos intereses de quienes en todo momento han ajustado su comportamiento al Ordenamiento Jurídico en cada momento vigente. Y éste es el caso de la actora.

Puede que sin ser consciente de ello, pero desde la entrada en vigor del Libro 2º del CCCat, el 1 enero 2011 (disposición final 5ª de la Llei 25/2010), la demandante y el causante eran pareja de hecho, y estaban adecuadamente protegidos, a los efectos de poder acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social para el caso de fallecimiento de uno de ellos.

No era necesario que la actora instara la disolución de su anterior matrimonio. Ni tampoco el acceso a algún registro de parejas de hechos; por otro lado, inexistentes en Catalunya, por su carácter superfluo e innecesario (la propia ciudad de Barcelona suprimió el creado en el año 1994 por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ajuntament de fecha 21 diciembre 2011, precisamente por constatar su inutilidad, habida cuenta la regulación de la materia en el Derecho civil catalán).

No era previsible, tampoco, que la remisión del último párrafo del art. 174.3º LGSS fuera a ser declarada inconstitucional. Y este vicio tampoco sería tan evidente cuando la propia STC 40/2014 contó con un voto particular discrepante suscrito por dos magistrados.

[...]

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 23 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos. JUR\2015\282279.

Pensión de viudedad.– Unión de hecho. Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: Art. 174.3º LGSS.

[...]

Por tanto, ostentando los dos miembros de la pareja la vecindad catalana, la exigencia formal se puede acreditar por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho; además, cabe puntualizar, que con la entrada en vigor la Ley 20/2010, ya no es de aplicación la Ley 10/1998, citada, sino el Libro II, capítulo IV, arts. 234 ss CCCat, donde, si cabe se clarifica, aún más, la forma de probar la existencia de una pareja estable, y con este fin se establece, por un lado, que basta acreditar, entendiéndose, por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho, la simple e ininterrumpida convivencia durante dos años (art. 234.1º), y por otro, en el caso de hubieren nacido hijos de la relación ni siquiera hay que acreditar ningún periodo de convivencia (art. 234.2º), como tampoco se exigirá ningún periodo mínimo de convivencia cuando dicha relación se hubiere formalizado a través de una escritura pública (art. 234.3º).

Es evidente (se añade, con la derivada jurídica trascendencia) que la interpretación referida se funda en la previsión del ap. 5º del art. 174.3º LGSS, sobre la posibilidad de acreditación de la existencia de pareja de hecho conforme a la normativa de Derecho civil propio en las Comunidades Autónomas que dispongan del mismo, aplicabilidad que (como ya anteriormente enunciamos) debe descartarse a partir de la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1º.17 CE, del mencionado precepto, señalando que la norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas”; al tiempo que se advierte por el Tribunal Constitucional “que el párrafo quinto del art. 174.3º LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer con el más exquisito respeto al principio de igualdad los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Lo contrario, conducía al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE (FJ 5)”; para concluir afirmando que “no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho”.

Así las cosas, la exigencia de inscripción en alguno de los registros específicos existentes o su formalización mediante documento público es aplicable a todos los territorios del Estado, conforme al art. 174.3º.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y DERECHO INTERTERRITORIAL

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. La práctica española en materia de Derecho interterritorial es fuente recurrente de problemas vinculados a las dificultades de aplicación de las normas de conflicto en la materia. Algunos de ellos son recurrentes en esta crónica de Derecho interterritorial desde hace años; así por ejemplo, lo relativo a la prueba de la vecindad civil y las dificultades para su concreción, sobre lo que ya nos extendimos en la crónica correspondiente al t. XIII del *AEDIPr* (“La determinación de la vecindad civil: el talón de Aquiles del sistema español de Derecho interterritorial”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1174–1178 y que sigue manifestándose como un problema (*vid.* AAP Barcelona 12ª 2 diciembre 2016, JUR\2016\20920, FJ 3º) y SAP Valencia 7ª 18 septiembre 2015, JUR\2016\1641, FJ 4º), entre otras, sin que falte, incluso la confusión entre la vecindad civil y la vecindad administrativa, tal como se plantea (y se resuelve) en la STSJ de Extremadura C–A 1ª 21 abril 2015, Cendoj ROJ STSJ EXT 544/2015, FJ 2º). No insistiremos aquí, sin embargo, en la conveniencia de fijar un régimen de constancia registral de la vecindad civil que evite los permanentes debates sobre la que tienen los intervinientes en los conflictos jurídicos conectados con más de un Derecho civil español y confiamos en que en algún momento el legislador se decida a abordar la necesaria reforma de la regulación de la vecindad civil.

2. Más allá de los tradicionales problemas relacionados con la prueba y determinación de la vecindad civil, conviene prestar atención a la forma en que los tribunales españoles abordan la articulación de los conflictos internos e internacionales. Se trata de una cuestión que adquiere cada vez mayor relevancia y en la que existen algunas dificultades que deben ser consideradas.

En las decisiones que hemos considerado este problema se plantea en las SSAP Barcelona 12ª 1 julio 2015, JUR\2015\1437, y 23 julio 2015, JUR\2015\232877. En la SAP de Barcelona de 1 de julio nos encontrábamos ante una acción de reclamación de filiación en la que ante las dudas sobre la nacionalidad del hijo, y en aplicación del art. 9.4º Cc el juzgador opta por aplicar la ley española sobre la base de la residencia en España del hijo. Una vez determinada la aplicación del Derecho español, y ante la evidencia de que son varios los Derechos civiles que conviven en España y regulan las cuestiones de filiación, el juzgador opta por aplicar el Derecho catalán con base en el principio de territorialidad (“Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2º Cc español y en lo que dispone el art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas Cc de esta Comunidad Autónoma”). La opción no está libre de críticas, pues lo que exige nuestro sistema de Derecho interterritorial es que la determinación del Derecho español aplicable se realice a partir de lo que establecen las normas de conflicto del Derecho español, que en este caso identificarían sin dificultad el Derecho catalán al encontrarse en dicha Comunidad Autónoma la residencia del hijo. La referencia al principio de territorialidad es especialmente perturbadora por mezclarse con la pretensión de una obligación especial de aplicación del Derecho catalán por parte de los tribunales con sede en la Comunidad Autónoma, pretensión de la que ya nos hemos ocupado en anteriores crónicas (*vid.* A. Font i Segura, “Territorialidad y extraterritorialidad en la aplicación de los Derechos civiles españoles”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1145–1148). La SAP Barcelona 12ª 23 julio 2015 mantiene el mismo criterio de territorialidad en la concreción del Derecho español aplicable, en este caso en un supuesto de crisis matrimoniales (“Por otra parte y al coexistir en el territorio español diversas legislaciones sobre los efectos de la ruptura conyugal, en virtud del principio de territorialidad del art. 13.2º Cc, las normas aplicables son las del CCCat”).

En este caso el error de la AP de Barcelona es más grave que en el supuesto resuelto por la Sentencia de 1 julio 2015, ya que en este caso la identificación del Derecho aplicable se hace a partir de lo estable-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

cido en el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.12.2012). Este Reglamento incluye reglas sobre la forma en que ha de identificarse el Derecho designado por el Reglamento en los Estados plurilegislativos. En concreto, se aclara que toda referencia a la residencia habitual en un Estado deberá entenderse hecha a la residencia habitual en la unidad territorial con Derecho específico en materia de crisis matrimoniales (art. 14 del Reglamento). Según esto, por tanto, dado que la aplicación del Derecho español se deriva de la residencia en España de los cónyuges, bastaría identificar el concreto territorio de residencia en España de éstos para concretar el Derecho español aplicable. Dado que esta residencia está fijada en Cataluña, tal como se indica en el FJ 2º, la aplicación del Derecho catalán como aplicable podría hacerse de forma correcta sin grandes dificultades. Extraña, por tanto, que obviando lo anterior se haya optado por el recurso directo a la territorialidad de la norma, que no encuentra acomodo en la regulación que debería ser considerada, el Reglamento 1259/2010.

Se aprecia también una resolución incorrecta de este problema en las SSAP Valencia 10ª 1 de junio y de 21 octubre 2015 (*vid.* la nota referida al Derecho civil valenciano dentro de esta misma crónica) ya que en ellas se opta por aplicar directamente el Derecho común a partir de la remisión del art. 15 del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores al Derecho de la autoridad que se encuentra conociendo, desconociendo así que todos los Derechos españoles son propios de los tribunales españoles como consecuencia de la unidad de jurisdicción propia de nuestro sistema.

Se aproxima a una solución correcta a la determinación del Derecho español aplicable en un supuesto conectado con varios ordenamientos, también extranjeros, en la SAP Castellón 2ª 6 febrero 2015 (Cendoj Roj SAP CS 248/2015), recurriendo al art. 14.3º Cc para la concreción de dicho Derecho una vez determinado por la norma de conflicto que entiende aplicable que la ley que ha de regir el asunto es la española, si bien se queda en la regulación sobre adquisición de vecindad civil sin considerar las normas de conflicto que podrían resultar aplicables.

Deberemos, por tanto, estar atentos a la evolución de esta jurisprudencia que desplaza la aplicación de las normas de conflicto del DIPr español por el principio de territorialidad sin aparente justificación y, además, en supuestos en los que la utilización de la norma de conflicto conduciría igualmente a una fácil identificación del Derecho español aplicable.

3. Los problemas de calificación también están presentes en la práctica jurídica interterritorial. En este sentido resulta especialmente interesante la SAP Barcelona 7ª 18 septiembre 2015 (JUR\2015\275725). Se trata de una sentencia penal en la que se juzgaba un presunto abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones alimenticias. En el marco de este procedimiento se plantea la prescripción de las pensiones no satisfechas y el Tribunal mantiene que más allá de la regulación civil en la que la prescripción sería de tres o cinco años en función de la vecindad civil de las partes ha de ser considerada la regulación penal que fija la prescripción en los tres años (FJ 3º).

Ciertamente, la afirmación del Tribunal no deja de ser un *obiter dicta*, pero debe destacarse pues es más que dudoso que la prescripción venga determinada por la vecindad civil de las partes. Como es sabido, las diferencias entre la regulación sobre prescripción civil en el Derecho catalán y en el denominado común son fuente constante de problemas, debatiéndose sobre si la normativa catalana resultará aplicable tan solo en aquellos casos en los que la institución a la que se refiere la prescripción está regida por el Derecho catalán o, por el contrario, podría aplicarse a otros supuestos. Probablemente lo más acertado es realizar una calificación material de la prescripción, lo que implicaría que sería el Derecho aplicable al fondo del asunto el que determinaría el plazo de prescripción. Al menos en el Derecho interterritorial no parece posible otra solución dado que una calificación *ex lege fori* sería inútil dado que todos los tribunales españoles se integran en la misma organización jurisdiccional.

También se plantean problemas de calificación en la SAP Soria 1ª 27 noviembre 2015, JUR\2016\8634. En ella se discutía sobre la existencia de una comunidad de bienes sobre determinado mobiliario adquirido por dos personas que, quizá, integraban una pareja de hecho aunque tal extremo es considerado irrelevante por la Sentencia. Dado que los bienes a los que se refiere el litigio se ubican en Soria, pero

uno de los copropietarios es de vecindad vizcaína se plantea el Derecho aplicable al caso, cuestión que es resuelta por el juzgador a favor del Derecho común sin hacer referencia a ninguna norma, pero basándose en que la copropiedad se originó en territorio de derecho civil común (FJ 3º). Hubiera sido, quizás, conveniente que esta afirmación se hubiera enriquecido con la mención del art. 10.1º Cc, que es la norma que establece que en materia de derechos reales deberá aplicarse el Derecho del lugar en el que se encuentra el bien. En el caso concreto, además, nos encontramos con que se debate no solamente sobre la titularidad de los bienes, sino también respecto a las obligaciones contraídas para su adquisición, lo que hubiera exigido enriquecer la argumentación con la consideración del Derecho aplicable en materia de obligaciones. El resultado no se hubiera apartado de aquel al que llega el Tribunal, dado que en esta materia, al no existir ley personal común entre el deudor y el acreedor resultaría finalmente aplicable el Derecho de la residencia habitual común de ambos y en defecto de éste el del lugar de celebración del contrato (art. 10.5º Cc), lo que conduciría también al Derecho civil común.

4. En definitiva, junto a los tradicionales problemas en lo que se refiere a la determinación de la vecindad civil, se observa que los tribunales españoles no aciertan a resolver de manera correcta los problemas derivados de la determinación del Derecho español aplicable en supuestos que presentan también conexiones con ordenamientos extranjeros. Debe insistirse en la necesidad de considerar las previsiones de los instrumentos internacionales en la materia y en ausencia de éstas lo indicado por las normas de conflicto del DIPr español. En el caso de la dimensión interna del sistema español de DIPr las cuestiones de calificación presentan las mismas dificultades que en la dimensión externa del sistema aunque en ocasiones –tal como hemos visto– las deficiencias técnicas en que pueda incurrir el juzgador no conducirán a un resultado final equivocado.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Sentencia de 21 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Concepción Méndez Canseco. Cendoj Roj: STSJ EXT 544/2015.

Confusión entre vecindad civil y vecindad administrativa.

Normas aplicadas: Ley Extremeña 5/2003, de 20 de marzo.

[...]

Aceptamos íntegramente los razonamientos del juzgador. En síntesis, el registro municipal de Cáceres de parejas de hecho, ha acordado de oficio la cancelación de la inscripción de la unión del apelante en base a que no mantiene su residencia en Extremadura.

Tal y como afirma el juzgador el Reglamento para la inscripción de parejas de hecho, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 23 septiembre 2009, no contempla el supuesto de mantenimiento de la residencia para el mantenimiento de la inscripción, aunque va de suyo habida cuenta que es requisito para llevar a cabo la inscripción, acreditar la situación de empadronamiento. Ello deriva de la propia regulación legal autonómica, Ley 5/2003 que afirma que la misma será de aplicación a las parejas de hecho en las que al menos uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Se está utilizando el concepto de vecindad administrativa y no el de vecindad civil. La vecindad civil indica el Derecho civil que se le aplica al individuo en cuestión. En principio podría pensarse que la vecindad civil viene dada por el hecho de residir en uno u otro lugar. Sin embargo, la vecindad civil no requiere la residencia efectiva en un determinado lugar. En realidad se basa en la voluntariedad en la aplicación del sistema o subsistema civil de que se trate, y es independiente totalmente de la vecindad administrativa propiamente dicha o por encontrarse empadronado en un determinado municipio. Sin embargo la vecindad en un determinado territorio tiene un carácter eminentemente administrativo, y podrá determinar la sujeción del vecino en esa comunidad, a unas leyes que se han dictado en esa comunidad, pero le basta salir de ella para quedar desligado absolutamente de las normas de esa

comunidad. La vecindad administrativa se establece exclusivamente en relación a la residencia de una persona de manera habitual en un municipio, y determina la condición de ciudadano de una Comunidad Autónoma, con los derechos que le corresponden en dicha calidad. Esta es la vecindad que utiliza la norma, a la que se acogió precisamente el apelante la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dado el citado empadronamiento en la ciudad de Cáceres.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 1 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. AC\2015\1437.

Determinación del Derecho español aplicable.– Aplicación del Derecho catalán sobre la base del principio de territorialidad

Normas aplicadas: Art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 13.2º Cc.

[...]

Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2ª Cc español y en lo que dispone el art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas Cc de esta Comunidad Autónoma. En concreto es de aplicación la normativa recogida en la Sección I del Capítulo V del Título III del Libro II del CCCat.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 23 julio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR\2015\232877.

Determinación del Derecho español aplicable.– Efectos del divorcio.– Aplicación del Derecho catalán sobre la base del principio de territorialidad.

Normas aplicadas: Art. 4 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 13.2º Cc,

[...]

Por lo que se refiere a la ley aplicable al divorcio y a los efectos de tal declaración, es también la ley española puesto que el Reglamento (UE) 1259/2010 ha modificado las reglas relativas a la ley aplicable a la separación y al divorcio y ha establecido con carácter prioritario la aplicación de la ley de la residencia habitual, incluso respecto a ciudadanos de nacionalidad extracomunitaria, en virtud del principio de eficacia erga omnes del art. 4 del referido instrumento.

Por otra parte y al coexistir en el territorio español diversas legislaciones sobre los efectos de la ruptura conyugal, en virtud del principio de territorialidad del art. 13.2º Cc, las normas aplicables son las del CCCat.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015. Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Carmen Escrig Orenga. JUR\2016\1641.

Prueba de la vecindad civil.– Vecindad valenciana.

[...]

Cómo tercer motivo de su recurso invoca la incongruencia extra petita respecto del pronunciamiento sobre la vecindad civil de los causantes, afirmando que tanto el actor como el demandado sostienen que la sucesión ha de regirse por la vecindad aragonesa.

El motivo debe desestimarse porque el demandante tanto en su escrito de demanda como en los posteriores sostiene que sus padres, al tiempo de su fallecimiento ostentaban la vecindad civil valenciana, criterio que recoge la sentencia de instancia y que compartimos plenamente, puesto que siendo cierto que nacieron y contrajeron matrimonio bajo el régimen foral Aragonés, residían en la Comunidad Valenciana desde 1975, fecha en la que adquirieron la vivienda en la ciudad de Puerto de Sagunto, según consta en el certificado del Registro de la Propiedad, en la certificación registral de la finca ..., del Puerto de Sagunto.

Además, debemos destacar el contenido de los siguientes documentos:

Tanto don Carlos María como D^a Carmela, al otorgar sus respectivos testamentos, el día 1 abril 1987, indicaron que su residencia radicaba en Puerto de Sagunto, y no hicieron precisión alguna sobre su vecindad civil aragonesa (...).

En la escritura de compraventa suscrita entre los causantes y el demandado y su esposa, que comprende los dos inmuebles objeto de la controversia, unida al folio 132, y suscrita el día 23 abril 2005, se hace constar expresamente que los padres ostentan la vecindad valenciana.

En el único documento en el que se alude, no a la vecindad civil, sino al régimen legal de su matrimonio, es en la escritura de aportación al patrimonio a favor de D^a Carmela y don Carlos María, del 10 abril 2001, (...), donde igualmente se precisa que tienen su residencia en el Puerto de Sagunto.

Así pues consta que los demandados residieron en el Puerto de Sagunto desde 1975, haciendo declaración expresa en tal sentido en sus respectivos testamentos, otorgados el día 1 abril 1987. No existe ninguna declaración en contrario, y su condición de vecindad civil valenciana consta manifestada por los padres, en la escritura de compraventa de los inmuebles a su hijo Ildefonso el día 23 abril 2005.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, Sentencia de 18 septiembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Díez Noval. JUR/2015/275725.

Calificación.– Prescripción a efectos penales.– Prescripción a efectos civiles: aplicación de la determinada por la vecindad civil

Normas aplicadas: Art. 227.1º CP, art. 1966 Cc, arts. 121 y 122 CCCat.

[...]

La diferente naturaleza de las acciones civiles y penales implica que sus plazos de prescripción sean diversos y que no hayan de verse alterados por una circunstancia adjetiva como es el ejercicio conjunto de ambas en el proceso penal. Por ello, la eventual prescripción de la acción para reclamar las pensiones alimenticias (tres años, conforme a los arts. 121 y 122 CCCat, si las partes son de vecindad civil catalana, y cinco años si son de vecindad común, de acuerdo con el art. 1966 Cc), no implica la extinción de la responsabilidad penal derivada del art. 227.1º CP. Ahora bien, conforme al art. 131.1 del Código Penal en la redacción vigente en 2008, el delito descrito y sancionado en el art. 227.1º se extinguía por prescripción a los tres años.

Audiencia Provincial de Soria, Sección Primera, Sentencia de 27 noviembre 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Belén Pérez-Flecha Díaz. JUR/2016/8634.

Comunidad de bienes.– Derecho aplicable.– Derecho del lugar donde se originó la comunidad.

[...]

La vecindad civil vizcaína puede tener su aplicación al caso en cuanto a los derechos hereditarios, pero no respecto de una copropiedad ordinaria sobre determinados bienes muebles como es el supuesto que ahora analizamos, que se originó en territorio de derecho civil común.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 2 diciembre 2015.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2016\20920.

Determinación de la vecindad civil.– Carga de la prueba.

Normas aplicadas: Art. 217 LEC.

[...]

Las reglas del onus probandi del art. 217 LEC determinaban que la carga de la prueba del hecho esencial de la demanda relativo a la vecindad civil catalana del demandado, en el tiempo de contraer matrimonio el 30 julio 1983, correspondía a la accionante, para así constatar que el demandado nacido en Mérida (Badajoz) tenía la vecindad civil catalana por residencia superior a 10 años antes de contraer matrimonio. En consecuencia la actora nacida en Lugo, no ha probado tal presupuesto para apreciar la existencia del régimen de separación de bienes, ante la ausencia de capítulos matrimoniales, y vecindad civil catalana, y que en consecuencia la esposa, en tal momento histórico, seguía la vecindad civil de su consorte.

**DOCTRINA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO**

Recopilación de

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Comentarios de

Nuria MARCHAL ESCALONA, Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS y
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

ADOPCIÓN

DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS QUE EN EL ÁMBITO ESPAÑOL DESPLIEGA UNA KAFALA MARROQUÍ

Gisela MORENO CORDERO *

La Res. (4ª) 13 marzo 2015 se encuadra en una problemática ampliamente abordada por la doctrina y por la jurisprudencia española: la determinación de los efectos que en el ámbito español despliega una *kafala* marroquí.

En este caso sometido también a juicio se ha interesado la inscripción fuera de plazo de un menor de nacionalidad marroquí respecto del cual se había constituido en Marruecos una *kafala* judicial a favor de un matrimonio con nacionalidad española de origen. La pretensión que cabía deducir del escrito presentado por las partes parecía avistar una clara intención de que la autoridad registral española dotara a la *kafala* marroquí de los mismos efectos que una adopción produce en España, y ello con el propósito de hacer constar en la inscripción, cuya práctica extemporánea se interesaba, el dato de una supuesta filiación adoptiva. La DGRN responde a esta petición denegando la inscripción, lo que hace utilizando como fundamento jurídico el art. 26.2º LAI.

Una primera lectura de la Resolución arroja una valoración favorable de la actuación del Centro Directivo. Pero, tras adentrarnos en las particularidades del supuesto observamos que el debate en torno a esta cuestión, muy usual y conocido por las autoridades registrales españolas, implicaba un análisis más a fondo –o, era, al menos, esperable una referencia mínima– acerca de los problemas derivados de la posible concurrencia de distintos regímenes de reconocimiento en este ámbito material, de forma tal que nos ilustrara mejor sobre los motivos que llevaron a la autoridad registral española a resolver sobre la validez registral de una *kafala* marroquí en aplicación del régimen autónomo previsto en el LAI y no conforme al régimen convencional de obligada prevalencia en el ámbito hispano-marroquí. Y es que, el fundamento jurídico utilizado por la DGRN para denegar la inscripción aludida no derivaba de una simple y llana aplicación de un precepto de la LAI, pues antes de llegar a esta conclusión, la DGRN, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 96.1º que otorga carácter preferente a los convenios internacionales frente a la normativa autónoma, debió determinar previamente si entre España y a Marruecos existía algún instrumento internacional –multilateral o bilateral– que pudiera resultar de aplicación al supuesto sometido a su consideración.

En efecto, las relaciones hispano-marroquíes se encuentran regidas en la actualidad por un Convenio, relativo a la cooperación jurídica en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 mayo 1997, en adelante, CHM (BOE 25.6.1997). Dicho Convenio será de aplicación al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil, dentro de las que se enmarcan las medidas de protección del menor (art. 22). Sin embargo, la aplicación de dicho Convenio al reconocimiento de este tipo de medidas, entre las que se encuentra la adopción, resulta muy cuestionable por varias razones. La primera, porque el mismo no define lo que se entiende por “resolución”, por lo que no sabemos con certeza si el CHM se está refiriendo sólo a las resoluciones adoptadas en un procedimiento contencioso o si también puede alcanzar a las dictadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como es el caso de la adopción. La segunda, porque el CHC supedita el reconocimiento de tales resoluciones a que hayan adquirido autoridad de

* Contratada postdoctoral Derecho internacional privado. Universidad Granada

“cosa juzgada”, autoridad de la que también carecen las resoluciones y actos de jurisdicción voluntaria, en tanto en cuando las mismas podrían verse modificadas o revocadas en un proceso posterior. Sin embargo, ninguna de estas razones, en principio, parecen argumentos de suficiente calado como para excluir la aplicación del CHM del ámbito en el que nos movemos, ya que según se ha encargado de corroborar cierta doctrina local, ello dependerá de la mayor o menor flexibilidad con la que la autoridad española interprete ambas cuestiones (vid. N. Marchal Escalona, “Problemas actuales de reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas”, en M. Moya Escudero, dir^a, *Familia y sucesiones en la familia hispano-marroquí*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 148–150).

Ahora bien, al margen de las dudas que pudiera suscitar la aplicación del CHC en este caso, existe un argumento de mayor sustantividad que nos lleva a apreciar en la LAI un régimen de reconocimiento más favorable que el previsto en el CHC: el principio del *favor recognitionis* (vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuter, 2016, pp. 206 y 400). El régimen de reconocimiento consagrado en la LAI, no cabe dudas, constituye un régimen normativo específico contentivo de unas condiciones de reconocimiento atípicas pensadas para ofrecer un tratamiento particular y adecuado a una institución cuya naturaleza requiere de especial atención. En nuestra opinión el sistema implementado por la LAI favorece no solo que las decisiones extranjerías de adopción sean reconocidas incidentalmente por el Encargado del Registro civil, sino que sus condiciones están inspiradas en el principio fundamental del interés superior del menor que es en definitiva lo que se pretende proteger en estos casos (omisión de los consentimientos, las audiencias, la declaración de idoneidad de los adoptantes previa a la constitución de la adopción...). Se trata, en consecuencia, de una norma de considerable talante por la que cabría justificar sin mayores dificultades la exclusión de un régimen prevalente como el previsto en el referido texto internacional.

La aplicación de la LAI implicaba asimismo determinar cuál de los preceptos en ella contenidos resultaba de aplicación al caso en cuestión. Y en este sentido la DGRN resuelve bien cuando invoca el art. 24 y no el art. 34 LAI para motivar el rechazo de la inscripción, ya que la cuestión que se debatía no era el reconocimiento de una *kafala* marroquí en España, sino que se practicara en el Registro civil español una inscripción fuera de término del nacimiento de un menor de nacionalidad marroquí a favor del que se había constituido una *kafala* en Marruecos. La finalidad de los solicitantes era, como se ha dicho, meridiana: que en dicha inscripción se hiciera constar la filiación adoptiva de dos nacionales españoles, con la consecuente repercusión que tal reconocimiento implicaba en el Derecho español.

Para saber si esta *kafala* marroquí podía acceder al Registro Civil español mediante inscripción, el Encargado del Registro Civil en cumplimiento de lo previsto art. 26.2º LAI procedió a determinar si dicha institución, desconocida para el Derecho español, podría desplegar en nuestro ordenamiento unos efectos que se correspondieran de modo sustancial con los efectos de la adopción regulada en Derecho español. Tal equiparación implicaba que la autoridad actuante llevase a cabo una doble calificación, esto es, un ejercicio comparativo que le permitiera determinar si los efectos que una *kafala* despliega en el Derecho marroquí son sustancialmente equiparables con los efectos que una adopción despliega en el Derecho español. El dato, pues, lo proporciona tanto la Ley marroquí nº 15–01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados –ya que se trata de una *kafala* judicial– como el Código Civil español. La búsqueda de una equivalencia de efectos entre la *kafala* marroquí y la adopción española, tal y como ha sido concebida esta en los arts. 178 y 180 Cc revela que es más que evidente que esta correspondencia jamás llegaría a producirse. Y ello porque de conformidad con el Derecho marroquí la *kafala* no crea vínculos de filiación de parentesco entre el *kafil* (titular de la *kafala*) y el *makful* (menor). El *Kafil* sólo adquiere el compromiso del cuidado, manutención y educación del menor, asumiendo además el “deber sagrado de educarlo en la verdad del Corán” – de la misma manera que su padre lo haría con su hijo, y, por último, la *kafala* judicial es una resolución revocable (M.P. Diago, “*Kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 142).

Todos estos extremos, como claramente se observa en la resolución, han sido profusamente motivados por la autoridad registral. Y es que la falta de correspondencia sustancial entre la *kafala* marroquí – sea judicial o notarial– y la adopción española es un criterio anclado desde hace ya mucho tiempo en la

doctrina de la DGRN, lo que se ha hecho patente en múltiples resoluciones de la DGRN –incluida esta–, que por su importancia y repercusión para la resolución de esta problemática fueron condensados en la Resolución–Circular de 15 de 2006 (BOE 30.8.2007). Las directrices trazadas en dicha Resolución–Circular han servido para esclarecer que la *kafala* marroquí, aunque se trate de una *kafala* judicial, en ningún caso podrá asimilarse a una adopción española.

Como se observa, aunque por caminos diferentes se ha llegado a un mismo resultado: la aplicación de las condiciones previstas en el art. 26.2º LAI. Por ello cabe afirmar que la DGRN actúa correctamente cuando aplica al supuesto en cuestión el art. 26.2º LAI y con motivo de este control haya rechazado la inscripción solicitada fundamentando ampliamente su resolución en la ausencia de los tres requisitos esenciales para concluir que entre la *kafala* marroquí y la adopción española no se produce esa correspondencia sustancial (la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica; el surgimiento de los mismos vínculos que los de la filiación por naturaleza; y la irrevocabilidad de la adopción constituida en el extranjero). A nuestro juicio, lo criticable del actuar de la DGRN ha sido que en sus consideraciones obviara toda referencia a los motivos que la llevaron a aplicar la normativa de origen interno, con la consecuente exclusión del régimen convencional bilateral previsto en el CHM. Sobre esta cuestión es preciso insistir en que la inaplicación de cualquier régimen convencional prevalente debe estar plenamente fundamentada. Otro comportamiento implicaría poner en entredicho un mandato inderogable de nuestra constitución.

La imposibilidad de inscribir una *kafala* marroquí en el Registro civil español no significa en modo alguno que la misma no pueda desplegar efectos en España. Así lo ha reconocido la propia DGRN cuando alerta a las partes sobre la posibilidad de instar ante el Encargado del Registro Civil la anotación con valor simplemente informativo de dicha institución, al amparo de los arts. 38 LRC y 81, 145 y 154–3º RRC.

Planteado este nuevo escenario ante las autoridades registrales en nuestro país, lo primero que se precisa saber es ante qué tipo de *kafala* nos encontramos. Este dato será de señalado interés tanto para determinar el régimen de reconocimiento aplicable como para fijar la institución equivalente a la *kafala* de que se trate en el Derecho español.

Como es sabido ya el Derecho marroquí contempla dos tipos distintos de *kafalas*, la intrafamiliar/notarial y la judicial. En el primer caso, son los propios padres biológicos los que ceden el cuidado del menor bien entre ellos, a un miembro de la familia, o incluso a un tercero ajeno al núcleo familiar. Este tipo de *kafala* se configura a través de un acuerdo privado entre el progenitor/es y el *kafil/es*, y en ella puede intervenir o no un notario. El segundo caso, la *kafala* judicial –que es la que parece configurarse en este caso–, requiere de una previa declaración de desamparo del menor por parte de los Tribunales marroquíes y se constituye en distintos supuestos: a) cuando el menor es hijo de padres desconocidos; b) cuando siendo de padre conocido, su madre lo haya abandonado voluntariamente; c) cuando sea huérfano; y d) cuando sus padres no puedan hacerse cargo del menor o no asuman sus deberes de protección. En este tipo de *kafala* podrá otorgarse al *kafil/es* la tutela dativa o la representación legal del menor, aunque también es posible que al *kafil/es* solo le sean conferidas las facultades propias de su cargo (alimentos, protección y educación del menor), lo que puede implicar que sea designada otra persona para ejercer la representación legal del menor (*vid.* H. Zekrí, “La *kafala* en el Derecho marroquí”, en *kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, pp. 8–81).

Conocer esta distinción, como hemos afirmado antes, será de especial utilidad para determinar la norma de reconocimiento aplicable al reconocimiento en España de una *kafala* marroquí. Aunque, para efectuar tal determinación se precisará además atender a la pluralidad de fuentes que nos vinculan en este ámbito.

El primer instrumento a tener en cuenta será el CH 1996, convenio multilateral del que tanto España como Marruecos son Estados partes. En el plano bilateral, podría asimismo resultar de aplicación el CHM, ya que la *kafala* –como la adopción– es una medida de protección del menor. Finalmente, de no resultar de aplicación ninguno de los regímenes convencionales mencionados, se atenderá al régimen

previsto en la LAI, en concreto, el previsto en el art. 34 LAI, régimen que rige los efectos de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores.

En principio, la prevalencia del régimen convencional multilateral respecto del resto de regímenes nos lleva a la aplicación del CH 1996, pero lo cierto es que este Convenio sólo sería aplicable si el reconocimiento se planteara respecto de una *kafala* judicial, esto es, la constituida sobre un menor que previamente ha sido declarado en situación de abandono (*vid.* Informe de P. Lagarde en www.sacb1a40dd945e64d.jimcontent.com/.../Informe%20Paul%20Lagarde%20, p.17.). Pero es que, en el ámbito hispano-marroquí se plantea la concurrencia de este Convenio con el CHM. El CH 1996, sin embargo, no resuelve los problemas de concurrencia normativa respecto de otros convenios, como es el caso del CHM. En consecuencia, el art. 52 CH 1996 reconoce que no derogará los instrumentos internacionales concluidos entre Estados Partes que contengan disposiciones sobre materias reguladas en el mismo, salvo declaración en contrario, y ni España ni Marruecos han hecho ninguna reserva al respecto. En cualquier caso, un análisis comparado de ambos instrumentos podría dejar la resolución de los problemas de concurrencia en manos del *favor recognitionis*, principio que una vez más cabe invocar en defensa de un instrumento que como el CH 1996, contempla un régimen de reconocimiento específico que favorece el interés superior del menor. De todas formas, es importante señalar que a estos efectos, el CHM va a plantear los mismos problemas que antes advertimos en relación con la adopción, por lo que las reflexiones allí expuestas serían de aplicación *mutatis mutandis* a la validez de una *kafala* en nuestro país.

Llegados a este punto, nos enfrentamos a un resultado similar que al ya expuesto en relación con la adopción, esto es, la aplicación de la LAI en lugar del CHM. No obstante, hay que tener muy presente que ello no se producirá en todos los casos, sino en aquellos en los que no resulte de aplicación el CH 1996. Esto viene a significar que las condiciones previstas en el art. 34 LAI afectarán únicamente a los casos en los que la validez se interese respecto de una *kafala* del tipo intrafamiliar/notarial, ya que la *kafala* judicial quedará regida por el mencionado texto multilateral.

Los controles derivados de la aplicación del art. 34 LAI llevarán a la autoridad requerida a la búsqueda de una equivalencia funcional con aquellas medidas de protección previstas en nuestro ordenamiento. La *kafala*, por tanto, no desplegará en España los efectos que le son propios, sino los efectos de aquellas medidas de protección que les sean equivalentes en nuestro ordenamiento tales como el acogimiento familiar o la tutela. Judicial o notarial, la asimilación de una *kafala* marroquí a cualquiera de sus “homólogas españolas”, tampoco será tarea fácil, debido a los perfiles tan sinuosos que ella refleja en el Derecho que la ha originado, pero también a causa de la desnaturalización a la que es sometida durante su incorporación al ámbito español.

Por lo demás, si la *kafala* supera los controles establecidos en el CH 1996 o en su caso los de la LAI, ello permitirá a los interesados la constitución *ex novo* una adopción en España, siendo este el camino que tendrían que recorrer los promotores del presente caso para alcanzar el objetivo inicialmente trazado: la adopción del menor marroquí desplazado a España en régimen de *kafala*. Dicha constitución, sin embargo, ha sufrido algunas variaciones tras la incorporación del art. 19.4º LAI, puesto que permitirá la transformación de la *kafala* en adopción si la ley del nacional del menor (*makfil*) contempla esta posibilidad, y ello, como hemos advertido no será posible en el Derecho marroquí.

La constitución *ex novo* de la adopción en este caso será cuestión de tiempo, pues los interesados, tendrán que esperar a que el menor de nacionalidad marroquí adquiriera la nacionalidad española o la de otro Estado que admita la adopción. La adquisición de la nacionalidad española de dicho menor dependerá de que la *kafala* sea reconocida en España, ya que sólo un menor sujeto a la tutela o al acogimiento de un nacional español durante dos años consecutivos, podría optar por la nacionalidad española cumplido el plazo abreviado de un año de residencia en España [art. 22.2º Cc] (*vid.* Á. Lara Aguado “La adopción de menores extranjeros como vía de integración en Andalucía”, en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 553–613).

El camino a recorrer, como se observa, es mucho más largo que el deseado por las partes, pero, desafortunada o no, esta sería la única vía por la que los cónyuges de nacionalidad española hoy *kafiles* podrían transformar en nuestro país la *kafala* marroquí en una adopción y con ello constituir el vínculo de filiación adoptiva sobre el menor todavía *makfil*.

2016/DGRN/1.– Resolución (4ª) de 13 marzo 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 31 marzo 2015, 19 agosto 2015, pp. 59–62. JUR 2015\255479.

Inscripción de *kafala* marroquí.– Búsqueda de una equivalencia de efectos entre la *kafala* marroquí y la adopción española.– Improcedencia.

Normas aplicadas: Arts. 9, 12, 108, 176, 178 y 180 Cc; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; arts. 1, 15, 23, 46 y 97 LRC; arts. 66, 68, 145 y 154 RRC.

[...]

II. Se trata en el presente caso de una inscripción de nacimiento fuera de plazo que solicita el promotor, de nacionalidad española, quien junto con su cónyuge, de nacionalidad también española, ha acogido a un niño marroquí, según consta en acta de ejecución de adjudicación de *kafala* de 9 abril 2014, “para que se hagan cargo de su custodia y tutela, cuidados y cubrir todos sus gastos y sus necesidades básicas hasta que alcance la mayoría de edad”. Por el Juez Encargado del Registro Civil de Torrijos se ha denegado la inscripción por entender que no existe correspondencia entre la mencionada institución tutelar marroquí y la adopción española.

III. En el Registro Civil han de constar los hechos inscribibles que afecten a españoles, por lo que en primer lugar hay que determinar si dicha condición concurre en el menor de cuya inscripción se trata. En la solicitud del promotor subyace el criterio de que la institución tutelar marroquí, antes referida, es equivalente a la adopción española y, por ello, existe filiación adoptiva de la que ha derivado la nacionalidad española de origen del menor acogido (cf. art. 19 Cc). Sin embargo, la pretensión deducida, por no ser conforme a Derecho, no puede prosperar. En efecto, aunque la entrega del menor al matrimonio sea conceptuada como una adopción por la legislación marroquí, lo cierto es que, como han señalado las Resoluciones citadas en los vistos de acuerdo con las informaciones obtenidas sobre esa legislación, la “adopción” constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no puede considerarse una institución equivalente a la adopción española.

Su validez jurídica dependerá del cumplimiento de la previsión del nº 2 del art. 26 LAI conforme al cual cuando el adoptante sea español “la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español”. En particular, añade el precepto, “las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes”, lo cual no siempre resulta fácil de determinar, ya que si la simple aplicación del Derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (cf. art. 12.6º Cc), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no solo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera sino que es necesario, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española.

IV. Pues bien, sobre esta exigencia de “correspondencia de efectos” han recaído ya diversos pronunciamientos de esta Dirección General que, dado su valor interpretativo, resulta conveniente sistematizar:

Primero. Los “concretos efectos” de la adopción extranjera que se deben corresponder con los previstos por la Ley española son los siguientes:

1.– Establecimiento del mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza. Se trata de un efecto absolutamente fundamental. La adopción debe ser en este sentido “una institución que procura el desarrollo integral del niño en el seno de una familia estableciendo el mismo vínculo de filiación que el que tienen los hijos por naturaleza” (cf. Resoluciones de 4–3ª octubre 1996, 30 marzo 1999, 9–9ª septiembre 2002, y 24–3ª septiembre 2002).

2.– Extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 Cc), como ha señalado esta DGRN (cf. Resoluciones de 19 mayo 2001, 5–2ª abril 2000, 30 marzo 1999, 9–9ª septiembre 2002, y 4 julio 2005). Se trata de un efecto paralelo al anterior basado en la idea de que la filiación es indivisible y no compartida entre dos familias.

3.– Carácter irrevocable de la adopción. Así lo proclama con claridad el art. 180 Cc en su nº 1 conforme al cual “La adopción es irrevocable”, y así lo ha venido interpretando la doctrina oficial de este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 1–2ª de septiembre 1995, 9–9ª septiembre 2002, y Consulta DGRN 22 diciembre 2004, entre otras).

Una adopción revocable por los particulares no podrá Acceder a los Registros españoles. Ahora bien, el mismo art. 26.2º.IV LAI prevé que los adoptantes pueden, antes del traslado del menor a España, renunciar a la revocabilidad en documento público o por comparecencia ante el Encargado del Registro civil, con lo que la adopción extranjera en tales casos puede inscribirse en los Registros españoles y surte efectos en España (vid. Resolución de 6–2ª mayo 2000). En el caso de las revocaciones judiciales o decretadas por la autoridad judicial, es necesario un estudio caso por caso en función de las causas a que pueda responder dicha revocación, partiendo en todo caso del dato de referencia de que incluso los supuestos de extinción judicial de la adopción presenta en nuestro Derecho un carácter excepcionalísimo, limitado a los casos en que el padre o la madre, sin culpa suya, no hubieren tenido la intervención en el expediente de adopción que prevé el Cc –art. 180.2º Cc– (cf. Resoluciones de 11–1ª marzo 1997, 30 marzo 1999, y Consulta DGRN 2 diciembre 2004).

Segundo. La “correspondencia de efectos” no debe ser absoluta o total, pero sí “fundamental” o “sustancial”, y en este sentido resulta más apropiado hablar de “equivalencia” que de “igualdad” de efectos (cf. Resoluciones de 9–9ª septiembre 2002, 24–3ª de septiembre 2002 y Consulta DGRN de 2 diciembre 2004).

V. En el presente caso, tal y como se ha señalado anteriormente, de acuerdo con las informaciones obtenidas sobre esa legislación marroquí, la “adopción” constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes no puede considerarse una institución equivalente a la adopción española, ya que no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que el “adoptante” o “adoptantes” se hacen cargo del “adoptado” y han de atender a sus necesidades y manutención.

En este sentido, no se puede afirmar que se dé la correspondencia de efectos entre la figura de la kafala y la adopción española, en el sentido exigido por el art. 26.2º Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, pues ni se produce la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el menor y su familia por naturaleza, ni surgen los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza. Quedando la posibilidad de que los interesados soliciten ante el Encargado del Registro Civil la anotación con valor simplemente informativo al amparo de los arts. 38 LRC y 81, 145 y 154–3º RRC (cf. Res. 14 Mayo 1992).

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

INSCRIPCIÓN DE ADOPCIÓN: NO EXTRANJERA

2016/DGRN/2.— Resolución (1ª) de 28 mayo 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 31 mayo 2015, 10 noviembre 2015, pp. 29–33; JUR 2016/40698.

Adopción.— Inscripción.— Solicitud de cambio de lugar de nacimiento.

Normas aplicadas: Arts. 16, 18, 23 y 97 LRC; Disp. final 2ª Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil; arts. 21, 68 y 76 a 78, y 342 RRC; RD 820/2005, de 8 de julio por el que modifica los arts. 77 y 307 RRC.

[...]

III. La adopción da lugar en el Registro Civil Español a una inscripción marginal en el asiento de nacimiento del adoptado (cf. art. 46 LRC). Ello supone que en el mismo folio registral aparece reflejada la filiación anterior, o la ausencia de filiación, del adoptado, carente ya de relevancia jurídica, y la nueva filiación adoptiva dotada legalmente de plenitud de efectos jurídicos. Ciertamente esta superposición de filiaciones, como puso de manifiesto la Instrucción DGRN 15 febrero 1999, puede dar origen a molestas confusiones y a que irregularmente se dé publicidad a través de una certificación literal a datos que afectan a la intimidad familiar. Con la finalidad de eliminar estos inconvenientes la citada Instrucción, en aplicación del mecanismo previsto por el art. 307 RRC, autorizó con carácter general que la filiación adoptiva fuera objeto de una inscripción principal de nacimiento que reflejara solo los datos sobrevenidos por la adopción, con referencia a la inscripción previa de nacimiento y adopción en la que se comprende todo el historial jurídico del adoptado. Una de las circunstancias reveladora de una filiación adoptiva puede ser la relativa al lugar del nacimiento, especialmente cuando éste ha acaecido en un país remoto. Por ello, es conveniente que la publicidad de este dato quede limitada y sujeta a la autorización especial que el citado art. 21 del Reglamento establece. A tal fin, y complementariamente a lo anterior, la Instrucción DGRN 1 julio 2004, guiada de la misma finalidad de evitar la posibilidad de la publicidad irregular de las adopciones, y respecto de las adopciones internacionales que tan notable incremento han experimentado en los últimos años, autorizó que en la nueva inscripción de nacimiento y adopción que, a solicitud de los adoptantes, se practique –con inclusión exclusivamente de los datos del nacimiento y del nacido y de las circunstancias de los padres adoptivos– conste como lugar de nacimiento del adoptado el del domicilio de los adoptantes, y no el lugar real de su nacimiento, reconociendo así en tales casos una facultad similar a la que el art. 16 párrafo segundo LRC otorga a los padres biológicos. Con ello se hace efectivo, también en este ámbito, el principio constitucional de equiparación entre los hijos con independencia del origen de su filiación (cf. arts. 14 y 39 CE).

IV. Ahora bien, la necesidad de dotar a esta materia de la mayor seguridad jurídica posible y de reforzar los citados principios constitucionales de protección de la intimidad personal y familiar y de igualdad jurídica y equiparación entre los hijos con independencia de su filiación, dotando a la regulación de la materia del adecuado rango normativo legal, así como la conveniencia de extender las finalidades antes expresadas a otros supuestos anteriormente no cubiertos por las Instrucciones citadas, determinaron la reforma del art. 20, nº 1 LRC, introducida por la Disp. final 2ª Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Cc y la LEC en materia de separación y divorcio. La reforma consistió en añadir un nuevo párrafo al nº 1º del art. 20, relativo al traslado de las inscripciones principales de nacimiento al Registro del domicilio del nacido o sus representantes legales, adición del siguiente tenor literal: “En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del art. 16”.

V. La introducción de esta modificación en la LRC tiende sin duda a satisfacer la finalidad a que responde el párrafo segundo de la regla 1ª añadido a la Instrucción DGRN 15 enero 1999 por la más reciente de 1 julio 2004, dotando a la materia, como antes se dijo, de una adecuada cobertura legal en atención a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las situaciones y asientos registrales practicados al amparo de aquellas Instrucciones. La citada reforma legal fue objeto de rápido desarrollo reglamentario a través del RD 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el RRC, aprobado por Decreto de 14 noviembre 1958, que, entre otros extremos, da nueva redacción a los arts. 77 y 307 del citado Reglamento. En cuanto al primero se añade un nuevo párrafo que permite omitir los datos de la filiación originaria en la nueva inscripción de nacimiento practicada como consecuencia del traslado en los casos de adopción. En concreto se establece que “En caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de estos”. Se trata de una norma complementaria del art. 20 nº 1 LRC que, de forma conjunta con éste, vienen a sustituir en su finalidad a la Instrucción de 15 febrero 1999, en su redacción modificada por la de 1 julio 2004. En consecuencia estas últimas Instrucciones se ha de entender derogadas a partir de la entrada en vigor de la citada reforma legal y reglamentaria. La posibilidad de modificar el lugar del nacimiento del nacido queda circunscrita, como ya lo estaba, a las adopciones internacionales y en todo caso a través del mecanismo registral del traslado del folio al Registro Civil del domicilio de los promotores.

En el presente supuesto, se trata de una adopción realizada por Juzgado Español, en la que adoptante y adoptado tenían ya su residencia en España y ambos la nacionalidad española, ya que se determinó la filiación del menor con respecto del Sr. N. de nacionalidad española a través de reconocimiento realizado por éste ante el Registro Civil Consular de Delhi. Pues bien, el art. 1 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional establece que “se entiende por adopción internacional el vínculo jurídico de filiación que representa un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados”, por lo que, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, no sería posible la modificación del lugar de nacimiento del nacido, al tratarse de una adopción nacional (arts. 16 y 20 LRC).

INSCRIPCIÓN DE UNA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN BÉLGICA A FAVOR DE LA CÓNYUGE DE LA MADRE BIOLÓGICA DE UN MENOR NACIDO EN FRANCIA Y GESTADO MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Gisela MORENO CORDERO *

1. La resolución que se transcribe al final de esta nota resuelve un recurso interpuesto contra una resolución dictada el 8 mayo 2012 por el Encargado del Registro Consular de España en Toulouse por el que se deniega la inscripción de una adopción constituida en Bélgica en 2010 a favor de la cónyuge de la madre biológica de un menor nacido en Francia en 2008 y gestado mediante técnicas de reproducción asistida. Las solicitantes, una de nacionalidad alemana y la otra de nacionalidad española, casadas entre sí desde 2004 y residentes en Bélgica, solicitaron el 6 marzo 2012 a través del Consulado de España en Bruselas que se hiciera constar, en la inscripción de nacimiento del hijo biológico de la cónyuge de nacionalidad española practicada en el Registro Civil del Consulado General de España en Toulouse, la filiación respecto de la cónyuge de nacionalidad alemana. Según consta en el relato de los hechos, a la solicitud presentada se acompañaron, entre otros documentos, los siguientes: sentencia de 5 febrero

* Contratada postdoctoral Derecho internacional privado. Universidad Granada.

2010 del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Juzgado de Menores) autorizando la adopción plena del menor; documento acreditativo del consentimiento prestado por ambas para inseminación artificial con semen de donante; acta de nacimiento francesa del menor; e inscripción en el Registro Consular de Bruselas del matrimonio de las promotoras. Sin embargo, el Consulado español en Bruselas cuando da traslado de la solicitud al Encargado del Registro Consular español radicado en Toulouse, “al parecer” —término utilizado en la propia Resolución de la DGRN— no remitió a su homólogo en Toulouse toda la documentación presentada en su sede. El Encargado del Registro Consular de España en Toulouse, órgano competente por el hecho del nacimiento del menor en dicha localidad, deniega la inscripción de la adopción solicitada mediante Resolución de 18 junio 2012 tras considerar que, a la vista de los documentos obrantes en el expediente, no constaba la existencia de resolución judicial alguna que acreditara la adopción del menor por parte de la contrayente de la madre biológica del menor. Sorprende, sin embargo, que el Encargo del Registro Consular de España en Toulouse, con un formulario a la vista completado por las solicitantes, en el que constaba su pretensión, así como las pruebas y los fundamentos de derecho en los que fundaban su solicitud, y sin saber si se trataba o no de una omisión imputable a las interesadas, resolviera denegar la inscripción sin antes requerir ni a las interesadas ni a su homólogo belga a efectos de subsanar la ausencia de la documentación necesaria para resolver sobre el fondo de la solicitud. La sucesión de errores en la gestión del expediente por parte de sendos Registros Consulares españoles (el de Bélgica por no enviar la documentación completa y el de Toulouse por no reclamarla), no solo constituyó una clara violación del art. 358 RRC, sino que a la postre se erigió en el principal motivo que desencadenó la denegación la inscripción de la adopción constituida ante autoridad belga.

El Ministerio Fiscal, por su parte, tampoco tuvo una participación loable en el desarrollo del proceso. Obligado a velar por la adecuada instrucción y tramitación de los expedientes y recursos desde su iniciación, y autorizado también a proponer las pruebas y diligencias que considerare oportunas antes de la emisión de su dictamen (art. 344 RRC), en su intervención se limitó a emitir un informe favorable a la inscripción, tras haberse presentado recurso ante la DGRN contra la Resolución dictada por el Encargado del Registro Civil Consular en Toulouse.

Inexplicable resulta también que el Encargo del Registro Consular de España en Toulouse fundara su denegación no solo en el hecho de no haberse probado la existencia de una resolución extranjera de adopción, sino que además consideró a bien estimar que, de conformidad con lo previsto en el art. 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante, LTRHA (BOE 27.5.2006), tampoco habían concurrido los presupuestos necesarios para determinar la filiación adoptiva a favor de la cónyuge de nacionalidad alemana.

En efecto, el régimen de la filiación de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, como es el caso que nos ocupa, viene regulado por las reglas contenidas en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante, LTRHA (BOE 27.5.2006). Esta ley fue asimismo modificada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE 16.3.2007), para introducir un nuevo supuesto no contemplado en la redacción original del art. 7 LTRHA. Así, el ap. 3 del citado precepto dispone lo siguiente: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Y, ciertamente, la incorporación de este tenor en la LTRHA habilita en nuestro ordenamiento una vía distinta de la prevista en la Ley 54/2007, de 28 diciembre adopción internacional, en adelante, LAI (BOE 29.12.2007) para la inscripción en el Registro civil español de una filiación adoptiva. Esta vía no implica ni el reconocimiento de un título extranjero ni, por consiguiente, en control las condiciones previstas en el art. 26 LAI. Se trata de una suerte de “reconocimiento voluntario de la filiación” si se dieran determinados presupuestos: a) la existencia de un matrimonio; b) que la cónyuge respecto de la que se pretenda a constituir el vínculo de filiación adoptiva manifieste su consentimiento ante el Encargado del Registro

Civil del domicilio conyugal; y c) que dicho consentimiento se concrete en un momento anterior a producirse el nacimiento del menor.

Ahora bien, el hecho de que nuestra norma contemple esta otra posibilidad de constitución del vínculo adoptivo no significa que el Encargado del Registro Civil actuante tenga que pronunciarse sobre dicha posibilidad para fundamentar su denegación. Como más adelante reconoce la DGRN, las interesadas desconocían esta otra posibilidad, por lo que, si las mismas no habían contemplado esta alternativa, no existía razón entonces para que el Encargado del Registro Civil Consular plasmara en su resolución “que tampoco concurrían los presupuestos para la aplicación del art. 7 LTRHA”. Aunque entendamos que la finalidad el Encargado del Registro Civil haya sido noble, el mismo incurre en una clara incongruencia ya que no debía pronunciarse sobre un extremo que no se correspondía con las pretensiones formuladas por las partes. La pretensión deducible de la solicitud no era otra que el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción a efectos de inscribir en el nacimiento del menor la filiación adoptiva respecto de la cónyuge de su madre biológica. Por tanto, la autoridad consular se extralimita en el contenido resolución cuando se resuelve sobre extremos que no han sido objeto debate.

A la luz de los antecedentes descritos era evidente que el rechazo de la inscripción solicitada sólo cabía atribuirlo a una inadecuada gestión del expediente por parte de sendos Registros Consulares. De ahí que la DGRN, en aras de una mayor economía procesal, optara por resolver por sí la cuestión de fondo en lugar de devolver las actuaciones (art. 358 RRC). Otra solución hubiera supuesto dilatar más el proceso y un mayor perjuicio para las partes del ya protagonizado. En este sentido la postura de la DGRN es de alabar, pues de alguna manera intentó poner remedio a la muy cuestionable tramitación del expediente, y cuya denegación se debió a una cadena de negligencias, ninguna de ellas imputables a las partes. De hecho, la estimación del recurso por la DGRN fue posible gracias a que las solicitantes acompañaron junto recurso interpuesto –una vez más– la decisión belga de adopción, título sin el cual no se hubiera sido posible acoger el recurso ni practicar el asiento de la adopción solicitado. Sobre este punto, téngase presente que, en fase de recurso, tal y como se desprende del propio art. 358 RRC, tampoco cabía que el máximo órgano directivo rechazara la inscripción fundado en la discrecionalidad que le confiere el mentado precepto –“rechazo de los documentos o pruebas que pudieron presentarse oportunamente”–, pues como ha quedado fehacientemente acreditado, la documentación necesaria para la práctica de la inscripción fue presentada por las partes al tiempo de la solicitud.

Dicho esto toca ahora cuestionar si la DGRN resuelve correctamente cuando acuerda la estimación del recurso y aplica al reconocimiento registral de una decisión de adopción Belga las condiciones previstas en el art. 26 LAI. Es cierto que tanto España (1 noviembre 1995) como Bélgica (1 septiembre 2005) son Estados partes del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, en adelante, CH 1993 (BOE 1.8.1995), pero dicho instrumento se aplica únicamente al reconocimiento de “adopciones transnacionales”, esto es, cuando el menor residente en el extranjero, ha sido, es o va a ser desplazado a España tras producirse su adopción en el Estado de origen de la decisión o con la finalidad de realizar tal adopción en nuestro país (art. 2.1º CH 1993). Tratándose de un supuesto distinto del acogido en el aludido texto convencional, y no existiendo, por otro lado, un convenio bilateral en materia de adopción –o civil en general– que nos vincule con Bélgica, parece claro que el caso en cuestión quedaba regido por el régimen de validez previsto en la LAI en su versión original.

En este sentido es preciso acotar que la tramitación de este expediente se desenvuelve antes de la entrada en vigor de las modificaciones introducidas a la LAI por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015), vigente desde el 18 agosto 2015. Será, por consiguiente, con arreglo a las condiciones previstas en la redacción anterior del art. 26 LAI que se controle la decisión objeto de inscripción. Entre dichas condiciones reza, en primer lugar, la verificación de la competencia internacional de autoridad belga, exigencia esta que ha quedado correctamente resuelta por la DGRN, toda vez que decisión cuya inscripción se interesaba fue adoptada por una autoridad pública extranjera –Juzgado de menores belga– del lugar en el que adoptante y adoptado tenían fijada su residencia habitual. No cabe dudas que la residencia habitual de adoptante y adop-

tado en Bélgica representa un vínculo más que razonable entre el supuesto y el país de la autoridad que ha constituido la adopción (Resolución–Circular de la DGRN, de 15 julio 2006). Acertada es también la inexigencia de idoneidad del adoptante, toda vez que la misma era de nacionalidad alemana y residente en Bélgica. Y es que, aunque se tratara de una adoptante de nacionalidad española y residente en nuestro país, tampoco cabía exigir en este caso la declaración de idoneidad previa, pues, como se desprende del art. 176.2.2º Cc, la adopción constituida respecto del hijo del cónyuge está exceptuado de este requerimiento. Situación similar se plateaba con el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la de la última residencia en España del adoptado, pues, pese a ostentar este la nacionalidad española, desde su nacimiento ha tenido fijada su residencia en Bélgica. Atina también la DGRN cuando, apoyada en la nacionalidad española del adoptado, exige la “equivalencia sustancial” con los efectos que la adopción belga produce en el Derecho español. Del Título VIII del Libro I del arts. 356. 1º y 4º Código Civil belga se colige que la adopción plena en aquel ordenamiento conlleva el cumplimiento de los mismos requisitos exigidos por nuestra normativa interna, a decir: la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica; el surgimiento de los mismos vínculos que los de la filiación por naturaleza; y la irrevocabilidad de la adopción constituida en el extranjero. Por último, conviene señalar que la DGRN obvió controlar la ley aplicada por la autoridad belga a la constitución de la adopción, estando obligada a ello según lo previsto en la redacción original del art. 26. 1.2º LAI (*vid.* Resoluciones DGRN 2ª y 3, de 20 enero 2009; 1ª de 3 octubre 2009). No obstante, consideramos que no hay nada que objetar en ello, ya que nos encontramos frente a una exigencia absurda y más que cuestionada por la doctrina iusprivatista, básicamente, porque no cumplía ninguna función. De hecho, la ausencia de esta cautela en la nueva redacción del art. 26 LAI no ha hecho más de ratificar su inoperancia de antaño (*vid.* ya entonces J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2009, pp. 426 y 427. Por contra, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª ed., Granada, Comares, 2012, p. 333).

Con todo, cabe concluir que la DGRN resuelve acertadamente cuando entiende que la adopción examinada reúne las condiciones establecidas por el art. 26 LAI para acceder como título inscribible al Registro Civil español.

En otro orden de ideas y al hilo de estas consideraciones hemos estimado oportuno advertir que la valoración de este supuesto no nos ha dejado indiferentes de cara a futuras homologaciones de decisiones extranjeras en materia de adopción bajo el influjo de renovada vigencia de la LAI. Las dudas nacen de la modificación operada en el concepto de adopción acogido por el art. 1.2º LAI. Según este precepto la adopción internacional se redefine como: “... aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”. Una aproximación comparada del nuevo concepto de adopción con el acogido en el texto original de la LAI revela una reducción sustancial de su ámbito de aplicación material, ya en este último se entiende por tal “... el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptados”. De la literalidad de precepto parece derivar que el legislador español haya optado en esta ocasión por seguir las pautas del art. 2.1º CH 1993. En orden al reconocimiento esto viene a significar una limitación del ámbito de operatividad de la referida ley a una situación muy concreta: la adopción transfronteriza. De hecho, la única diferencia observada respecto al CH 1993 es la exclusión del término “ha sido”, pues el resto de la norma sigue en términos exactos a lo previsto en el art. 2.1º del referido texto internacional.

El giro dado al concepto de adopción internacional tras las recientes modificaciones de la LAI no es ni mucho menos una circunstancia baladí. Tratándose de una ley que afecta todos los sectores del DIPr, su ámbito de aplicación material influirá decisivamente en el régimen aplicable al reconocimiento de decisiones o actos adoptados por autoridades extranjeras en esta materia a partir de su entrada en vigor (18 agosto 2015), siempre, claro está, que nos enfrentemos a un supuesto de adopción con elemento internacional en el que no se haya producido ni se vaya a producir el desplazamiento del menor a Espa-

ña. Semejante circunstancia no impedirá que las adopciones internacionales excluidas del ámbito de aplicación LAI puedan desplegar sus efectos en nuestro país, tal y como sucede con cualquier situación privada internacional. De ser este el caso y ésta la lectura e interpretación del precepto, no debemos perder de vista que en fecha muy reciente el ordenamiento español ha protagonizado importantes modificaciones que afectan de manera determinante a este sector de problemas y a este tipo de decisiones. La concurrencia distintas leyes contentivas de normas de DIPr que podrían resultar de aplicación a un mismo efecto: la validez de actos o decisiones de jurisdicción voluntaria extranjeras que pretenden acceder al Registro Civil español a través de la inscripción, nos plantea la cuestión de saber cuáles de estas normas serían de aplicación al reconocimiento de adopciones internacionales excluidas del ámbito de aplicación de la LAI.

Entre estas normas se encuentra, en primer lugar, el art. 41.2ª Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en adelante, LCJIMCM (BOE 31.7.2015) que dispone lo siguiente: “serán susceptibles de reconocimiento y ejecución de conformidad con las disposiciones de este título las resoluciones extranjeras definitivas adoptas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”, entretanto el art. 59.1º LCJIMCM reconoce que a efectos registrales no se precisará acudir a un procedimiento especial, aunque respecto de aquellas se llevará a cabo el control de las condiciones previstas en el Capítulo II. A este mismo efecto, sin necesidad de executur y previo cumplimiento de determinadas condiciones, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV (BOE 3.7.2015), contiene en sus arts. 11 y 12 unas normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. Sin embargo, al tratarse de una norma especial, como expresamente ha reconocido la Disposición adicional primera de la LCJIMCM, el régimen señalado en la LCJIMCM quedará desplazado por los mencionados arts. 11 y 12 LJV (*vid.* P. de Miguel Asensio, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, vol. LXVIII/1, 2016, Madrid, pp. 99–108 y J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuter, 2016, pp., 223–226).

Resuelta a favor de la LJV el régimen de reconocimiento aplicable a la validez de adopciones internacionales excluidas del ámbito de aplicación de la LAI, no debemos perder de vista que en un futuro muy próximo –o es, al menos, lo esperado– a este bloque se integrará el art. 96 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en adelante, LRC/2011 (BOE 22.7.2011), según el cual, el reconocimiento automático de las decisiones judiciales y actos de jurisdicción voluntaria extranjeros podrá instarse ante el Encargado del Registro Civil español previa superación de las condiciones de reconocimiento allí previstas. Llegado este momento hará que determinar entonces en qué casos sería de aplicación el art. 96 LRC/2011 y su compatibilidad con los arts. 11 y 12 LJV.

Concluida esta primera lectura del ámbito de aplicación de la LAI y los problemas de reconocimiento derivados, hemos detectado que las dudas que suscita la interpretación de este precepto ha llevado a que cierta doctrina salga en defensa de tamaño dislate. Según confirman los profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González en la última versión de su obra conjunta, la nueva definición de la adopción acogida en la LAI afecta tanto la adopción transfronteriza como cualquier otra adopción con elemento internacional. Para defender esta interpretación los destacados doctrinarios señalan –o al menos esa es la lectura que hemos sabido extraer de ella–, que la adopción con elemento extranjero se encuentra contenida en el art. 1.1º *in fine* de la LAI, debido a su vinculación con el Título II de la LAI. Mientras que, la adopción transfronteriza a la que alude el art. 1.2º se ha desligado del resto de supuestos de adopción internacional por no tener ninguna relación con el Título II de la referida ley. Sus argumentos son, además de toscos, forzados, por dos motivos. El primero, porque en ninguna parte del art. 1.1º se define lo que se entiende por “adopción internacional”. Lo que contiene el precepto es una referencia genérica a la intervención de autoridades acreditadas para la adopción, a la capacidad y requisitos que deben reunir los adoptantes, así como a las normas de DIPr y medidas de protección internacional en los que exista algún elemento extranjero. Entretanto el ap. 2 del art. 1 sí define claramente lo que se entiende por

“adopción internacional”, no así lo que se entiende por “adopción transfronteriza”, y allí termina definiendo a la “adopción internacional” como una “adopción transfronteriza”.

Sabido es que toda adopción con elemento internacional implica una adopción transfronteriza, pero no a la inversa. Por tanto, si el ámbito de aplicación de la ley no iba a sufrir ninguna modificación respecto de su versión anterior, no tenía mucho sentido modificar una de las pocas cosas que la LAI originaria regulaba bien. Es más, creemos que si algo debió mantenerse incólume en la nueva redacción de la LAI era precisamente el derogado art. 1, pues en el mismo se definía de forma diáfana el ámbito material de la ley. El segundo motivo es porque la adopción transfronteriza sí guarda relación con el Título II de la LAI, Título cuya rúbrica es ni más ni menos que la relativa a las normas de DIPr en materia de adopción internacional. O, es acaso que las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable o de reconocimiento no afectan por igual a toda adopción internacional, sea o no transfronteriza.

En cualquier caso, mejor o peor argumentado, el mensaje que cabe extraer de esta segunda lectura del precepto es muy positivo, ya que sirve para paliar una exclusión más que injustificada en una norma hecha a medida y que tanto ha costado madurar en nuestro sistema. Otra lectura conllevaría a exterminar de un plumazo todo el orden impuesto a una intuición que por su propia naturaleza merecía un tratamiento sui generis en nuestro ordenamiento. Cuesta encajar, y es obvio, por lo absurdo y contraproducente que es, que, en aplicación de régimen autónomo de reconociendo, la validez de una adopción internacional en España se rija por un sistema distinto del previsto en la LAI por el solo hecho de no tratarse de una “adopción transnacional”. De todas formas, aunque conveniente, una interpretación lata del ámbito de aplicación de la LAI en el sentido último que acabamos de exponer no impedirá que nuestros operadores no tomen en cuenta la referida LAI a la hora de resolver los problemas que la validez de una adopción internacional “no transnacional” plantee en España, lo que, pese a lo lamentable que ello podría resultar, no sería de extrañar.

2016/DGRN/3.— Resolución (57ª) de 12 junio 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 31 junio 2015, 3 diciembre 2015, pp. 25–28.

Adopción belga.— Inscripción.— Adopción por la cónyuge de la madre.

Normas aplicadas: Arts. 10, 14 y 39 CE; 9, 12, 113, 120, 175 y 176 Cc; arts. 15, 16, 23, 46, 47, 48 y 50 LRC; 66, 68, 85, 342 y 358 RRC; la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional; Disp. adic. 1ª Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que modifica el art. 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

[...]

II. Pretenden las promotoras, residentes en Bélgica, de nacionalidad española y alemana, respectivamente, y unidas en matrimonio desde 2004, que se haga constar en la inscripción de nacimiento de uno de sus hijos, nacido en Francia en 2007 e inscrito únicamente con filiación materna respecto de la ciudadana española, su filiación, asimismo, respecto de la cónyuge de nacionalidad alemana. El Encargado del Registro Consular competente denegó la inscripción porque no se había probado ni la concurrencia de los requisitos para aplicar el supuesto previsto en el art. 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, ni la existencia de resolución judicial alguna de adopción del menor por parte de la cónyuge de la madre biológica.

III. De la documentación incorporada al expediente se desprende que las promotoras, que desconocían la existencia del contenido del art. 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, solicitaron a través del Consulado Español en Bruselas, lugar de su residencia, la inscripción de la adopción del menor constituida en Bélgica en 2010, si bien dicho Consulado, al parecer, no remitió en principio la documentación comple-

ta a su homólogo en Toulouse, por lo que el Encargado de este, a la vista de los documentos disponibles, denegó la pretensión basándose en la falta de presupuestos tanto para la aplicación del mencionado art. 7 Ley 14/2006 como para la inscripción de una adopción, que eran las dos posibilidades para poder inscribir la filiación del menor a favor de la cónyuge de la madre biológica. Con la presentación del recurso, sin embargo, se aportó copia de la sentencia de adopción belga, lo que dio lugar a sendos informes favorables a su inscripción por parte del órgano en funciones de Ministerio Fiscal y del propio Encargado del Registro Consular de Toulouse.

IV. Centrando pues la cuestión en la procedencia o no de reconocer en España la validez de una adopción constituida por una autoridad extranjera y, en consecuencia, de practicar su inscripción en el Registro Civil, dicha inscripción se llevará a cabo siempre que la adopción reúna los requisitos recogidos por el art. 26 LAI sobre la determinación de la ley aplicable, la competencia del órgano emisor y la equivalencia de efectos con las adopciones españolas –la declaración de idoneidad no resulta exigible en este caso en tanto que el menor adoptado es hijo legítimo de la cónyuge de la adoptante y, además, esta no reside en España–. Pues bien, en cuanto a los dos primeros aspectos consta en las actuaciones, como se ha dicho, copia compulsada de la sentencia de adopción plena dictada por el correspondiente juzgado de menores belga, competente para decidir sobre la adopción cuando adoptante o adoptado (en este caso los dos) son belgas o tienen su residencia habitual fijada en Bélgica y, en cuanto a la equivalencia de efectos con las adopciones en España, de acuerdo con el conocimiento adquirido por este centro de la legislación belga en esta materia, la adopción plena en ese ordenamiento jurídico reúne las condiciones planteadas por el art. 26 LAI y puede tener acceso al Registro Civil Español.

DERECHOS REALES

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA REALIZADA CON PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

2016/DGRN/4.– Resolución de 23 febrero 2015. RJ 2015\1230.

Documentos notariales.– Otorgamiento por apoderado con poder conferido en documento extranjero.– Necesaria expresión notarial del juicio de equivalencia con el documento público español.– Autenticidad: constancia de la legalización.– Apostilla.– Juicio de equivalencia con el documento público español: concurrencia de los elementos estructurales que dan fuerza al documento público español.– Documento autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga.– Inscripción de compraventa inmueble.

Normas aplicadas: Arts. 98.2º Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; arts. 3, 4, 18 y 254.3 LH; art. 17.3º LN; arts. 33 y 36 RH; art. 177 RN; arts. 10.1º, 11.1º y 12 Cc.

[...]

1. En la resolución del presente recurso deben ser abordados dos temas distintos. El primero, se refiere al alcance de la calificación por el registrador de una escritura de compraventa formalizada en ejercicio de un poder otorgado en el extranjero sobre el que el notario realiza juicio de suficiencia. El segundo, aborda la cuestión relativa a si es necesario acreditar el exceso de pago sobre el precio entregado por el comprador, en los términos reflejados en la escritura de compraventa calificada.

2. Desde la publicación de la ley 24/2001, de 27 de diciembre modificada por Ley 24/2005, de 18 de noviembre, ha sido abundante la doctrina de este Centro Directivo en relación con el alcance de la calificación registral sobre la reseña a la que se refiere el art. 98.1º de la citada Ley. A su tenor “la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”.

De la doctrina y jurisprudencia existente, cabe establecer un criterio ya asentado y pacífico en orden al alcance de dicha calificación. Conforme a este, el notario debe hacer una reseña del documento auténtico que se le exhibe y hacer constar en la escritura su juicio relativo a la suficiencia de las facultades que derivan del mismo para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea este o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia del juicio con ese acto que se le pide inscribir.

Según la nota de calificación del registrador “al no presentarse el poder otorgado en el extranjero no se acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Derecho internacional privado, ni la postilla o en su caso legalización sin que sea suficiente el juicio de suficiencia del notario autorizante, ya que se tratan de supuestos no comprendidos en el ámbito del art. 98.2º Ley 24/2001 de 27/12, modificada por la Ley 24/2005 de 18/11”.

3. La utilización de apoderamientos otorgados fuera de España es constante en la práctica notarial habida cuenta de la internacionalización de las relaciones económicas. Puede considerarse por tanto habitual y en ningún caso excepcional. La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará conforme a los arts. 10.1º y 11.1º Cc, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, art. 11.1º Cc al análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Ello implica que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluir su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España.

Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que han de ser sometidos a la calificación del registrador, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 LH y 33 y 34 de su Reglamento). Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. Dicha doctrina, expresada ya en la Resolución de 11 junio 1999 y confirmada por muchas otras posteriores (vid. “Vistos”), pone de manifiesto cómo, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 Cc), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 RH), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el art. 4 LH, “también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España”; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia.

Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (vid. en el mismo sentido el art. 323 LEC o el art. 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 –Bruselas I refundido–).

Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 RH).

4. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional y, concretamente, para que pueda acceder a los libros del Registro por exigirlo expresamente el art. 36 RH. De otro modo, la falta de toda referencia a la legalización impide tener por cumplida la previsión legal pues como afirma el apartado segundo del mismo art. 98 Ley 24/2001 el instrumento público debe contener “la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico”, siendo la legalización precisamente la circunstancia que permite tener por auténtico el documento extranjero reseñado.

Consecuentemente será preciso que en la reseña que el notario español realice del documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales, sin perjuicio de que pueda aportarse al registrador el documento auténtico donde conste la legalización o apostillado, en su caso. En la escritura que motiva el presente recurso, el notario manifiesta en la reseña identificativa del poder, que se encuentra legalizado con apostilla, por lo que debe revocarse este primer defecto.

Obs.: Vid. Resoluciones DGRN 16 octubre 2015, BOE 5.11.2015. En los recursos se suscita la cuestión de determinar si es posible la inscripción de una compraventa a favor de un extranjero no comunitario de fincas descritas como rústicas, en alguna de las cuales existe una edificación residencial, sitas en la isla de Mallorca, cuando la escritura de compraventa ha sido otorgada antes de obtener la preceptiva autorización militar, si bien se obtiene con posterioridad.

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE FINCA RÚSTICA POR PARTE DE EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO QUE PRECISA DE AUTORIZACIÓN MILITAR

2016/DGRN/5.— Resolución de 5 marzo 2015. BOE 21.3.2015.

Inscripción de compraventa de terreno rústico.— Adquirente extracomunitario.— Exigencia de autorización militar.— Eficacia de condición suspensiva.

Normas aplicadas: Art. 24 CE; arts. 10 a 12, 608, 609, 1113 ss y 1462 Cc; arts. 3, 4, 18 y 254 LH; arts. 33, 34 y 36 RH; arts. 281 y 323 LEC; arts. 12, 13, 14, 20 y 21 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; arts. 18 y 20 y Disp. adic. Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional; arts. 37 y 40 RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional; Orden del Ministerio de Justicia de 21 octubre 1983; arts. 104 a 110 RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; arts. 98.2º Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificado por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; arts.

1.2º, ap. g), y 2 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 17.3º LN; art. 177 RN.

[...]

1. [...] *Conforme a éste, al ser uno de los compradores extracomunitario, y no habiéndose acreditado el otorgamiento de la autorización militar necesaria para inscribir una finca rústica, procede denegar el asiento solicitado. Alega el Notario en su escrito de recurso que, al sujetarse la compraventa a condición suspensiva, no hay transmisión actual del dominio y, por ende, no hay obligación del Notario autorizante de pedirla. En la referida escritura, se estipula, literalmente: “g) Condición suspensiva. Esta compraventa se hace bajo condición suspensiva de aportación de la autorización militar para la compra de la finca rústica descrita en esta escritura por parte del señor E.; requisito legal necesario para la venta, de manera que quedará sin efecto por falta o por imposibilidad de la obtención de dicha autorización militar, en el plazo de doce meses a contar desde la fecha de la presente escritura, en cuyo caso la compradora será exclusivamente la ciudadana de la Unión Europea Dª V.M.R.L., que adquirirá la totalidad de la finca convirtiéndose en propietaria de la misma”.*

Además, se acomoda la forma de pago a la condición expresada.

2. El art. 18 Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, dispone: “En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine: a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase (...)”, y añade el art. 20 de la misma: “A los efectos establecidos en los artículos anteriores, los Notarios y Registradores de la Propiedad deberán exigir de los interesados el acreditamiento de la oportuna autorización militar, con carácter previo al otorgamiento o inscripción, respectivamente, de los instrumentos públicos relativos a los actos o contratos de transmisión del dominio o constitución de derechos reales a que dichos preceptos se refieren”, si bien según su disposición adicional, introducida por el art. 106 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, “1. Las limitaciones que para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la realización de obras y edificaciones de cualquier clase, son de aplicación en los territorios declarados, o que se declaren, zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en virtud de las previsiones contenidas en las disposiciones que integran el capítulo III, no regirán respecto de las personas físicas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea (...)”. En el mismo sentido, los arts. 37 y 40 de su Reglamento, aprobado por el RD 689/1978, de 10 de febrero.

3. *Expuesta la legislación aplicable, procede analizar, en primer término, la condición suspensiva pactada. Ésta, como es sabido, supedita la adquisición de los derechos del acontecimiento que constituye la misma condición, de modo que el negocio existe desde luego, pero queda en suspenso su eficacia.*

Junto a la auténtica condición, se encuentra la denominada conditio iuris sobre la que hay cierto consenso en incluir, dentro de esta categoría, a hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos. Y dentro de los supuestos englobables en la misma se hallan, precisamente, aquéllos en los que el propio legislador exige ciertas autorizaciones que vincula con la eficacia del negocio mismo. La consecuencia, de la diferencia entre ambas, en lo que aquí interesa, consiste en que la conditio iuris no puede elevarse a conditio facti. Es decir, que las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio. En el ámbito notarial y registral, especialmente, pues sería una vía fácil de burlar las exigencias legales, que tanto unos como otros deben verificar (imponiéndolo así en este caso expresamente la Ley), y que siempre podría, en caso contrario, erigirse como simples condiciones impuestas por los sujetos intervinientes.

En el supuesto objeto de este expediente, lo que se constituye como supuesta condición fáctica es, precisamente, la obtención de la preceptiva autorización militar, y de ella no sólo se pretende hacer depender la eficacia del negocio, sino incluso su propia estructura subjetiva, al preverse que, en caso de no obtención de la misma, uno sólo de los sujetos compradores, el nacional comunitario, devendría pleno propietario. Y en la misma línea, en la propia escritura se reconoce el traspaso posesorio, así como se satisface ya una parte considerable del precio (que no se hace depender del pretendido suceso futuro e incierto) e incluso se pacta una condición resolutoria, que, fácticamente, perfectamente podría pretender desplegar su eficacia antes de la obtención de la preceptiva autorización (para lo que se concede un plazo de doce meses, mientras que para el pago aplazado garantizado con la condición resolutoria se pacta un plazo de seis meses, en ambos casos a contar desde el otorgamiento de la escritura), lo que difícilmente puede cohonestarse con un negocio bajo condición suspensiva, con lo que ello supone.

Por tanto, y como ya señaló este Centro Directivo en la Resolución de 20 octubre 1980, la autorización señalada debería haberse exigido ya en el mismo momento de la autorización notarial y, por tanto, también a efectos de inscripción registral. No puede pretenderse, como se ha señalado, que la autorización únicamente deba exigirse al transmitirse el dominio, y hacer depender dicho momento, precisamente, de la obtención de la reiterada autorización, en los términos expuestos. [...]

FILIACIÓN

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL: PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

2016/DGRN/6.— Resolución (2ª) de 4 septiembre 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 30 septiembre 2015, 26 enero 2016, pp. 21–24.

Inscripción de nacimiento en el extranjero de española.— Doble o triple nacionalidad.— Determinación de la filiación no matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 113 y 116 Cc; art. 386 LEC; arts. 2, 48 y 97 LRC.

[...]

II. Pretende la promotora la inscripción en el Registro Civil español de la filiación paterna de su hija menor de edad, nacida en 2001, respecto de quien consta como progenitor en la correspondiente certificación cubana de nacimiento. La solicitante se había casado en 2000 con otro ciudadano argentino de quien se divorció en 2005, según acreditan la correspondiente certificación de matrimonio y el testimonio de la sentencia, respectivamente, sin que conste separación previa de la pareja. El encargado del registro ordenó la inscripción de la menor únicamente con la filiación y los apellidos de la madre por no considerar suficientemente probada la filiación paterna que se pretende, dado que en la fecha del nacimiento la madre continuaba casada con un ciudadano distinto de quien consta como padre en la inscripción de nacimiento de su hija. Dicha decisión constituye el objeto del presente recurso.

III. La cuestión que se discute, por tanto, es la filiación paterna que debe figurar en la inscripción de nacimiento en España de la hija de la promotora cuando, constante el matrimonio de la madre en el momento del nacimiento de la hija, se declara que el padre de esta no es el exmarido —la pareja se divorció posteriormente— sino otro ciudadano argentino que figura como progenitor en la certificación cubana de nacimiento. La solución que deba adoptarse exige que, previamente, se determine si la pre-

sunción de paternidad matrimonial (art. 116 Cc) queda o no destruida con las declaraciones formuladas y las pruebas aportadas.

IV. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (art. 113 Cc) de la presunción de paternidad del marido de la madre del art. 116 Cc mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cf. art. 386 LEC).

V. En este caso, si bien la filiación paterna solicitada es la misma que figura en la certificación de nacimiento cubana de la menor, lo cierto es que existe un matrimonio previo de la madre con otro ciudadano argentino, sin que se haya aportado prueba alguna que permita acreditar la existencia de separación legal o de hecho al menos trescientos días antes del nacimiento de la hija, por lo que, de acuerdo con la legislación española aplicable, no es posible en esta instancia dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial respecto al exmarido. La mera declaración de los interesados negando tal filiación no puede considerarse como prueba con fuerza suficiente para destruirla, de modo que la filiación paterna pretendida no puede quedar determinada en este momento por la vía de un expediente gubernativo y tendrá que intentarla la interesada en la judicial ordinaria o bien por medio de un nuevo expediente gubernativo siempre que se acredite previamente la existencia de separación de hecho de los cónyuges al menos trescientos días antes del nacimiento de la menor. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la práctica de una anotación marginal en la inscripción española, con valor meramente informativo, para hacer constar los apellidos de la inscrita conforme a su ley personal cubana (art. 38.3º LRC).

2016/DGRN/7.— Resolución (33ª) de 30 octubre 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 31 octubre 2015, 2 marzo 2016, pp. 41–45.

Inscripción de nacimiento en España de ciudadana extranjera.— Determinación de la filiación no matrimonial.— Aplicación del nuevo art. 9.4º Cc.

Normas aplicadas: art. 9.4º y 116 Cc; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[...]

II. Se pretende por este expediente la atribución de filiación paterna no matrimonial respecto de un ciudadano rumano a una menor nacida en España en 2013 de madre rumana que ha sido inscrita en el Registro Civil Español con filiación paterna atribuida al marido de la madre, también de nacionalidad rumana y de quien la promotora asegura encontrarse separada de hecho desde hace años, al entender la Encargada del Registro que no se había destruido la presunción de paternidad matrimonial prevista en el art. 116 Cc español. La cuestión que se discute pues, es la filiación paterna que debe figurar en la inscripción de nacimiento de la menor practicada en España.

III. En primer lugar hay que tener en cuenta que, aunque el hecho del nacimiento es inscribible en el Registro Civil Español por haber tenido lugar en España, ninguno de los interesados en este caso es de nacionalidad española, de manera que, de acuerdo con lo establecido en el art. 9, aps. 1 y 4, Cc en la redacción vigente en el momento del nacimiento de la menor interesada, la ley aplicable al estado civil y a los derechos y deberes de familia era la determinada por su nacionalidad, en este caso rumana, no siendo posible deducir, a partir de la documentación contenida en el expediente, la existencia en dicha legislación de una presunción de paternidad matrimonial en los mismos términos que la prevista en el art. 116 Cc español, si bien, en cualquier caso, serán las autoridades extranjeras las Encargadas de interpretar y aplicar sus propias normas. No obstante, cabe añadir que la reciente reforma del art. 9 Cc

en virtud de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha variado sustancialmente la situación anterior en relación con las normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación al declarar que la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de aquella (art. 9.4º Cc), de manera que, a partir de ahora, la determinación de la filiación del extranjero residente en España se hará conforme a la legislación española.

IV. Por otro lado, aun en el caso de que resultara aplicable la presunción del art. 116 Cc, la Circular de 2 junio 1981 de la DGRN sobre régimen legal de la filiación contempla la posibilidad de que, ante una declaración de filiación contradictoria con la que se deriva de la mencionada presunción matrimonial, no se haga constar la filiación paterna del marido en la inscripción solicitada dentro de plazo cuando la presunción deje de existir a la vista de la declaración auténtica del marido (en este caso ni siquiera se ha intentado localizarlo), de la declaración de la madre y de las demás diligencias probatorias de la calificación. Además, aunque la presunción no fuera completamente destruida, concurriendo una declaración de paternidad contradictoria con indicios de verosimilitud, cabe la posibilidad de practicar la inscripción únicamente con filiación materna a la espera de la determinación legal de la paternidad en la instancia que corresponda. Sin embargo, la Encargada en esta ocasión optó por practicar la inscripción atribuyendo la paternidad de la nacida al marido de la madre, de manera que, una vez efectuado el asiento, que hace fe de la filiación de la inscrita (art. 41 LRC), de acuerdo con la legislación registral aplicable, no es posible ya en esta instancia dar por destruida la presunción de paternidad matrimonial y la filiación pretendida tendrán que intentarla los interesados en la vía judicial ordinaria.

MATRIMONIO

NEGATIVA A INSCRIBIR UN MATRIMONIO CONSUETUDINARIO QUE SE CELEBRÓ EN GUINEA ECUATORIAL

2016/DGRN/8.— Resolución (25ª) de 23 enero 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 enero 2015), pp. 846–849. JUR 2015\261421.

Matrimonio celebrado en el extranjero: improcedencia.— Matrimonio consuetudinario celebrado en Guinea por un ciudadano de origen guineano que había adquirido la nacionalidad española.— Capacidad matrimonial rectora del estatuto personal de los contrayentes, siendo uno de los cuales español.— Ley extranjera aplicable según las normas de conflicto españolas.— Excepción de orden público internacional.— Certificado literal de acta de matrimonio consuetudinario, donde s.

Normas aplicadas: Arts. 16 DUDH; art. 12 Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; art. 23 Pacto Internacional de Nueva York de 19 diciembre 1966 de derechos civiles y políticos; arts. 10, 14 y 32 CE; arts. 3, 6, 7, 44, 45, 46, 49, 56, 65, 73 y 74 Cc; art. 23 y 73 LRC; arts. 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 RRC.

[...]

II. En el presente caso, los interesados— el de nacionalidad española adquirida por residencia— pretenden inscribir un matrimonio consuetudinario que se celebró en Guinea Ecuatorial. La inscripción es denegada por el Juez Encargado porque dicho matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país.

III. Los hechos que afectan a españoles, son inscribibles en el Registro Civil Español competente (cf. arts. 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado en Guinea Ecuatorial en 2010

IV. La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar los promotores domiciliados en España. (cf. art. 68.II RCC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cf. arts. 23 LRC y 85 y 256.3º RCC), bien en el expediente al que se refiere el art. 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

V. En el caso actual se aporta un certificado literal de acta de matrimonio consuetudinario, donde se observa que “el matrimonio consuetudinario existe” y también que en dicho documento no aparece, hora, ni persona que autoriza el matrimonio. Por todo ello no es susceptible de inscripción, ni tampoco de la anotación prevista en el art. 271 del Reglamento o, a través de un expediente con valor de presunción (cf. art. 38.2º LRC) de la regulada por los arts. 335, 339 y 340 del propio Reglamento.

VI. Por otra parte y en relación con los matrimonios consuetudinarios, de conformidad con la información oficial facilitada por el Consulado General de España en Bata, el denominado matrimonio consuetudinario de Guinea Ecuatorial admite, con plena eficacia civil, varios matrimonios celebrados por la misma persona sin disolución del vínculo previo (poligamia); permite la unión de niñas a partir de los doce años; y acepta la falta de consentimiento de una de las partes (la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote). Sin perjuicio del sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación redundaría en vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. La cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular en la doctrina de esta DGRN, que ha entrado a examinar la validez de estos matrimonios considerando la Ley española como *lex fori*. Los matrimonios celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario ecuatoguineano, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 46 y 73 Cc y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque este fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil Español.

ADQUISICIÓN BIENES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

2016/DGRN/9.– Resolución de 27 abril 2015. BOE 1.6.2015.

Constitución de hipoteca sobre bien inmueble escrito en el registro, adquirido por cónyuges extranjeros conforme a su régimen económico matrimonial Inscripción de hipoteca.– Régimen económico matrimonial conforme a Derecho alemán.– Prueba extrajudicial del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: arts. 9, 20, 40 y 114 LH; arts.575.1º bis LEC; 51, 54, 92, 93, 98.2º y 105 RH; art. 159 RN.

[...]

1. Son tres los defectos recurridos. Conforme al primero de ellos, sería preciso rectificar el Registro de la Propiedad para la práctica de la inscripción solicitada, por cuanto la finca sobre la que se constituye el derecho real de hipoteca consta inscrita a favor de Dª A.S.R., nacida W., casada con don E.S.R.,

conforme a su régimen económico matrimonial y no con carácter privativo como resultaría de la disposición ahora realizada.

La doctrina de este Centro Directivo ha establecido, reiteradamente, que cuando cónyuges extranjeros, o uno de ellos, realizan adquisiciones en España no es exigible la determinación de su régimen económico matrimonial –aunque ciertamente sería muy deseable y conveniente su acreditación– siendo posible diferir su concreta determinación al momento en que se lleve a cabo una posterior transmisión o enajenación, como ocurre en este caso. Así es, por otra parte, establecido, en el art. 92 RH que permite que la inscripción se realice a favor de los adquirentes con sujeción a su régimen matrimonial. En este caso concreto en el Registro la finca en cuestión está inscrita a favor de D^a A.S.R., de nacionalidad alemana, conforme a su régimen económico matrimonial. Esa inscripción supone, en la práctica, una remisión a la legislación extranjera determinada, en el caso la alemana, cuya identificación no es discutida por la registradora, por lo que nos encontramos ante su régimen legal supletorio o régimen de participación en las ganancias. Este sistema legal en su alcance y actual vigencia ha sido analizado en varias ocasiones por la doctrina de este Centro Directivo que ha señalado, por ejemplo –conforme a la norma e interpretación entonces vigente–, el carácter de ordinario del crédito que corresponde al acreedor de la ganancia diferida.

2. Hay que empezar por señalar, que la determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso a la registradora, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al art. 12.6º Cc, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 enero 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En este caso la norma de conflicto está integrada por el art. 9.2º Cc, conforme al cual “los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

En el presente expediente los bienes constan inscritos “con arreglo al régimen económico matrimonial de la compradora” y ahora se manifiesta que D^a A.S.R. se encuentra viuda y su régimen económico matrimonial era el supletorio legal propio de su nacionalidad de adquisición diferida de bienes.

3. Se plantea la cuestión relativa a la prueba del Derecho extranjero en sede registral. Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 15 julio 2011 y 2 de marzo y 14 noviembre 2012), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal

necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el art. 281.2º LEC, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, SSTs de 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 25 enero 1999 y la Resolución de 20 enero 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cf. arts. 281 LEC, 168.4º RN y 36.2º RH), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, las Resoluciones de 14 diciembre 1981 y 5 de febrero y 1 marzo 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción. En el caso concreto, la titular registral es viuda. Por lo tanto deberán ser probadas las consecuencias del fallecimiento de su consorte en relación con la liquidación del crédito diferido y por ende si precisa o no, eventualmente, del consentimiento de terceros, como podrían ser sus eventuales herederos.

La falta de prueba —en defecto de su conocimiento directo por el registrador a lo que no puede ser obligado— determina la suspensión de la práctica de la inscripción. En el título recurrido no queda debidamente acreditado el contenido de la ley que resulta aplicable al régimen económico matrimonial —incluida su liquidación por sucesión mortis causa—. Las apreciaciones que realiza el notario autorizante en su recurso, con cita de las propias fuentes sobre Internet del Ministerio de Justicia alemán, sin prejuzgar ahora si son o no suficientes, desde luego no se sitúan en el lugar adecuado para ello, que es el título calificado, que no establece juicio alguno sobre la prueba del Derecho aplicable y su vigencia. Juicio necesario tanto para acreditar el carácter privativo del inmueble como la necesidad o no de concurrencia en la disposición de los eventuales sucesores del cónyuge de la titular registral. Es por ello que procede confirmar la calificación de la registradora, si bien con la matización de que no es la rectificación registral lo que se precisa, en cuanto nada hay que rectificar en el mismo, sino la acreditación del régimen, incluido su contenido y vigencia, al cual quedó sujeto en su día la finca cuya titularidad consta exclusivamente a nombre de la disponente, si bien con la salvedad relativa al régimen económico matrimonial.

4. El segundo defecto observado, se refiere a la falta de expresión en el título presentado de las circunstancias personales, tales como el nombre del cónyuge y régimen económico matrimonial de la persona física, asimismo de nacionalidad alemana, a cuyo favor se constituye hipoteca, siendo tales extremos de obligada consignación en el correspondiente asiento a practicar. Considera el notario recurrente que respecto al contenido del régimen económico matrimonial supletorio legal de los ciudadanos alemanes, en el presente supuesto no es preciso expresar tales datos.

Deben ser trasladadas aquí las consideraciones anteriormente realizadas, en orden a la alegación y acreditación del Derecho extranjero, que no se hacen en absoluto en el documento calificado, por lo que corresponde asimismo confirmar la nota de calificación en este extremo.

Obs: 1. Se deniega la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria sobre una finca adquirida por la otorgante, hoy viuda, adquirida conforme a su régimen económico matrimonial, de conformidad con el art. 92 RH, con la pretensión de que se trata de un bien carácter privativo. El registrador suspende la inscripción requiriendo bien la rectificación de la inscripción del bien conforme al art. 40 LH, bien la acreditación de que el bien se adquirió como privativo de conformidad con la legislación alemana aplicable. La suspensión se fundamenta asimismo en la falta de consignación en el título del régimen económico matrimonial de la persona física, asimismo de nacionalidad alemana, a cuyo favor se constituye hipoteca.

2. La DGRN mantiene la doctrina ya consolidada acerca del juego del art. 92 RH. Si bien conforme al art. 92 RH en la adquisición del inmueble se admite que pueda establecerse la mención genérica a que se adquiere conforme al régimen económico matrimonial correspondiente a la ley extranjera que resulte aplicable (en este caso, la alemana), sin determinar su contenido, cualquiera acto ulterior de disposición requiere que se determine concretamente el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. La constitución de la hipoteca implica un acto de disposición y, en consecuencia, para otorgar la escritura pública por la que se hipoteca la finca y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el notario y la registradora deben conocer el régimen económico matrimonial del hipotecante al objeto de determinar si goza por sí sólo de la titularidad del bien y de las plenas facultades dispositivas. Señala la DGRN en el fundamento 1º: “La doctrina de este Centro Directivo ha establecido, reiteradamente, que cuando cónyuges extranjeros, o uno de ellos, realizan adquisiciones en España no es exigible la determinación de su régimen económico matrimonial –aunque ciertamente sería muy deseable y conveniente su acreditación– siendo posible diferir su concreta determinación al momento en que se lleve a cabo una posterior transmisión o enajenación, como ocurre en este caso. Así es, por otra parte, establecido, en el art. 92 RH que permite que la inscripción se realice a favor de los adquirentes con sujeción a su régimen matrimonial”.

La DGRN reproduce en el fundamento jurídico 3º la doctrina consolidada sobre prueba y acreditación del Derecho extranjero, y llega a la conclusión de que “[e]n el título recurrido no queda debidamente acreditado el contenido de la ley que resulta aplicable al régimen económico matrimonial –incluida su liquidación por sucesión *mortis causa*–. Las apreciaciones que realiza el notario autorizante en su recurso, con cita de las propias fuentes sobre Internet del Ministerio de Justicia alemán, sin prejuzgar ahora si son o no suficientes, desde luego no se sitúan en el lugar adecuado para ello, que es el título calificado, que no establece juicio alguno sobre la prueba del Derecho aplicable y su vigencia. Juicio necesario tanto para acreditar el carácter privativo del inmueble como la necesidad o no de concurrencia en la disposición de los eventuales sucesores del cónyuge de la titular registral”.

La DGRN confirma asimismo, en el fundamento jurídico cuarto, el segundo motivo que justifica la suspensión de la inscripción: “El segundo defecto observado, se refiere a la falta de expresión en el título presentado de las circunstancias personales, tales como el nombre del cónyuge y régimen económico matrimonial de la persona física, asimismo de nacionalidad alemana, a cuyo favor se constituye hipoteca, siendo tales extremos de obligada consignación en el correspondiente asiento a practicar. Considera el notario recurrente que respecto al contenido del régimen económico matrimonial supletorio legal de los ciudadanos alemanes, en el presente supuesto no es preciso expresar tales datos. Deben ser trasladadas aquí las consideraciones anteriormente realizadas, en orden a la alegación y acreditación del Derecho extranjero, que no se hacen en absoluto en el documento calificado, por lo que corresponde asimismo confirmar la nota de calificación en este extremo (S.A.S.L.).

2016/DGRN/10.– Resolución de 28 octubre 2015. BOE 23.11.2015.

Suspensión de la inscripción de una escritura de compraventa.– Ausencia de identificación adecuada de uno de los vendedores, cuya nacionalidad se menciona como “norteamericana”, sin hacer constar su pasaporte.– Indeterminación del régimen económico matrimonial del vendedor, independientemente de que haya adquirido el bien a título sucesorio.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 18 LH; arts.51.9º y 92 RH.

[...]

1. Se discute en el presente expediente si es inscribible una escritura de compraventa en la que uno de los vendedores es un extranjero, concretamente de nacionalidad estadounidense, que si bien manifiesta que su estado civil es de casado nada indica en relación a cuál es el régimen económico que rige las relaciones patrimoniales surgidas en el seno de su matrimonio.

[...]

4. Tratándose de bienes adquiridos por cónyuges extranjeros, la cuestión es determinar el momento en que tal régimen debe ser acreditado por los medios legalmente previstos al registrador, bien en el momento de la adquisición del bien cuando ingresa en su patrimonio o bien en el momento de su disposición. A tal cuestión se ha referido de manera uniforme este Centro Directivo al reconocer que “cuando un bien esté inscrito a nombre de un extranjero casado conforme a la legislación de su país en el momento de su enajenación debe acreditarse el régimen matrimonial, al efecto de determinar la legitimación para disponer, tal acreditación no es necesaria cuando quienes disponen agotan todos los derechos sobre el mismo, y, de la misma manera que, si enajenaran ambos cónyuges, no será necesaria acreditar el régimen” (Resolución de 16 diciembre 2002).

5. En relación a la prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH. Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por Notarios y registradores.

Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria [disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio], en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley. Pero entre sus principios inspiradores, fundados en el art. 24 CE Española, se encuentra un principio común, el de tutela efectiva que no sólo conduce a los tribunales de Justicia sino que deberá amparar a quien busque la tutela de los registros públicos.

En base a este planteamiento sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (vid. Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 14 noviembre 2012 y 20 julio 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial.

En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un numerus clausus de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

[...]

6. Por último no puede este Centro Directivo no contestar ciertos argumentos esgrimidos por el Notario recurrente en su escrito de recurso. En primer lugar debe recordarse que la mayor o menor dificultad en acreditar extremos que puedan afectar a la validez del negocio jurídico, si bien es cierto que puede conllevar una mayor complejidad en la titulación y calificación registral del mismo, no puede ser alegado como motivo para incumplir las obligaciones de tales operadores jurídicos en la seguridad jurídica preventiva. Por tanto las exigencias prevenidas en la legislación hipotecaria deberán aplicarse con igual celo independientemente de la facilidad en obtener tal conocimiento, sin que pueda alegarse el principio de no discriminación del extranjero, ya que es efectivamente el principio contrario el que impera al aplicar con el mismo rigor la normativa vigente. También debemos rechazar el argumento del Notario cuando afirma que en las adquisiciones “mortis causa” ha de partirse de que las mismas no afectan, por regla general, a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal en el sentido de que como el vendedor adquirió por herencia no es necesario acreditar ahora en la venta su régimen económico matrimonial, porque hay legislaciones en las que los bienes adquiridos a título gratuito están sujetos un régimen especial de disposición (p.ej. Noruega, Suecia, etc.). Por último debe recordarse que el juicio de capacidad general emitido por el Notario al otorgar el título en ningún caso supone una privación al registrador competente en sus funciones calificadoras, debiendo incluir en el título los elementos imprescindibles para que éste pueda cumplir su función en los términos legalmente previstos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Obs.: La DGRN reitera su doctrina, ya bien asentada, acerca de que el momento de acreditación del régimen económico del matrimonio es el de enajenación de los bienes, pudiendo en cambio su adquisición ser inscrita sin precisión de dicho régimen (art. 92 RH). En efecto, el hecho de que el bien haya sido adquirido a título oneroso o a título gratuito, en este caso como parte de la sucesión, no evita esta cautela. Dado que el bien había sido adquirido por el vendedor siendo extranjero y casado, sin que constara su régimen económico matrimonial, no cabe presumir el carácter privativo del bien sin tener en cuenta la ley aplicable al régimen económico matrimonial, pues como señala la propia DGRN no es extraño que en algunos sistemas dichos bienes no sean considerados privativos.

Por lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero la Resolución presenta mayor interés, por cuanto ha de pronunciarse sobre los efectos de la Ley 29/2015 de 30 julio Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil en el régimen de prueba y aplicación extrajudicial del Derecho extranjero. La DGRN estima básicamente dos efectos: i) La aplicación al ámbito registral de las reglas de cooperación jurídica relativas a la información acerca del Derecho extranjero contenida en los arts. 34 a 36 de la Ley. ii) La pervivencia del art. 36 del RH, que queda intangible, al igual que la práctica registral y la doctrina de la DGRN sobre este extremo, toda vez que el art. 33 de la Ley únicamente resulta aplicable al ámbito judicial. En consecuencia, la Resolución reitera tal doctrina en los mismos términos en que se ha pronunciado recientemente. (S.A.S.L.)

2016/DGRN/11.— Resolución 4 diciembre 2015. BOE 28.12.2015.

Determinación del régimen económico matrimonial en la adquisición de un inmueble por cónyuges marroquí y norteamericana conforme al “régimen legal de su nacionalidad”.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º Cc; art. 9.4º LH; arts. 51 y 92 a 96 RH.

[...]

1. En el caso objeto de recurso, un matrimonio compuesto por un marroquí y una estadounidense declaran en escritura estar casados bajo el “régimen legal de su nacionalidad” y adquieren por compra una finca.

El registrador suspende la inscripción ya que dado que dichos consortes no tienen una nacionalidad común, estima que será necesario aclarar cuál es el régimen económico–matrimonial que ostentan dichos consortes, y en función del mismo, en su caso, deberá expresarse la proporción en que los compradores adquieren la finca transmitida.

El recurrente alega que se cumplen todos los requisitos establecidos en el art. 92 RH ya que, siendo ambos cónyuges de nacionalidad extranjera, se hace constar que está sometido a legislación extranjera su régimen económico–matrimonial y el citado artículo se limita a exigir, en este caso, que se expresen la inscripción que el bien se adquiere con sujeción a su régimen matrimonial.

2. El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De aquí que la determinación de la titularidad deba quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico–matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Por ello el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla 9ª del art. 51 RH exige que se haga constar el régimen económico–matrimonial.

Por otro lado, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada. En este sentido como declaró este Centro Directivo en Resolución de 15 julio 2011 el notario debe desplegar la mayor diligencia en la averiguación de cuál es el régimen económico–matrimonial de los comparecientes extranjeros, diciendo la citada Resolución: “(...) debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De un lado, el art. 159 del Reglamento Notarial no hace distinción alguna, por lo que el autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto (vid. Resolución de 15 junio 2009). De otro, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6º Cc) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable

al régimen económico de los cónyuges. Así aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable”.

3. Ahora bien, como señala el recurrente, la práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el art. 92 RH desde la reforma de 1982, después, entendieron que lo más práctico, en el caso de adquirentes casados cuyo régimen económico-matrimonial estuviera sometido a una legislación extranjera, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción (“con indicación de éste, si constare”, expresa la disposición in fine de ese precepto reglamentario), difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el art. 92 RH, se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere “con sujeción a su régimen matrimonial”.

Sin embargo, como así mismo se señaló en la Resolución de 5 marzo 2007 y otras posteriores, esa norma, que no necesita de mayor aclaración en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, pues su régimen económico-matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común, necesita, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, la determinación de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español contenidas en el art. 9.2º Cc que dispone: “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”. De esa manera podrá saberse, si la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial será una ley extranjera, lo que posibilitará que de acuerdo con el art. 92 RH la finca se inscriba con sujeción al régimen matrimonial de esa ley nacional, sin necesidad de especificar cuál sea aquél, o por el contrario, el régimen económico-matrimonial se rige por la legislación española, por lo que de acuerdo con el art. 51.9º RH, habría que manifestar y, en su caso, acreditar (si derivara de un pacto capitular), el régimen económico-matrimonial concreto, por afectar la adquisición que se inscriba a los derechos futuros de la sociedad conyugal (cf. arts. 93 a 96 RH).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Obs: 1. Pretende inscribirse escritura de compraventa de un inmueble adquirido por cónyuges marroquí y estadounidense “casados en el régimen legal de su nacionalidad”. Se suspende la inscripción al considerar que los consortes no tienen una nacionalidad común, al ser él de nacionalidad marroquí, y ella de nacionalidad estadounidense. En consecuencia, se considera necesario aclarar cuál es el régimen económico matrimonial que ostentan dichos consortes, y en función del mismo, en su caso, expresar la proporción en que los compradores adquieren la finca transmitida. El notario autorizante recurre al considerar que se cumplen las exigencias del art. 92 RH y de la doctrina registral que, en su virtud, difiere la determinación del régimen económico matrimonial, en el caso de cónyuges extranjeros, al momento de la enajenación y permite la inscripción haciendo mención genérica de que lo hacen conforme a su régimen económico matrimonial.

2. La DGRN confirma la calificación del registrador e incide en su doctrina de interpretación del art. 92 RH, distinguiendo, en el caso de cónyuges extranjeros, la referencia genérica al régimen económico matrimonial de la necesaria determinación y constancia por el notario de la ley aplicable a dicho régimen económico matrimonial. En efecto, recuerda la DGRN el carácter imperativo de las normas de

conflicto (art. 12.6º.I Cc) y el hecho de que dicha constancia solo resulta innecesaria cuando ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad. En tal caso, a resultas del art. 9.2º, estima la DGRN de que no hay duda en tal caso de la aplicación de la ley nacional común, por lo que no resulta necesaria la precisión sobre la ley aplicable a dicho régimen económico matrimonial. En contrapartida si, como es el caso, ambos cónyuges ostentan distintas nacionalidades, el notario, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 9.2º y 9.3º Cc, debe indagar y hacer constar la ley aplicable a dicho régimen, lo que sirve asimismo para descartar una eventual aplicación de la ley española que requeriría determinar con precisión el régimen económico matrimonial. Cabe pensar, por ejemplo, en la hipótesis de que los cónyuges del presente caso, sin hacer capitulaciones, hubieran contraído matrimonio y residido inmediatamente después en España, en cuyo caso su régimen económico matrimonial quedaría regido por la ley española.

Aun admitiendo a coherencia de la doctrina de la DGRN, conviene señalar que la necesidad de que el notario haga constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial no queda excluida en todos los supuestos en que los cónyuges ostentan una nacionalidad común. Las razones de seguridad jurídica que invoca la propia DGRN exige dicha constancia por el notario al menos en tres supuestos: en primer lugar, en el caso de que alguno de los cónyuges ostente más de una nacionalidad, además de la que comparte con su cónyuge, en cuyo caso el notario deberá tener en cuenta lo previsto en los arts. 9.9º y 9.10º Cc a los efectos de confirmar la aplicación de la ley de la nacionalidad compartida. En segundo lugar, también resulta exigible dicha diligencia al notario en aquellos casos en que ambos cónyuges compartan la nacionalidad de un sistema plurilegislativo (EE UU, Reino Unido, etc.), en cuyo caso será preciso tener en cuenta lo dispuesto en el art. 12.5º Cc para determinar concretamente qué ley resulta aplicable entre las que coexisten en el sistema jurídico de la nacionalidad común. Además, con carácter general, convendría asimismo que quedara descartado el reenvío por la ley nacional común a la ley española en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2º Cc.

Por último, podría haber aclarado la DGRN que, conforme a su doctrina reiterada, el defecto quedaría subsanado con la referencia en la escritura pública a la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sin necesidad de que, como sugiere la nota de calificación del registrador, deba precisarse en concreto dicho régimen económico y las cuotas de participación de los adquirentes (S.A.S.L.).

2016/DGRN/12.— Resolución 15 febrero 2016. BOE 11.3.2016.

Régimen económico matrimonial del vendedor y del comprador de un inmueble, ambos de nacionalidad alemana.— Prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 9.2º, 9.3º y 12.6º Cc; art. 1.3º, 9, 18, 20, 21 y 38 LH; arts. 5, 36 y 91 RH; art. 168 RN.

[...]

1. Se presenta a inscripción una compraventa entre ciudadanos alemanes, representados por el mismo apoderado, en la que el vendedor que según el Registro, está sujeto al régimen económico matrimonial de comunidad, en la escritura ahora calificada manifiesta ser dueño con carácter privativo de la finca sin que se aporte o establezca prueba al respecto. La apoderada manifiesta además que el comprador se encuentra casado en régimen legal de separación de bienes con participación en las ganancias modificado, sin hacer ninguna aclaración sobre tal modificación, ni constancia alguna de dato relativo al nombre, apellido o apellidos, y domicilio de su cónyuge.

[...]

El presente recurso aborda, por tanto, una vez más, la prueba extrajudicial del Derecho extranjero en relación al Registro de la Propiedad.

2. Con carácter general, la prueba del Derecho no se aborda en los instrumentos europeos ni en los Convenios internacionales de los que España es parte. Exclusivamente España –al igual que otros veintiséis Estados miembros– forma parte del Convenio de Europa sobre información del Derecho extranjero, de 7 junio 1968, y de la red judicial europea, establecida en la decisión 568/2009/CE que modifica la decisión 2001/470/CE (en la que resulta especialmente relevante su art. 3.2º).

3. La prueba del Derecho extranjero ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015).

Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH. Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del derecho extranjero previstos en el art. 36 RH.

[...]

En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender esta.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

[...]

En definitiva, el art. 36 RH posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (cf. Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

Por último, esta Dirección General considera preciso recordar tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E–Justicia.

4. Esta doctrina general es especialmente relevante en relación al patrimonio de las personas casadas. La Resolución de 4 diciembre 2015, destacó que la titularidad de los bienes inscritos queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico-matrimonial que determina el ejercicio y extensión del Derecho. Por ello, el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla 9ª del art. 51 RH exige que se haga constar el régimen económico-matrimonial. La determinación de la situación jurídica objeto de publicidad no varía por el hecho de resultar aplicable un sistema jurídico distinto del español.

5. En el caso planteado, la escritura calificada carece de la más mínima aportación de prueba en relación al régimen económico-matrimonial de transmitente y del adquirente y respecto de éste de dato alguno de su cónyuge, expresándose además que es un régimen económico de participación en las ganancias modificado, sin que se acredite en qué consiste esta modificación.

No se alega ni se prueba por medio alguno el Derecho alemán ni en relación a la observancia de las formas y solemnidades extranjeras ni a la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto. Tampoco, en lo que aquí es especialmente relevante, para la acreditación de la validez del acto realizado, disposición y adquisición del inmueble, extremo al que resulta también exigible (Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005).

6. Por otra parte, es sabido que la alegación de la prueba –para la que el art. 36 RH permite un elenco abierto de medios– no se reduce a la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país, en forma lógica y razonable.

Pero nada de esto resulta de la escritura calificada por lo que debe ser confirmada íntegramente la calificación de la registradora.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

NOTA

1. Se presenta a inscripción una compraventa entre ciudadanos alemanes. El vendedor había adquirido el bien junto a su cónyuge conforme a su régimen económico matrimonial de comunidad. En la escritura manifiesta que el bien es privativo. La apoderada de la parte compradora manifiesta que el régimen económico de esta el de separación de bienes con participación en las ganancias modificado. La Registradora deniega la inscripción por falta de acreditación conforme al Derecho alemán aplicable del régimen económico matrimonial tanto del vendedor como del comprador. Respecto del primero, sobre la base del art. 92 RH que difiere al momento de la enajenación la necesidad de determinar dicho régimen. Respecto del comprador, sobre la base esencialmente de los arts. 9 y 21 LH y 51 RH, que requieren determinar la identidad del cónyuge del comprador y la acreditación del régimen matrimonial invocado.

2. La DGRN confirma la calificación de la Registradora. En primer término reproduce su doctrina general sobre la prueba del Derecho extranjero tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que puede resumirse de la siguiente forma: i) La regla sobre prueba del Derecho extranjero contenida en el art. 33 de la Ley no modifica el régimen de acreditación y prueba extrajudicial del Derecho extranjero, de forma que el art. 36 RH sigue siendo de aplicación. ii). Se mantiene vigente, pues, la doctrina ya sentada por la DGRN acerca de la prueba y acreditación del Derecho extranjero, y en particular la procedencia de que el registrador suspenda la inscripción cuando considere que no se ha acreditado suficientemente el contenido del Derecho extranjero. iii) Los mecanismos de cooperación internacional para la prueba del Derecho extranjero contenidos en los arts. 34 a 36 de la Ley 29/2015 están abiertos tanto a autoridades judiciales como a registradores, notarios y otras autoridades no judiciales.

Respecto del caso concreto, la DGRN confirma la calificación de la Registradora, destacando su fundamento jurídico 5^o:

“En el caso planteado, la escritura calificada carece de la más mínima aportación de prueba en relación al régimen económico–matrimonial de transmitente y del adquirente y respecto de éste de dato alguno de su cónyuge, expresándose además que es un régimen económico de participación en las ganancias modificado, sin que se acredite en qué consiste esta modificación.

No se alega ni se prueba por medio alguno el Derecho alemán ni en relación a la observancia de las formas y solemnidades extranjeras ni a la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto. Tampoco, en lo que aquí es especialmente relevante, para la acreditación de la validez del acto realizado, disposición y adquisición del inmueble, extremo al que resulta también exigible (Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005)”.

La resolución anotada requiere, cuando menos, una aclaración. La decisión es clara por lo que se refiere a la determinación, conforme al Derecho alemán, del régimen económico del vendedor, imprescindible para admitir el carácter privativo del bien. Es sabido que el art. 92 RH permite diferir al momento de la disposición dicha determinación, que deviene imperativa cuando se trata no solo de enajenar, sino también de gravar un bien inmueble adquirido genéricamente conforme al régimen económico matrimonial que corresponda según la ley extranjera aplicable. Las objeciones respecto de las referencias al adquirente, asimismo alemán, exigen alguna matización. Es obvia la necesidad de identificar al cónyuge de conformidad con el art. 51, regla 9^a RH, “error material” que reconoció y procedió a subsanar la parte recurrente. Pero la necesidad de acreditar el régimen económico matrimonial del adquirente requiere alguna precisión. Como señaló, entre otras, la Res. DGRN de 4 diciembre 2015, que cita la resolución comentada, el art. 92 RH únicamente exige que el notario haga constar la ley aplicable al régimen económico matrimonial, junto a la mención que el bien se adquiere por uno o ambos cónyuges conforme a “su régimen económico matrimonial”, difiriendo su determinación al momento de la enajenación. No obstante, como señala la propia Resolución DGRN de 27 abril 2015, semejante posibilidad no impide que siga siendo deseable y conveniente determinar el régimen económico matrimonial. En particular, esto es así cuando se pretende inscribir bajo la titularidad privativa de uno de los cónyuges. Esta es, precisamente, la circunstancia del caso planteado: el adquirente hace mención a su régimen de separación de bienes con participación en ganancias modificado. En la escritura podría haberse optado por determinar identificar al cónyuge del adquirente y señalar someramente que el bien se adquiriría conforme a su régimen matrimonial de conformidad con el Derecho alemán. Al optar por hacer mención específica de dicho régimen, supuestamente para acreditar el carácter privativo de la titularidad resultante, era sin embargo preceptiva su acreditación y prueba conforme al Derecho alemán y, en su caso, los pactos modificativos existentes entre los cónyuges (*vid.* Res. DGRN 9 julio 2013).

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

2016/DGRN/13.— Resolución 3 mayo 2016. BOE 6.6.2016.

Inscripción del testimonio de decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria.— Falta de requerimiento en el procedimiento de ejecución al cónyuge del demandado.— Inscripción del bien conforme a su régimen matrimonial: separación de bienes.— Art. 42 RH.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

Normas aplicadas: Arts. 12 Cc; arts. 1, 18, 20, 40 y 82 LH; art. 159 RN; art. 281 LEC; arts. 34, 35, 36, 92 y 100 RH; art. 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

[...]

1. La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

La registradora suspende la inscripción por no constar en la documentación presentada que haya sido demandada y requerida de pago a la esposa del demandado.

El interesado señala que no es necesario demandar y requerir de pago a la esposa porque según el historial registral y la nota simple del Registro sobre la finca consta que es privativa del demandado.

2. El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De aquí que la determinación de la titularidad deba quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas y de ahí que nuestro ordenamiento exija la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral.

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 15 julio 2011, tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico–matrimonial esté sujeto a una Ley extranjera la regla es la misma pues la finalidad de publicar una situación jurídica cierta, de conformidad con el principio de especialidad, no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión empero es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el art. 92 RH.

Por otro lado, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De un lado, el art. 159 RN no hace distinción alguna, por lo que el autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto (vid. Resolución de 15 junio 2009). De otro, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6º Cc) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Ahora bien, en el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (cf. Resoluciones de 3 enero 2003, 26 febrero 2008 y 15 julio 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico–matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el art. 92 RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal

momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone. Dicho régimen no se aplicará, según el criterio sentado en las citadas Resoluciones, si la enajenación o el gravamen se realizan contando con el consentimiento de ambos cónyuges (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa).

[...]

Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria [disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio], en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley. Pero entre sus principios inspiradores, fundados en el art. 24 CE, se encuentra un principio común, el de tutela efectiva que no sólo conduce a los tribunales de Justicia sino que deberá amparar a quien busque la tutela de los registros públicos.

La aplicación de la legislación togolesa queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005, 20 enero 2011, 22 febrero 2012 y 31 octubre 2013, entre otras). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un “numerus clausus” de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

[...]

4. Una vez examinada la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de acreditar el Derecho extranjero, debemos entrar en el fondo del asunto.

En el presente caso se trata de determinar si es necesario o no haber demandado y requerido de pago a la esposa del demandado para poder inscribir un decreto de adjudicación de finca como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Según el historial registral, la finca está inscrita “a favor de D. T., casado bajo el régimen matrimonial que le sea aplicable, de conformidad con lo establecido en art. 92 RH y que según manifestó es de separación de bienes”. Ello supone que, de acuerdo al art. 9.2º Cc, la ley aplicable respecto del comprador sería la togolesa como ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, como resulta del propio título adquisitivo, y, por tanto, para otorgar la escritura pública por la que se hipotecó la

vivienda, y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el notario y la registradora, debieron conocer el régimen económico matrimonial del hipotecante, al objeto de determinar si goza por sí sólo de facultades dispositivas.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que de conformidad con las determinaciones legales, una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH), en virtud del principio de legitimación y en relación a la eficacia de los asientos registrales hay que señalar que su contenido se presume exacto y válido.

En base a ello no podemos confirmar el defecto señalado por la registradora de la Propiedad porque habiendo el interesado constituido e inscrito la hipoteca a su favor en virtud del régimen de separación de bienes, no se le puede exigir posteriormente que se le debió demandar y requerir de pago a su esposa cuando el bien consta inscrito a su nombre con carácter privativo, reforzando también este criterio, el hecho de que la finca en cuestión no es su vivienda familiar habitual según consta en el historial registral y en la nota simple expedida.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

NOTA

1. En la presente Resolución, la DGRN reitera en primer lugar su doctrina acerca de la aplicación del art. 92 RH. En particular, vuelve a señalar que aunque cabe la posibilidad de inscribir la adquisición del bien, genéricamente, conforme al régimen económico matrimonial del adquirente, y aun desconociendo el notario el contenido de la ley material extranjera, debe hacerse constar en la escritura pública cuál es la ley extranjera aplicable: “Así aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable”. Confirma la DGRN que “el art. 92 RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone. Dicho régimen no se aplicará, según el criterio sentado en las citadas Resoluciones, si la enajenación o el gravamen se realizan contando con el consentimiento de ambos cónyuges (enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa)”.

Por lo que se refiere a la prueba del Derecho extranjero, reitera la DGRN su doctrina reiterada sobre los medios de prueba, facultades del registrador, consecuencias de la falta de prueba, etc. Destaca nuevamente que esta doctrina no se ha visto alterada por las nuevas reglas contenidas en la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica en Materia Civil, cuyo art. 33 “no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH, mientras que “los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores”.

Aplicando esta doctrina al supuesto concreto, estima la DGRN que debe estimar el recurso, pues “[s]egún el historial registral, la finca está inscrita “a favor de D. T., casado bajo el régimen matrimonial que le sea aplicable, de conformidad con lo establecido en art. 92 RH y que según manifestó es de separación de bienes. Ello supone que, de acuerdo al art. 9.2º Cc, la ley aplicable respecto del comprador sería la togolesa como ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, como resulta del propio título adquisitivo, y, por tanto, para otorgar la escritura pública por la que se hipotecó la vivienda, y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el notario y la registradora, debieron conocer

el régimen económico matrimonial del hipotecante, al objeto de determinar si goza por sí sólo de facultades dispositivas. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que de conformidad con las determinaciones legales, una vez practicado un asiento el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH), en virtud del principio de legitimación y en relación a la eficacia de los asientos registrales hay que señalar que su contenido se presume exacto y válido. En base a ello no podemos confirmar el defecto señalado por la registradora de la Propiedad porque habiendo el interesado constituido e inscrito la hipoteca a su favor en virtud del régimen de separación de bienes, no se le puede exigir posteriormente que se le debió demandar y requerir de pago a su esposa cuando el bien consta inscrito a su nombre con carácter privativo, reforzando también este criterio, el hecho de que la finca en cuestión no es su vivienda familiar habitual según consta en el historial registral y en la nota simple expedida”.

2. La decisión es consecuente con la doctrina contenida en la Res. DGRN de 9 julio 2013, si bien en aquel caso se acogió la calificación del registrador al constar la adquisición conforme al régimen conyugal de bienes, especificando que era el de comunidad. Con todo, la argumentación de la DGRN deja mucho que desear en algunos puntos, al menos formalmente. Así, al afirmar que “para otorgar la escritura pública por la que se hipotecó la vivienda, y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el notario y la registradora, debieron conocer el régimen económico matrimonial del hipotecante, al objeto de determinar si goza por sí sólo de facultades dispositivas”. Cuando menos la sintaxis no es correcta: ni el notario ni el registrador, en virtud precisamente de lo dispuesto en el art. 92 RH, deben conocer el régimen matrimonial del titular del bien. Cabría decir, en todo caso, que si el bien se inscribió como privativo, el registrador debió “de” conocer cuál era el régimen económico matrimonial. En efecto, como señala la Res. DGRN de 27 abril 2015, tal diferimiento del contenido del régimen económico matrimonial es una posibilidad y, aunque no sea exigible la determinación del contenido del régimen económico matrimonial, sigue siendo “deseable y conveniente”. En tal caso, la inscripción del bien como ganancial o como privativo debe basarse en una debida acreditación previa de la ley extranjera aplicable. Asimismo lo reitera la DGRN en una resolución del mismo día que la comentada.

Sintaxis al margen, la clave de la Resolución es simple: cuando se haga uso de la posibilidad que habilita el art. 92 del RH, el registrador debe poner atención en dos aspectos: i) Que se mencione genéricamente que el bien se adquiere conforme a su régimen económico matrimonial, identificando al cónyuge, y sin hacer mención al régimen económico matrimonial concreto ni al carácter privativo o no del bien, a menos que estas cuestiones, tanto legales como fácticas, se hayan acreditado convenientemente. ii) En cualquier caso, debe hacerse mención en la escritura de la ley aplicable en virtud del art. 9.2º Cc, aunque no se acredite su contenido ni, en consecuencia, el régimen económico matrimonial o el carácter del bien.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

2016/DGRN/14.— Resolución 3 mayo 2016. BOE 6.6.2016.

Matrimonio en régimen de comunidad.— Bien adquirido con sujeción a un régimen económico—matrimonial extranjero.— Constancia del carácter privativo del bien.— Necesidad de acreditarlo previamente de conformidad con la ley extranjera aplicable.— Art. 92 RH.— Suspensión de la

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

inscripción de la adquisición de un bien con carácter privativo conforme al régimen legal de bienes del adquirente, de nacionalidad mexicana

Normas aplicadas: Art. 326 LH; art. 281 LEC; arts. 36, 51, 92 y 98 RH.

[...]

1. *Se debate en este recurso la inscripción del carácter privativo de la adquisición de una finca por una persona casada en régimen de comunidad por haber adquirido el bien el comprador con dinero procedente de una donación que se relaciona en el documento presentado pero que no se acompaña.*

2. *Conforme al art. 326 LH, y la doctrina reiterada por esta Dirección General, en Resoluciones como las de 4 noviembre 2008, 5 febrero 2009 y 25 de febrero y 6 mayo 2013, no pueden admitirse en el recurso documentos, que el registrador no tuvo a la vista en el momento de la calificación. Dispone aquel precepto que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.*

3. *Como se ha señalado por este Centro Directivo en las adquisiciones realizadas por personas casadas sujetas a un régimen económico–matrimonial extranjero sin acreditar el Derecho extranjero en debida forma, el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla del art. 51 RH exige que se haga constar el régimen económico–matrimonial, la práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el art. 92 RH desde la reforma de 1982 después, entendieron que lo más práctico, en el caso de adquirentes casados cuyo régimen económico–matrimonial estuviera sometido a una legislación extranjera, era entender no necesario expresar el régimen en la inscripción (“con indicación de éste si constare” expresa la disposición in fine de ese precepto reglamentario).*

En el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico–matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (cf. Resoluciones de 3 enero 2003, 26 febrero 2008 y 15 julio 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico–matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el art. 92 RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone.

Sin embargo, en el supuesto de este expediente, cuando se trata de hacer constar el carácter privativo de un bien que, de otro modo, pertenecería a la comunidad el momento de probar el derecho extranjero será el de la adquisición, pues dicha constancia hará que su titular pueda disponer, llegado el momento, del bien sin consentimiento de su cónyuge y sin ninguna traba.

Por lo anterior debe tenerse en cuenta lo acertado de la advertencia de la registradora al anticipar la necesidad de prueba del Derecho extranjero cuando pueda aportarse el documento que no pudo tener a la vista al tiempo de hacer la calificación.

Probado debidamente el Derecho extranjero y en el supuesto de que fuera admisible el carácter de bienes privativos por donación, ninguna dificultad existiría en admitir como prueba del carácter privativo, la donación del dinero mediante escritura formalizada el día anterior.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS EXTRANJEROS CON OPCIÓN POLIGÁMICA

2016/DGRN/15.— Resolución (202ª) de 28 agosto 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 26 enero 2016, pp. 487-492.

Matrimonio.— Inscripción de matrimonio celebrado en Baréin.— Opción por poligamia.— Denegación por contrariedad con orden público.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 65 Cc; arts. 15, 16, 26, 27, 35, 69 y 73 LRC, arts. 81, 85, 256 y 257 RRC.

[...]

II.- En el presente caso, los interesados -ella de nacionalidad española adquirida por residencia- pretenden inscribir un matrimonio poligámico que se celebró en el Reino de Baréin. La inscripción es denegada por el Juez Encargado porque dicho matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país.

III.- Los hechos que afectan a españoles, son inscribibles en el Registro Civil Español competente (cf. arts. 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado en Bahrein en 2010.

IV.- La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar la promotora domiciliada en España. (cf. art. 68, II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro Extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cf. arts. 23 LRC y 85 y 256.3 ° RRC), bien en el expediente al que se refiere el artículo 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

V.- En el caso actual se aporta un certificado literal de acta de matrimonio, donde se observa que en el apartado de datos relativos al esposo aparece un párrafo cuyo tenor literal es “Número de esposas casadas con él en la actualidad: ninguna”. Es evidente que tal párrafo hace mención a la posibilidad de existencia de mujeres casadas con el contrayente masculino lo cual es perfectamente posible en la regulación sunní del matrimonio islámico que constituye la ley personal del contrayente que pertenece a dicha rama del islam. Es indiferente que el contrayente esté divorciado de los matrimonios anteriores de manera definitiva de acuerdo con la legislación islámica. Lo que es determinante a los efectos de este recurso es que la poligamia, junto al repudio son elementos fundamentales del matrimonio islámico que no pueden ser admitidos de ningún modo por aplicación del orden público internacional (cf. art. 12.3° Cc). En el Derecho español la poligamia no tiene cabida legal, como se deduce del marco constitucional vigente. El art. 1 señala a la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español; el art. 10.1° considera a la dignidad humana y los derechos a ella inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; el art. 14 contiene un mandato de igualdad y una prohibición de discriminación por razón de sexo; y, ya en el aspecto matrimonial, el artículo 32.1 prescribe la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio. Además, este elenco constitucional, en tanto que atañe a derechos fundamentales, ha de interpretarse de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia (art. 10.2°). El Código civil prohíbe contraer matrimonio a los ya ligados por vínculo matrimonial válido (art. 46.2°), tipificando este matrimonio como nulo (art. 73.2°). El Código penal, por su parte, considera la poligamia como delito en su art. 217 y la Ley Orgánica de Extranjería de 2000 refuerza la prohibición de la poligamia, al impedir la reagrupación familiar de más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero permita esa posibilidad [art. 17.1°a). Finalmente, en el ámbito del Derecho comunitario derivado, que afecta a España en cuanto miembro de la Unión Euro-

pea, se rechaza el reagrupamiento familiar en el caso del matrimonio polígamo, si el marido que lo pretende ya tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro. Por todo ello hay que concluir que el matrimonio celebrado no es susceptible de inscripción, ni tampoco de la anotación prevista en el art. 271 del Reglamento o, a través de un expediente con valor de presunción (cf. art. 38-2º LRC) de la regulada por los arts. 335, 339 y 340 del propio Reglamento.

VI.- Sin perjuicio del sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación redundaría en vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. La cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular en la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha entrado a examinar la validez de estos matrimonios considerando la Ley española como *lex fori*. Los matrimonios celebrados con opción poligámica son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 46 y 73 Cc y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque este fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil Español.

NOTA

1. El número de asuntos que llegan a la DGRN sobre matrimonios con elemento extranjero es abrumadoramente alto, y muy superior al de supuestos meramente internos. Entre ellos, una proporción nada despreciable se dedica a resolver los recursos frente a la denegación de la autorización para contraer el vínculo o frente a la negativa a inscribir el matrimonio ya celebrado con arreglo a un ordenamiento extranjero, ante la sospecha de que el matrimonio (futuro o celebrado) es de complacencia. A este respecto no hay novedades significativas en la doctrina que la DGRN ha desarrollado en los últimos años. Sin embargo, las decisiones (parcialmente) reproducidas en las páginas anteriores resultan merecedoras de atención, en tanto que ejemplos de una línea relativamente reciente, y que resulta merecedora de denuncia, por su falta de respeto a la configuración del *ius connubi* como derecho garantizado en la Constitución española (art. 32) y en diversos textos internacionales de protección de derechos humanos (así, por ejemplo, el art. 9 CDFUE o el art. 12 CEDH), y por el aroma a prejuicios islamófobos que destila.

Las resoluciones se oponen a la inscripción de matrimonios celebrados ante autoridades extranjeras por su (alegada) contrariedad con el orden público español, al tratarse de matrimonios (potencialmente) poligámicos. Así, en la Resolución (202ª) de 28 agosto 2015 una española naturalizada, anteriormente nacional del Reino de Baréin, ve denegada la inscripción de su matrimonio celebrado años atrás en este Estado, cuando aún tenía su nacionalidad. La DGRN, confirmado la decisión del encargado del registro, entiende que resulta contrario al orden público español reconocer la validez y eficacia de este matrimonio porque fue contraído bajo la opción polígama. En la segunda de las resoluciones extractadas, la (25ª) de 23 enero 2015 se trata de ecuatoguineanos que celebraron su matrimonio en la forma consuetudinaria local en el Estado de su anterior nacionalidad antes de obtener la nacionalidad española, y la denegación de la inscripción. Pero, como antes indiqué, no se trata de resoluciones aisladas: sólo en 2015, la DGRN da la misma solución a los recursos presentados frente a la denegación de la inscripción de matrimonios de españoles recientemente naturalizados celebrados en Gambia cuando aún tenían la nacionalidad de este país [vid. Resoluciones DGRN (28ª) de 23 enero 2015, *BIMJ*, 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 enero 2015), pp. 687-689; (58ª) de 13 febrero 2015, *ibid.*, de 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 29 febrero 2015), pp. 964-966; (25ª) de 13 marzo 2015, *ibid.* de 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 marzo 2015), pp. 1276-1278; (43ª) de 27 marzo 2015, *ibid.* 19 agosto de 2015 (Resoluciones de 1 a 31 marzo 2015), pp. 1280-1282; (36ª) de 30 marzo 2015, *ibid.* de 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 marzo 2015), pp. 1283-1285; (48ª) de 10 abril 2015, *ibid.* de 10 noviembre 2015 (Resoluciones de 1 a 30 abril 2015), pp. 1009-1011; (43ª) de 17 abril 2015, *ibid.* de 10 noviembre 2015 (Resoluciones de 1 a 30 abril 2015), pp. 1011-1013; (15ª) de 22 mayo 2015, *ibid.* de 10 noviembre 2015 (Resoluciones de 1 a 31 mayo 2015), pp. 855-857; (2ª) de 5 junio 2015, *ibid.* de 3 diciembre 2015 (Resoluciones de 1 a 30

junio 2015), pp. 792-794]; de matrimonios de bangladeshíes en el momento de la celebración del matrimonio en Bangladesh, que posteriormente adquieren la nacionalidad española [vid. Resoluciones DGRN (10ª) de 14 mayo 2015, *BIMJ* de 10 noviembre 2015 (Resoluciones de 1 a 31 mayo 2015), pp. 853-855]; de matrimonios celebrados en Senegal por senegaleses que posteriormente adquieren la nacionalidad española [Resoluciones DGRN (33ª) de 6 febrero 2015, *BIMJ* de 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 29 febrero 2015), pp. 959-961; (18ª) de 26 marzo 2015, *ibid.* de 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 marzo 2015), pp. 1278-1280]; incluso, también el de mujeres españolas que tenían la nacionalidad de su estado de origen (Gambia) cuando conformaron el vínculo con arreglo a la ley local [Res. DGRN (2ª) de 6 febrero 2015, *ibid.* 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 29 febrero 2015), pp. 956-958; (3ª) de 27 marzo 2015, *ibid.* 19 agosto 2015 (Resoluciones de 1 a 31 marzo 2015), pp. 1457-1560].

2. Es cierto que algunos ordenamientos jurídicos admiten la poligamia, y que cuando lo hacen permiten al varón realizar una declaración por la cual excluye o, por el contrario, deja abierta la posibilidad de contraer otro matrimonio sin necesidad de disolver –o que se haya disuelto, por muerte– el que celebra en ese momento (vid. M.L. Labaca Zabala, “El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º. 18, mayo de 2009, pp. 261-331, esp. p. 266). Cuando la “opción poligámica” se ejercita, el matrimonio que se contrae es *potencialmente* poligámico. Y este tipo de matrimonio es el que la DGRN, ahora (alterando sobre su anterior práctica), considera contrario al orden público español. Sin embargo, el único matrimonio que podría resultar contrario al orden público español es el matrimonio realmente o *actualmente* poligámico (vid. sobre la distinción entre matrimonios potencialmente poligámicos y matrimonios actualmente poligámicos, y su tratamiento en diversos Derechos, L. Pålsson, *Marriage in Comparative Conflict of Laws: Substantive Conditions*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, pp. 152-152). En este sentido, no le falta razón al Centro Directivo cuando deniega la inscripción de matrimonios celebrados en Marruecos por españoles, anteriormente marroquíes y de esta nacionalidad en el momento de la celebración, sin que resulte acreditado que en el momento de la conformación se encontraban disueltos sus matrimonios anteriores [vid., v.gr., Resoluciones DGRN (61ª) 21 abril 2014 y (31ª) 24 abril 2014, *BIMJ* de 17 diciembre 2014, pp. 424-426 y 426-428 y Res. DGRN (16ª) 12 mayo 2014, *ibid.*, 21 enero 2015, pp. 591-593].

La DGRN obvia que la contrariedad con el orden público de una situación debe valorarse a la luz de esa situación en concreto. Si los contrayentes no tienen vínculos matrimoniales con otras personas subsistentes en el momento de la celebración, su matrimonio no es poligámico, ocurra lo que ocurra posteriormente. El matrimonio fue celebrado entre dos personas con plena capacidad para contraer matrimonio, tanto desde el punto de vista del ordenamiento extranjero con arreglo al cual se conformó, como desde el punto de vista del Derecho español. Así lo afirmaba la propia DGRN no hace tanto: en relación con (otros) matrimonios consuetudinarios ecuatoguineanos, advertía que la excepción de orden público (sólo) debería jugar si uno de los contrayentes *estaba ya casado* cuando se contrajo ese matrimonio (vid., entre muchas otras, la Res. DGRN 30 octubre 1998, *BIMJ*, n.º 1850, 1999, pp. 2406-2408). Esta práctica manejaba correctamente la excepción del art. 12.3 Cc. Sin embargo, en los casos aquí comentados, como en el resto de esos otros supuestos en los que la inscripción se ha denegado esgrimiendo la contrariedad con el orden público español, su invocación resulta errónea. Cabe indicar que, en el caso de los matrimonios consuetudinarios de Guinea Ecuatorial sí concurre una razón para no permitir su acceso al Registro civil, y es la insuficiencia del título presentado (vid., en relación con los celebrados en 1998, A.P. Abarca Junco, “La celebración del matrimonio y su nulidad”, A.P. Abarca Junco (coord.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 443-444). Pero cabe insistir en que lo “potencial” de la poligamia no contraviene ningún principio o valor fundamental del ordenamiento español. Que un primer matrimonio de un posible polígamo nunca es un matrimonio poligámico: es un matrimonio contraído entre un hombre viudo, divorciado o soltero y una mujer en alguna de esas tres situaciones, por lo que no reconocerlo es lo que vulnera el *ius connubi*.

3. La doctrina de la DGRN resulta aún tanto más absurda cuanto que además tiene presente que en ninguno de los casos examinados se ha llegado a hacer uso de la posibilidad de contraer el segundo

matrimonio que (ese sí) sería poligámico. Esto es: no sólo obvia que, de haber más de un matrimonio contraído por un sujeto cuyo estatuto personal permite la poligamia, el primero sería en todo caso válido; es que, además, reconoce que en realidad no hay segundo ni ulterior. Por otra parte, también sorprende que la DGRN haga referencia a las normas que regulan la reagrupación familiar como disposiciones que fundamentan su decisión. Aunque la regulación de la UE y la española en la materia no admitan la situación de poligamia, ya que no autorizan la reagrupación de más de una cónyuge, sí permiten el reconocimiento de la eficacia de matrimonios *actualmente* poligámicos, en la medida en que permiten elegir la cónyuge reagrupable: sólo una (luego reconoce el matrimonio), y no necesariamente la primera (luego permite reconocer tanto el primero como el segundo o ulterior [vid. A. Borrás Rodríguez, “La sociedad europea multicultural: la integración en el mundo árabe”, A. Borrás y S. Mernissi (eds.), *El Islám jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, pp. 163-198, esp. p. 181].

4. La nueva doctrina no justifica en ningún modo por qué resultaría contrario al orden público español reconocer e inscribir estos matrimonios sólo porque se hayan conformado de acuerdo con leyes de inspiración islámica. Se contenta con afirmar que “la poligamia, junto al repudio, son elementos fundamentales del matrimonio islámico que no pueden ser admitidos de ningún modo”, como si los solicitantes estuviesen reclamando tal admisión. La DGRN no puede ignorar que este no es el caso. Lo único que pretenden estos “nuevos españoles” es que en el Registro civil consten los actos que afectan a su estado y ejercitar los derechos inherentes a su vida familiar, como la reagrupación de sus cónyuges. La DGRN debería procurar la continuidad de las relaciones en el espacio e intentar que las situaciones no sean claudicantes; y, sin embargo, rechaza prejuiciosamente el reconocimiento de situaciones que en realidad son perfectamente válidas. Cabe plantearse, a este respecto, por qué, si el problema es que el cónyuge varón pueda ejercitar la poligamia (aunque no lo haya hecho), no basta con reclamarle una declaración por la cual renuncie a esta posibilidad, tal y como se hacía en el trámite de inscripción de adopciones extranjeras que permitían revocación (*v.gr.*, solicitar una renuncia a la revocabilidad), incluso antes de que se estableciese legalmente esta posibilidad. La DGRN debe abandonar de forma inmediata esta práctica. Debe reconocer la validez de los matrimonios *potencialmente* poligámicos (ya que, en realidad, todos los matrimonios lo son), y manejar de forma más cuidadosa y respetuosa la excepción de orden público, para evitar disertaciones estereotipadas e islamóforas.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

NACIONALIDAD

PÉRDIDA Y CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

2016/DGRN/16.– Resolución (23ª) de 4 septiembre 2015. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 30 septiembre 2015, 26 enero 2016, pp. 469–472.

Nacionalidad.– Declaración de conservación de la nacionalidad por española de origen.

Normas aplicadas: Arts. 17 (redacción originaria) y 24 Cc; arts. 67 y 96 LRC; arts. 232 y 340 RRC.

[...]

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

II. Se pretende por la interesada, nacida en M. en 1950, que se haga constar marginalmente en su inscripción de nacimiento la declaración de conservación de la nacionalidad española. Para ello compareció ante el Encargado del Registro Civil Consular de su domicilio, el de Tel Aviv (Israel), declarando su voluntad de conservar la nacionalidad española a los efectos previstos en el art. 24.1º Cc. Así consta en el acta extendida el 10 diciembre 2014. Dicha acta fue remitida al Registro Civil de Madrid donde se hallaba inscrito el nacimiento de la interesada. Por el Encargado de este Registro se emitió resolución señalando que no procedía practicar la citada declaración de conservación de la nacionalidad española porque no constaba anotada la nacionalidad española de la solicitante y por tanto, nunca la había ostentado. Este escrito de denegación constituye el objeto del presente recurso.

III. El artº 17.2º Cc en su redacción originaria, vigente en la fecha de nacimiento de la interesada, establecía que son españoles los hijos de padre o madre españoles. En este caso, la interesada aporta junto con el escrito de recurso, diversa documentación española de su padre, entre otros, comunicación recibida por éste del Consulado de España en Sofía (Bulgaria) con fecha 30 abril 1930 de la concesión de la nacionalidad española mediante Real Orden de 28 marzo 1930 así como copia del pasaporte español de su padre marzo 1946, que constatan que su padre ostentaba la nacionalidad española en el momento de su nacimiento.

IV. Entre las modificaciones que introdujo en la regulación de la nacionalidad en el Código Civil la Ley 36/2002, de 8 de octubre, deben a los efectos de resolución de este recurso, destacarse los relativos a la materia de pérdida (cf. art. 24 y 25 Cc). Así, si se sigue perdiendo la nacionalidad española por los emancipados que residiendo habitualmente en el extranjero, adquieren voluntariamente otra nacionalidad o utilizan exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación, produciéndose la pérdida una vez que transcurren tres años a contar respectivamente desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación, se introduce, no obstante, la novedad de que los interesados pueden evitar la pérdida si dentro del plazo establecido declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil, lo que supone rehabilitar en cierta medida la conservación de la nacionalidad española para los emigrantes que había introducido la Ley 51/1982, de 13 de julio y que, como había hecho notar la doctrina, había quedado suprimida, sin explicación clara para ello, por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre. La interesada manifestó su voluntad de conservar la nacionalidad española a los efectos previstos en el art. 24.1º Cc ante el Encargado del Registro Civil Consulado por lo que, dado que ha quedado acreditada la nacionalidad española de origen de la interesada y que no existen en el expediente elementos que permitan acreditar la pérdida de la nacionalidad española, procede que se haga constar marginalmente su declaración de voluntad de conservarla.

2016/DGRN/17.– Resolución (41ª) de 27 noviembre 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN, 1 a 30 noviembre 2015, 4 mayo 2016, pp. 536-539.

Nacionalidad.– Adquisición de la nacionalidad española por opción por nacional colombiano.– Declaración de conservación de la nacionalidad.– No cabe declaración por españoles no de origen.– No se produce pérdida de la nacionalidad por quien no tuvo que renunciar a la anterior.

Normas aplicadas: Arts. 24 y 25 Cc; arts. 15, 16, 46 y 57 LRC; arts. 66, 68 y 232 RRC; Disp. adic. 2ª Ley 36/2002, de 8 de octubre.

[...]

II. Se pretende por el interesado, nacido en Colombia el 15 agosto 1977, la conservación de la nacionalidad española y que se deje sin efecto la declaración de pérdida de su nacionalidad española adquirida por opción en 1977. La Encargada del Registro Civil Consular emitió acuerdo en fecha 16 julio 2014 por el que se resolvió se inscribiera al margen de la inscripción de nacimiento del promotor

la pérdida de la nacionalidad española, en virtud de lo establecido en el art. 24.1º Cc dado que el interesado no declaró su voluntad de conservarla en el plazo de tres años desde su adquisición ante el citado Registro Civil Consular. Este acuerdo constituye el objeto del presente recurso.

III. Entre las modificaciones que introdujo en la regulación de la nacionalidad en el Código civil la Ley 36/2002, de 8 de octubre, deben a los efectos de resolución de este recurso, destacarse los relativos a la materia de pérdida (cf. art. 24 y 25 Cc). Así, si se sigue perdiendo la nacionalidad española por los emancipados que residiendo habitualmente en el extranjero, adquieren voluntariamente la nacionalidad o utilizan exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieron atribuida antes de la emancipación, se introduce, no obstante, la novedad de que los interesados pueden evitar la pérdida si dentro del plazo establecido declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil, lo que supone rehabilitar en cierta medida la conservación de la nacionalidad española para los emigrantes que había introducido la Ley 51/1982, de 13 de julio y que, como había hecho notar la doctrina, había quedado suprimida, sin explicación clara para ello, por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre. Pero en todo caso es evidente que la conservación de la nacionalidad presupone necesariamente, por un lado, la previa tenencia de la nacionalidad española, lo que queda demostrado por la documentación obrante en el expediente, pero también es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 24 Cc, que si bien no lo señala expresamente, cabría entender aplicable a nacionales originarios, ya que el art. 25 Cc sí que aclara expresamente que se refiere a los españoles que no sean de origen y, por lo tanto, al presente caso, puesto que el interesado obtuvo la nacionalidad española por opción el 17 septiembre 1997. Así, si bien el interesado ostenta la nacionalidad colombiana desde su nacimiento, no resultaría procedente inscribir una declaración de conservación de la nacionalidad española, ya que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, el art. 24 se referiría únicamente a los españoles de origen. En este sentido, se estima que el hecho de que el interesado no sea español de origen constituye uno de los supuestos regulados en los arts. 24 y 25 Cc, que establecen los límites en los que se desarrolla la diferencia de “estatus” constitucional establecida entre españoles de origen y españoles no originarios. Así, cabe concluir que la facultad de conservación de la nacionalidad española regulada en el ap. 1º del art. 24 Cc está prevista sólo para los nacionales españoles de origen y no para aquellas personas que han adquirido la nacionalidad española no de origen, como ocurre en el caso del interesado, ya que de la certificación literal de nacimiento inscrita en el Registro Civil de Bogotá (Colombia) se comprueba que éste adquirió la nacionalidad española por opción el 17 septiembre 1997, sin renunciar a su anterior nacionalidad colombiana. En conclusión, se estima que el interesado no puede acogerse a la facultad de conservación de la nacionalidad española regulada en el art. 24.1º Cc, por estar prevista para españoles de origen.

IV. Dispone el art. 25 Cc en su apartado 1 que “los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) Cuando durante un periodo de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española”. Las condiciones señaladas por este artículo no concurren en el presente caso, ya que si bien el interesado nació en Colombia en 1977 y se encuentra residiendo en ese país, se observa de la certificación literal de nacimiento que obra en el expediente que adquirió la nacionalidad española por opción en 1997, es decir, que no es español de origen, sin embargo no tuvo que renunciar a su nacionalidad anterior, la colombiana, en virtud de lo dispuesto por los arts. 11.3º CE y 24.1º Cc. Por otra parte, el promotor tampoco incurre en los supuestos de pérdida de nacionalidad española establecidos en el art. 25 Cc.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: estimar el recurso y revocar la resolución apelada.

NACIONALIDAD ESPAÑOLA *IURE SOLI*: NO CABE OPCIÓN POSTERIOR

2016/DGRN/18– Resolución (50ª) de 18 septiembre 2015. *BIMJ*, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 30 septiembre 2015, 26 enero 2016, pp. 466–468.

Nacionalidad.– Atribución por *iure soli* para evitar apatridia.– No cabe opción cuando el padre (ecuatoriano) adquiere la nacionalidad española.

Normas aplicadas: Arts. 17, 20 y 22 Cc; arts. 5, 16, 23, 66 y 96.2º LRC; arts. 66, 68 y 340 del RRC.

[...]

II. Los promotores, nacidos en Ecuador y de nacionalidad ecuatoriana en el momento de nacimiento del hijo, solicitan la opción a la nacionalidad española para el menor, nacido el de 2007 en M., en virtud de lo establecido en el art. 20.1º.a) Cc, alegando la nacionalidad española de su padre, adquirida por residencia el 29 abril 2008. La Encargada del Registro Civil de Murcia dicta providencia en fecha 4 marzo 2015, por la que desestima la solicitud formulada, toda vez que el menor tiene declarada la nacionalidad española con valor de simple presunción por resolución registral de 3 marzo 2008 del citado Registro Civil. Frente a la citada providencia se interpone recurso por los promotores, padres del menor, solicitando se conceda la nacionalidad española por opción para su hijo.

III. Conforme al conocimiento adquirido por este Centro de la legislación ecuatoriana hay que concluir que, hasta la publicación de la nueva Constitución del país el 20 octubre 2008, sólo adquirirían automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, si alguno de ellos se encontraba al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o “transitoriamente ausentes del país por cualquier causa”; en cualquier otro caso la nacionalidad ecuatoriana de los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento sólo se adquiriría por virtud de un acto posterior, como era, bien el hecho de domiciliarse en el Ecuador, bien una manifestación de voluntad de ser ecuatorianos formulada a partir de los dieciocho años de edad por los residentes en el extranjero. En el caso actual el menor nace en mayo de 2007, por tanto, todavía bajo la vigencia CE ecuatoriana de 1998, por lo que no adquirió la nacionalidad ecuatoriana de sus padres porque estos no estaban al servicio de Ecuador o de un organismo internacional y porque su estancia fuera de Ecuador no puede calificarse de transitoria, a la vista de que su domicilio en España está acreditado por lo que se desprende del padrón municipal. Igualmente se hace constar que al padre del menor le ha sido reconocida la nacionalidad española por residencia, por resolución de la DGRN de fecha 4 octubre 2007, inscrita en fecha 29 abril 2008 en el Registro Civil de Murcia, con posterioridad al nacimiento del menor.

IV. Se trata, pues, de una situación de apatridia originaria del nacido en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone, encontrándose reconocida por resolución registral de 3 marzo 2008 dictada por el Encargado del Registro Civil de Murcia e inscrita marginalmente en la inscripción de nacimiento del menor en fecha 14 noviembre 2008, por lo que no resulta procedente la opción a la nacionalidad española reconocida en el art. 20.1º.a) Cc que es una nacionalidad no originaria o derivativa.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado.

NOMBRE Y APELLIDOS

ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS A ESPAÑOL CON DOBLE NACIONALIDAD CONTEMPLADA

2016/DGRN/19.– Resolución (16ª) de 25 septiembre 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 1 a 30 septiembre 2015, 26 enero 2016, pp. 48.

Apellidos.– Adquisición de la nacionalidad.– Conservación apellidos con arreglo a ley anterior.– Normativa imperativa española.

Normas aplicadas: Arts. 109 Cc; art. 55 LRC; art. 94 RRC.

[...]

II. Pretenden los promotores que en la inscripción de nacimiento de su hijo en el Registro Civil Español se le atribuya como apellido paterno el segundo de su progenitor en lugar del primero alegando que aquél es de nacionalidad brasileña y que, según el sistema de atribución brasileño, el apellido paterno figura en segundo lugar, de manera que el apellido que corresponde imponer a su hijo es el segundo del solicitante. La Encargada del Registro denegó la pretensión porque, conforme a la legislación española, nacionalidad que ostenta el menor, el apellido que corresponde imponer es el que figura en primer lugar en la inscripción de nacimiento, ya sea la del padre o la de la madre.

III. El art. 194 RRC dispone que, si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el art. 109 Cc, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de la madre. Ello es aplicable tanto a los extranjeros que adquieren la nacionalidad española como a los ciudadanos con doble nacionalidad que solicitan su inscripción en el Registro Civil Español, de manera que la calificación realizada por la Encargada es correcta. La legislación extranjera no puede condicionar la aplicación de las normas españolas y no son admisibles las alegaciones, tanto de los promotores como del Ministerio Fiscal, apelando a una interpretación finalista del art. 194 RRC según la cual, conforme al sistema de atribución brasileño, debe hacerse constar como apellido paterno el segundo del progenitor porque no se estima conforme con la evolución y modificaciones habidas en materia de atribución de apellidos. Basta pensar en la facultad que tienen los progenitores de invertir el orden de los apellidos de los hijos (opción, por cierto, solicitada en este caso) para poner en duda que el artículo reglamentario citado deba interpretarse actualmente en el sentido de que son necesariamente los apellidos paternos los que han de transmitirse y que así ha de actuarse cuando se trate de extranjeros que adquieren la nacionalidad española o de ciudadanos con doble nacionalidad cuya inscripción en el Registro Civil Español se solicita.

IV. Es cierto que este criterio presenta el inconveniente de que el menor, que, presumiblemente, tiene doble nacionalidad española y brasileña, puede verse abocado a una situación en la que sea identificado con apellidos distintos en los dos países de los que ostenta la nacionalidad. Sin embargo, la legislación española, cuando el interesado está inscrito en un Registro Civil extranjero con otros apellidos, admite que este hecho, que afecta al estado civil de un español según una ley extranjera, pueda ser objeto de anotación registral conforme al art. 38.3º LRC. Esta anotación sirve para poner en relación el contenido de los Registros español y extranjero y para disipar dudas en cuanto a la identidad del interesado, máxime si como resultado de la anotación se expide el certificado plurilingüe de diversidad de apellidos previsto en el Convenio nº 21 de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) hecho en La Haya en 1982.

V. Finalmente, en lo que se refiere a las alegaciones sobre la diferencia de apellidos con el otro hijo del solicitante también nacido en España, baste decir que en este último caso se trata de un menor extranjero (madre estadounidense y padre brasileño), por lo que sus apellidos se rigen por su ley nacional (cf. arts. 9.1º Cc. y 219 RRC) y no corresponde a los órganos españoles decidir sobre su atribución.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso y confirmar la calificación realizada

APPELLIDOS DE ESPAÑOLES CON OTRA NACIONALIDAD DEL EEE

2016/DGRN/20.— Resolución (47ª) de 23 octubre 2015. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil) de 1 a 30 octubre 2015, 2 marzo 2016, pp. 97–100.

Apellidos.— Determinación de apellidos de española con otra nacionalidad.— Inaplicabilidad de la jurisprudencia del TJUE.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 109 Cc; arts. 53 y 55 LRC; arts. 137, 194 y 365 RRC.

[...]

II. Interesan los promotores que se inscriba a su hija, nacida en Oslo de madre noruega y padre español, con los apellidos E. S. Ed. y la Encargada del Registro Civil Consular, razonando que conforme a la legislación española le corresponden los apellidos E. Ed., en el orden que los padres elijan y que habrá de seguirse para futuros hijos, dispone no aceptar los apellidos solicitados mediante acuerdo calificador de 29 noviembre 2013 que constituye el objeto del presente recurso.

III. El art. 194 RRC, que dispone que, si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el art. 109 Cc., el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el primero de los personales de la madre, “aunque sea extranjera”, es una norma de Derecho interno de aplicación exclusiva a personas de nacionalidad española y, por tanto, específicamente referida a la composición de los apellidos del hijo español de madre extranjera en supuestos en los que el apellido de la madre se hubiese perdido o alterado, por razón de matrimonio, conforme a su ley personal (cf. art. 137.2ª RRC). En este caso, del extracto del registro de nacimiento noruego y de la inscripción de matrimonio española de la madre resulta que a su nacimiento fue inscrita como K. S. –nombre– Ed. –apellido– y que tras su matrimonio sus menciones de identidad pasaron a ser K. S. Ed. –nombre E.– apellido– de modo que lo que el Registro proclama contradice la alegación de que conforme a su ley personal ostenta dos apellidos y, aunque se acreditara que así es, no es admisible la inscripción de la nacida española con tres apellidos.

IV. Si bien, en principio, la menor a la que se refieren estas actuaciones, al parecer de doble nacionalidad española y noruega, podría verse abocada a ser identificada de forma distinta en los dos países de los que es nacional, para asegurar la adecuada identificación de las personas en quienes concurre esta circunstancia el Derecho internacional privado y los ordenamientos jurídicos internos prevén la coordinación de los Registros Civiles de diferentes Estados y la legislación española admite que este hecho, que afecta al estado civil de un español según una ley extranjera, sea objeto de anotación registral, conforme al art. 38.3 LRC, a fin de poner en relación el contenido de los registros español y extranjero y disipar dudas en cuanto a la identidad del inscrito máxime si, como resultado de la anotación, se expide el certificado plurilingüe de diversidad de apellidos previsto en el Convenio nº 21 de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC) hecho en La Haya en 1982.

La jurisprudencia del TJCE y la Instrucción que la Dirección General dictó tras la última de las dos sentencias que los promotores invocan no son de aplicación al caso: versan sobre la armonización de los Registros Civiles de los Estados miembros y sobre ciudadanos que ostentan simultáneamente la nacionalidad de dos países de la Unión y, a mayor abundamiento, no se solicita el reconocimiento por el Registro Civil español del nombre y el apellido determinados e inscritos en Noruega sino que quien en ese país es A. S. Ed. E. sea en España A. E. S. Ed. Tal pretensión, sobre contradictoria con el objetivo declarado de que la menor sea igualmente identificada en los dos países de los que es nacional, se fundamenta en una interpretación finalista de la legislación española que no es acorde con la evolución y las modificaciones habidas en materia de atribución de apellidos y que, por tanto, ha de ser rechazada: baste recordar la facultad que tienen los padres de decidir el orden de transmisión a su primer hijo de su respectivo primer apellido (cf. art. 109 Cc) para descartar que del art. 194 RRC pueda inferirse actualmente que en la inscripción de nacimiento deba figurar como primer apellido del nacido el de su padre.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

SOCIEDADES

INSCRIPCIÓN DE UN PODER GENERAL OTORGADO POR LA SUCURSAL EN ESPAÑA DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA

2016/DGRN/21.– Resolución de 9 julio 2015. BOE 13.8.2015.

Sociedades extranjeras.– Inscripción de sucursales: improcedencia.– Poder general otorgado por sucursal en España de una sociedad extranjera: folio de aquella cerrado por falta de depósito de las cuentas anuales.– Imposibilidad de inscripción de cualquier documento relativo a la sociedad.

Normas aplicadas: Arts. 279, 280 y 282 RD Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 365, 375, 376 y 378 RRM.

[...]

1. La única cuestión que se debate en este expediente hace referencia a si es correcta la calificación de la registradora mercantil que rechaza la inscripción de un poder general otorgado por la sucursal en España de una sociedad extranjera al hallarse el folio de la sucursal cerrado por falta del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2013. El recurrente considera que el cierre es incorrecto al tratarse la entidad de una sucursal de una sociedad extranjera.

2. Es evidente que el recurso no puede prosperar al no haber tenido en cuenta las disposiciones específicamente previstas en la Sección 3ª del Capítulo tercero del Título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que lleva por nombre: “De otras funciones del Registro Mercantil”. Dice así el art. 375: “Depósito de cuentas en el Registro de la sucursal. 1. Las sociedades extranjeras que tengan abiertas sucursales en España habrán de depositar necesariamente en el Registro de la sucursal en que consten los datos relativos a la sociedad sus cuentas anuales y, en su caso, las cuentas consolidadas que hubieran sido elaboradas conforme a su legislación. 2. Dicho depósito se regirá por lo previsto en la Sección 1ª de este Capítulo. Si las cuentas ya estuvieran depositadas en el Registro de la sociedad extranjera, la calificación del Registrador se limitará a la comprobación de este extremo. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. Por su parte el art. 376 afirma que: “Control de equivalencia. En el caso de que la legislación de la sociedad extranjera no preceptuase la elaboración de las

cuentas a que se refiere el artículo anterior o la preceptuase en forma no equivalente a la legislación española, la sociedad habrá de elaborar dichas cuentas en relación con la actividad de la sucursal y depositarlas en el Registro Mercantil”.

3. La contundencia del contenido normativo no deja espacio a la controversia dado que prevé la obligatoriedad del depósito hasta el punto de hacer necesaria la formulación de cuentas específicas para la sucursal cuando se produzca el supuesto previsto en el último artículo transcrito.

La regulación del vigente Reglamento del Registro Mercantil no es ninguna novedad pues procede de la idéntica contenida en los arts. 339 y 340 del Reglamento aprobado por el RD 1597/1989, de 29 de diciembre. De acuerdo con la regulación legal y reglamentaria esta Dirección General ha reiterado (vid. “Vistos”), que el claro mandato normativo contenido en el art. 282 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, así como en el art. 378 y en la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil, no deja lugar a dudas: transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse documento alguno relativo a la sociedad mientras el incumplimiento persista, salvo las excepciones expresamente previstas. Siendo de aplicación la doctrina anterior a las sucursales en España de sociedades extranjeras no procede sino la desestimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

RENOVACION DE UN CODIGO LEGAL ENTITY IDENTIFIER GENERADO A FAVOR DE UNA PERSONA JURIDICA EXTRANJERA

2016/DGRN/22.— Resolución de 16 julio 2015. BOE 24.9.2015.

Naturaleza de la intervención del registrador mercantil en la asignación y renovación del Código Legal Entity Identifier.— Ausencia de rigorismo formal: aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 noviembre.

Normas aplicadas: Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 junio 2012 por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades; Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones; la disposición adicional segunda del RD-ley 14/2013, de 29 noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras y otras medidas; arts. 16 y 18 Ccom; arts. 350 ss RRM.

[...]

1. La cuestión planteada en este expediente requiere un pronunciamiento previo de esta Dirección General en relación a la naturaleza de la intervención del registrador Mercantil en la asignación y renovación del código LEI (pre-LEI, como se explicará), y sobre las consecuencias que de ello se derivan.

Los efectos expansivos derivados de la globalización de la economía internacional y la cada vez mayor complejidad de las operaciones que en dicho ámbito se llevan a cabo han puesto reiteradamente de relieve la necesidad de contar con un código identificador único de personas jurídicas (“Legal Entity Identifier”), que permita la debida identificación a nivel internacional de aquellas entidades que operan

en transacciones financieras. Sensible a esta necesidad el denominado “Grupo G20” acordó en sus cumbres de Cannes (2011) y de Los Cabos (2012) la creación de un Sistema Global de Identificación de Personas Jurídicas (Global Legal Identity Identifier System, GLEIS). La estructura del sistema se articula a través de un órgano superior o Comité de Vigilancia Regulatoria (Regulatory Oversight Committee, ROC), de una Fundación cuya misión es gestionar la Unidad Operativa Central (Central Operating Unit, COU), y las Unidades Operativas Locales (Local Operation Units, LOU’S).

La carta fundacional del Comité de Vigilancia Regulatoria (ROC), fue adoptada el día 5 noviembre 2012 mientras que los estatutos de la Fundación del Sistema Global de Identificación (Global Legal Identity Identifier, GLEIF), con sede en Ginebra y responsable de la gestión de la Unidad Operativa Central (COU), fueron adoptados el día 26 junio 2014. El Banco de España se adhirió a la carta fundacional del ROC por decisión de su Comisión Ejecutiva el día 21 diciembre 2012 asumiendo la condición de miembro de pleno Derecho.

La disposición adicional segunda del RD-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de supervisión y solvencia de entidades financieras, regula en España la figura del identificador de entidad jurídica, prevista asimismo por el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones.

Dicha disposición adicional atribuye su emisión y gestión en España al Registro Mercantil en los siguientes términos: “1. Se atribuye al Registro Mercantil las funciones de emitir y gestionar en España el código identificador de entidad jurídica que, en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, identificará a los intervinientes en un contrato de derivados a efectos de su inscripción en los registros de operaciones. Se entenderá por intervinientes a las contrapartes, financieras y no financieras, de un contrato de derivados, a los beneficiarios, a las entidades de intermediación, a las entidades de contrapartida central, a los miembros compensadores y a las entidades remitentes, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n° 648/2012, de 4 julio 2012, y su normativa de desarrollo. 2. El Registro Mercantil será el único emisor y gestor en España del código identificador de entidad jurídica...”.

De este modo el Registro Mercantil del Reino de España se constituye en Unidad Operativa Local (Local Operation Unit, LOU), si bien técnicamente su condición en la actualidad es conocida como de Pre-LOU en la medida que ha de verse confirmada por parte de la Fundación del Sistema Global de Identificación (Global Legal Identity Identifier, GLEIF). En realidad, todo el sistema (GLEIS), se encuentra en fase provisional hasta que se verifique su correcto funcionamiento por parte de la Unidad Operativa Central (COU), gestionada por la Fundación (GLEIF). De aquí que el Registro Mercantil de España tenga en la actualidad la calidad de pre-LOU y que se denominen pre-LEIs a los códigos de identificación que se generan desde su puesta en funcionamiento que tuvo lugar el día 7 febrero 2014 por decisión conjunta de este Centro Directivo, el Banco de España, la Dirección General del Tesoro, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Comisión del Nacional del Mercado de Valores.

La coordinación entre el Banco de España como miembro español del Comité de Vigilancia Regulatoria (ROC) y la Dirección General de los Registros y del Notariado como Administración competente en materia de organización, dirección, vigilancia e inspección de los registros se encuentra regulada en el Convenio de colaboración que ambas entidades han suscrito el día 2 julio 2015.

2. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por el RD-ley 14/2013, de 29 de noviembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el art. 18 Ccom, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de generar el código de identificación debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el art. 16.2° Ccom y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina “De otras funciones del Registro Mercantil”.

[...]

3. Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables al procedimiento de asignación o renovación del código único de identificación de persona jurídica (LEI): ausencia de rigorismo formal, aplicación subsidiaria de la Ley de Procedimiento y sistema de recursos propio de dicha Ley.

En consecuencia la instrucción del expediente se debe llevar a cabo con aplicación de la previsión de la disposición adicional segunda del RD-ley 14/2013, de 29 de noviembre, y, a falta de la regulación prevista en la misma ("4. Reglamentariamente podrán desarrollarse los aspectos organizativos y técnicos de la función de emisión y gestión del código identificador de entidad"), por las normas generales del procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Como consecuencia, el registrador mercantil en uso de la competencia atribuida por el tan citado RD-ley debe emitir una resolución estimatoria o desestimatoria de la pretensión del solicitante, no una calificación, actuación ésta que deriva de una atribución competencial distinta y que se sujeta a unos requisitos y tiene unas consecuencias jurídicas también distintas; la resolución del registrador mercantil puede ser recurrida por el interesado en los términos previstos en los arts. 107 ss Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sistema de recursos claramente diferenciado de que corresponde a las calificaciones de los registradores.

Las anteriores consideraciones son procedentes porque el registrador mercantil, en contestación a la pretensión del solicitante, produce un escrito de calificación en cuyo pie se reconocen al interesado el conjunto de recursos que para la calificación prevé el ordenamiento (arts. 19 bis y 322 ss LH); no obstante este Centro Directivo considera que procede la admisión del recurso y su resolución así como entrar en el fondo de la cuestión por evidente aplicación del principio *pro actione* sin perjuicio de la aplicación de la normativa que resulta procedente de acuerdo a lo hasta ahora expuesto.

4. Realizadas las anteriores precisiones procede entrar en el fondo del asunto a fin de determinar si la renovación de un código LEI generado a favor de una persona jurídica extranjera requiere la justificación de la subsistencia de su personalidad y actuación representativa mediante la aportación de certificación del Registro Mercantil donde se encuentre inscrita.

Como resulta de la carta fundacional del Comité de Vigilancia Regulatoria (ROC) deben compaginarse las exigencias de flexibilidad del sistema (principio cuarto, Anexo A y recomendación quinta, Anexo B), con las derivadas del principio de certidumbre (recomendación decimoctava, Anexo B), que si bien hace recaer en el declarante la responsabilidad sobre la veracidad de los datos declarados, afirma el deber de diligencia debida (*Due Diligence*), de la Unidad Operativa Local (LOU), responsable de la emisión.

La aplicación de los anteriores principios y recomendaciones a nuestro sistema viene enormemente favorecida cuando se trata de la emisión o renovación de códigos LEI's de sociedades españolas por cuanto el acceso por parte de cualquier registrador mercantil al fichero localizador de entidades inscritas permite, en ejercicio del deber de diligencia debida, llevar a cabo una rápida comprobación de datos favoreciendo así la rápida emisión o renovación del código sin merma alguna de certidumbre (vid. Resoluciones de 16 febrero 2012).

Es importante matizar no obstante que el permiso o consentimiento concedido en favor de tercero para proceder a la obtención o renovación de un LEI no infringe el principio de *self registration* siempre que la autorización sea expresa. Por esta razón y con el fin de agilizar un procedimiento que es ajeno al de inscripción en el Registro Mercantil y que, en consecuencia, no debe estar sujeto a los rigurosos controles que este exige, cuando una entidad obligada, normalmente entidad de crédito, actúe como solicitante en nombre de sus clientes obligados a solicitar o renovar el código LEI, bastará para ello la presentación del formulario estándar de solicitud acompañado de escrito de mandato suscrito por la entidad por cuya cuenta actúa.

Tratándose de entidades extranjeras inscritas en otros Registros, la emisión de código LEI presenta mayores exigencias derivadas del principio de diligencia debida que no pueden ser cubiertas por la mera declaración del solicitante. Por ello y a la espera de que las previsiones de la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 junio 2012, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, permita una operativa semejante a la existente en materia de sociedades españolas, al menos en relación a los registros de Estados Miembros, la exigencia de acreditación de la existencia de la entidad jurídica extranjera está plenamente justificada así como la de la representación de la persona que actúe en su nombre.

Por el contrario cuando se trate de una mera renovación de código LEI y siempre que al registrador Mercantil no le conste lo contrario, carece de justificación la exigencia de acreditar la vigencia de una situación que el registrador Mercantil dio por buena al generar el código. En esta situación ha de prevalecer el principio de flexibilidad y el de responsabilidad del solicitante que es quien asume las consecuencias de la veracidad de sus declaraciones en los términos analizados anteriormente. Dado que corresponde al solicitante poner en conocimiento de la Unidad Operativa Local (LOU), las modificaciones que se hayan producido en la entidad jurídica que puedan afectar al código ya emitido (LEI), procede su renovación por solicitud del interesado cuando no hay existido previa comunicación de modificación de circunstancias en términos que lo impidan.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

SUCESIONES

NECESIDAD DE APORTAR CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD CORRESPONDIENTE A LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE

2016/DGRN/23.– Resolución de 1 julio 2015. BOE 12.08.2015.

Escritura de manifestación de herencia.– Causante es de nacionalidad alemana fallecido en España.– Certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad españoles de los que resulta no haber otorgado testamento en España.– Incorporación del testamento otorgado en Alemania, debidamente traducido y apostillado del que resulta única heredera la otorgante.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º Cc; art. 14 LH; arts. 36.2º, 76 y 78 RH.

[...]

2. La existencia, cada vez más numerosa, de extranjeros propietarios de inmuebles en España, en los que establecen, además, su segunda residencia, determina la frecuencia de sucesiones internacionales en los que se involucra la legislación española, por lo que es necesario dar respuesta a este fenómeno. La Unión Europea, consciente de esta realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos países miembros, ha aprobado el Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, si bien sus disposiciones (salvo ciertas excepciones que no son del caso), se aplicarán sólo a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 agosto 2015, según aclaran los arts. 83.1º y 84 del Reglamento, que contiene sus disposiciones transitorias.

Como ha dicho esta Dirección General (cf. Resoluciones de 14 noviembre 2012 y 14 agosto 2014, por todas), la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso a la registradora, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al art. 12.6º Cc, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 enero 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En este caso la norma de conflicto está integrada por el art. 9.8 Cc, conforme al cual “la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”.

Dado que en el presente caso el causante tiene nacionalidad alemana en el momento de su fallecimiento, su sucesión se regirá por las leyes de ese país. Téngase en cuenta, además, que el sistema sucesorio español responde al modelo de unidad o universalidad, frente al de escisión o fragmentación, de forma que una sola es la ley que rige la totalidad de la sucesión, cualquiera que sea la naturaleza, mobiliaria o inmobiliaria, de los bienes y el lugar de su ubicación.

Fijada, pues, la ley alemana como rectora de la sucesión, se plantea la cuestión relativa a su prueba en sede registral. Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. Resoluciones de 15 julio 2011 y 2 marzo 2012), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

[...]

3. Se plantea en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación de herencia en la que el causante es de nacionalidad alemana, falleció en España y se acompañan certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad españoles de los que resulta no haber otorgado testamento en España; junto a un testamento otorgado en Alemania, debidamente traducido y apostillado del que resulta única heredera la otorgante, sin acreditación complementaria de la plena vigencia y efectividad de dicho título sucesorio, pues puede verse comprometida por la existencia de

otro título sucesorio con eficacia revocatoria o modificativa del primero, hecho que en el sistema sucesorio de nuestro país se trata de asegurar mediante el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, acorde, no debe olvidarse, con el régimen general de revocación e ineficacia de testamentos y otros títulos sucesorios previsto en nuestro Derecho Civil.

Es a la hora de determinar la validez y la eficacia del contenido del testamento donde la presentación de esa acreditación complementaria puede resultar necesaria o conveniente, si el registrador alberga dudas sobre la eficacia del testamento y el alcance del Derecho alemán.

Este Centro Directivo en Resolución de 18 enero 2005 (Servicio Notarial) en relación con las declaraciones de herederos de causante extranjero ha manifestado en esta cuestión que [...].

Consecuentemente, si para la formalización del acta de declaración de herederos parece prudente y casi obligado, dice la Resolución citada, la aportación del certificado del Registro de Actos de Última Voluntad del país de su nacionalidad, también deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH.

Respecto a la situación existente en Alemania, que es firmante, pero no ha procedido aún a su ratificación, del Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972, el conocimiento de las últimas voluntades se garantizaba por la custodia oficial de éstas en los tribunales locales sin existir registro central alguno. Pese a ello, el panorama alemán en el ámbito del registro de últimas voluntades está cambiando, puesto que el 1 enero 2012 ha entrado en funcionamiento un registro central (Zentrale Testamentsregister), con el objetivo de contener todos aquellos datos relevantes para el conocimiento y localización de las últimas voluntades del causante.

Es cierto que en Alemania, la legislación prevé el certificado sucesorio alemán o Erbschein, certificado sucesorio que dicta un juzgado alemán que acredita quienes son los herederos de una determinada persona, sea fallecida con o sin testamento.

Ahora bien, el Erbschein no es un título imprescindible para la declaración de herederos y tanto el notario como el registrador pueden resolver quiénes son los herederos de acuerdo con el Derecho sustantivo alemán.

Consecuentemente con todo lo expuesto y de acuerdo con la Resolución de esta Dirección General de 18 enero 2005 (Servicio Notarial) deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación conforme a los anteriores fundamentos de Derecho.

Obs.: Se plantea en esta Resolución una cuestión relativa a la necesidad de aportar, en materia sucesoria, certificación de los registros de actos de última voluntad extranjeros. Es aconsejable que se acompañe certificación del registro de actos de última voluntad no solo español, sino de los correspondientes a la nacionalidad del causante y a otros Estados con una vinculación estrecha con el fallecido. En esta Resolución, la DGRN confirma este extremo exclusivamente en relación con la certificación registral correspondiente a la nacionalidad del causante, sobre la base esencialmente de la aplicación de la ley nacional del causante al régimen sucesorio conforme al art. 9.º Cc. Concretamente, debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el causante es de nacionalidad alemana, falleció en España y se acompañan certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad españoles de los que resulta no haber otorgado testamento en España; se incorpora testamento otorgado en Alemania, debi-

damente traducido y apostillado del que resulta única heredera la otorgante. La registradora señala como defecto, entre otros que no se recurren o se revocan, la no presentación del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad alemán del causante.

Amparándose en la Resolución la Dirección General de 18 enero 2005 (Servicio Notarial), y en particular en la aplicabilidad a la sucesión de la ley nacional del causante (art. 9.8º Cc), la DGRN desestima el recurso, confirma la calificación del Registrador y estima que deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado (S.A.S.L.).

**SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN
PARCIAL DE HERENCIA, SUJETA AL DERECHO ALEMÁN, OTORGADA ANTE
NOTARIO ESPAÑOL POR CONSIDERAR QUE FALTA UNA PRUEBA DE DICHO
DERECHO**

2016/DGRN/24.— Resolución de 20 julio 2015. BOE 24.09.2015.

Sucesión y régimen económico del matrimonio sujetos al Derecho alemán.— Prueba del Derecho extranjero.— *Erbschein* como título sucesorio suficiente.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 9.3º, 9.8º y 12.1º Cc; 1, 9, 20, 40 y 82 LH; art. 92 y 93 RH; art. 159 RN.

[...]

Por lo que se refiere a la cuestión planteada lo que no cabe es una manifestación genérica del régimen económico matrimonial que debe sustituir al que resulta del Registro pues la sujeción a uno o a otro régimen no depende de una mera declaración o manifestación de parte. De aquí que este Centro Directivo haya recordado que no basta con afirmar que rige uno u otro (vid. Resoluciones de 15 junio 2009 y 5 marzo 2010): “el régimen económico matrimonial puede ser el régimen legal supletorio, en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional, o uno de los posibles regímenes convencionales. Y, si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de sujeción a la legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el art. 159 RN que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cf. arts. 9.2º y 16.3º Cc—), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia —el carácter legal de dicho régimen— al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate”.

Consecuentemente, no basta una mera manifestación por el heredero del titular registral y ni siquiera es suficiente una diligencia posterior de manifestación complementaria por éste, sino que debe ser una conclusión a la que llegue el propio notario autorizante derivada de aquellas manifestaciones.

4. Esta misma doctrina es aplicable al supuesto de titulares registrales de nacionalidad extranjera (vid. reciente Resolución de 27 abril 2015). Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso al registrador, y que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al art. 12.6º Cc, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 enero 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En sede de régimen económico matrimonial la norma de conflicto está integrada por el art. 9.2º Cc, conforme al cual “los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

De este modo cuando la finca o derecho conste inscrito en el Registro de la Propiedad de un modo determinado y se pretenda su alteración para adecuarlo al régimen económico matrimonial extranjero aplicable de acuerdo a la norma de conflicto, no bastará la mera afirmación del heredero sino la acreditación del régimen, incluido su contenido y vigencia, al cual quedó sujeto en su día la finca cuya titularidad se pretende adecuar.

En el supuesto que da lugar a la presente el notario, en la diligencia de la escritura, hace constar la norma de conflicto, el Derecho material aplicable y la conclusión de que el régimen matrimonial que regía el matrimonio de los cónyuges alemanes fallecidos era el legal de participación en las ganancias. Resultando probado el Derecho extranjero aplicable en los términos que se han analizado anteriormente en cuanto a su contenido y vigencia así como sus consecuencias jurídicas y constando el consentimiento del heredero en cuya persona se agotan el conjunto de intereses en juego, resulta debidamente acreditado el conjunto de requisitos precisos para la rectificación del contenido del Registro. El registrador no lleva a cabo reserva alguna sobre la acreditación de que el régimen económico de los cónyuges era el legal de Alemania pues, como queda expresado, limita su objeción a la necesidad de que conste el consentimiento del heredero que, como igualmente queda relatado, ha sido debidamente acreditado de conformidad con la ley material aplicable. Procede en consecuencia la estimación del motivo de recurso.

5. Respecto del tercer y último defecto señalado, la necesidad de aportar los testamentos de los causantes debidamente traducidos y apostillados, el recurrente considera que no es precisa dicha aportación pues el título sucesorio alegado y en el que basa su adquisición el compareciente no lo constituyen dichos documentos sino los certificados sucesorios emitidos por el tribunal competente de los que resulta la condición de heredero, y que se han acompañado al título presentado debidamente traducidos y apostillados.

Lo cierto es que así resulta de la escritura pública en la que el compareciente, a los efectos de aceptar las herencias y sin perjuicio de exponer los relativos al pacto sucesorio y testamento reseñados en los hechos, afirma que su condición de heredero resulta de sendos certificados sucesorios relativos a los dos causantes. Planteada así la cuestión hace tránsito a la de si es posible aceptar dichos certificados sucesorios alemanes como títulos aptos a los efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad español. La respuesta es forzosamente positiva. Como resulta de las consideraciones expuestas, la escritura pública presentada acredita cuál es la ley aplicable a las sucesiones sucesivas, la alemana, así como que con arreglo al derecho material alemán el certificado sucesorio o “Erbschein” acredita el título sucesorio en el que funda inmediatamente su derecho la persona a favor de la que se solicita la inscripción (vid. Resolución de 14 noviembre 2012). Del derecho material alemán acreditado resulta que el certificado sucesorio es un documento público de origen judicial de cuyo contenido resulta la cualidad para suceder así como la adecuación del título sucesorio al Derecho material alemán por lo que, de conformidad con el art. 4 LH y art. 38 de su Reglamento es título inscribible con arreglo a nuestra legislación sin necesidad de aportar el título en que se funda. Además y de conformidad con el

Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones y Transacciones Judiciales y Documentos Públicos con Fuerza Ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 noviembre 1983 (BOE 16.2.1988), dicho documento despliega eficacia en España sin necesidad de reconocimiento (arts. 4, 9 y 10) y sin necesidad de legalización (art. 16).

Aunque no sea de aplicación al supuesto a que se refiere la presente resulta conveniente recordar que el certificado sucesorio como documento que acredita la cualidad del Derecho sucesorio de la persona a cuyo favor se emite ya no es un documento extraño al ordenamiento jurídico español, y no sólo por la inminente entrada en vigor del Reglamento 650/2012, de 4 julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, sino también porque el legislador español lo ha incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la reciente reforma del art. 14 LH que ha llevado a cabo la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

Obs.: 1. Se recurre la suspensión de una escritura de adjudicación parcial de herencia, sujeta al Derecho alemán, otorgada ante notario español. El Registrador suspende la inscripción por considerar que falta una prueba del Derecho alemán aplicable a diversos extremos, por la ausencia de previa liquidación de la sociedad de gananciales a favor de la cual aparece inscrita la finca, y por la falta de aportación de los testamentos debidamente apostillados del primer cónyuge fallecido a favor de su esposa, y de ésta a favor de su hermano, al que se adjudica el bien. En el recurso el notario autorizante alega que aunque el pacto sucesorio y el testamento en cuestión no se hubiesen presentado apostillados, sí se presentaron los certificados sucesorios (*Erbschein*), debidamente traducidos y apostillados. Alega asimismo la innecesariedad de liquidar la sociedad de gananciales, a la vista del Derecho aplicable, y añade la suficiencia de la prueba del Derecho alemán, sobre la base de los mismos certificados sucesorios y las referencias del notario al Derecho alemán.

2. La DGRN recuerda, en primer término, su doctrina registral acerca de la prueba del Derecho extranjero, ya contenida en varias resoluciones anteriores; observa, asimismo que tanto el notario como el registrador conocen bien dicha doctrina. El notario hace mención a su conocimiento del Derecho alemán, sobre la base del cual otorga la escritura. Pero, a juicio de la DGRN, el registrador no explica qué cuestión en concreto impide la inscripción “ni por qué la aplicación de la norma extranjera acreditada precisa una ulterior prueba de su sentido, alcance o interpretación”. Y añade: “Debe especificarse qué aspecto concreto del derecho extranjero lo requiere y por qué de su aplicación no se deriva una consecuencia jurídica como la que consta en el título, pues de otro modo la calificación no reunirá los requisitos de globalidad y unicidad que exige el art. 258.5 LH”.

Particularmente interesante es la afirmación de la DGRN en el sentido de que “la pertinencia de la prueba del derecho extranjero debe ser examinada en cada caso concreto, pues hay supuestos en que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente, mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa. Sólo en la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero y el registrador, en los fundamentos de Derecho de su calificación, considerase que su aplicación directa no permite tener por reunidos los requisitos precisos para practicar la inscripción, podrá solicitar la prueba adicional de la que resulten aquellos”. En efecto, por extensión de los criterios de prueba del Derecho extranjero en el ámbito jurisdiccional, la DGRN ha formulado de manera muy genérica la necesidad de prueba del Derecho extranjero, por referencia a su vigencia, contenido e interpretación al caso, debiendo probarse en particular la práctica o jurisprudencia al respecto del país en cuestión. Esta exigencia, sin embargo, puede resultar desproporcionada en muchos casos, como advierte la DGRN en esta Resolución. De los múltiples preceptos del Derecho alemán transcritos por el notario, “si el registrador entendiese que de alguno de dichos preceptos no se deriva la conclusión de que el compareciente es heredero y puede actuar en tal

concepto a los efectos de modificar el contenido del Registro, tendría que haber expresado el motivo concreto de su rechazo y, entonces sí, exigir prueba adicional de por qué el sentido, alcance o interpretación de una norma debiera ser uno y no otro de acuerdo a la jurisprudencia, en este caso, de Alemania”.

La DGRN estima asimismo el segundo motivo del recurso, al entender que “el notario, en la diligencia de la escritura, hace constar la norma de conflicto, el derecho material aplicable y la conclusión de que el régimen matrimonial que regía el matrimonio de los cónyuges alemanes fallecidos era el legal de participación en las ganancias. Resultando probado el derecho extranjero aplicable en los términos que se han analizado anteriormente en cuanto a su contenido y vigencia así como sus consecuencias jurídicas y constando el consentimiento del heredero en cuya persona se agotan el conjunto de intereses en juego, resulta debidamente acreditado el conjunto de requisitos precisos para la rectificación del contenido del Registro. El registrador no lleva a cabo reserva alguna sobre la acreditación de que el régimen económico de los cónyuges era el legal de Alemania pues, como queda expresado, limita su objeción a la necesidad de que conste el consentimiento del heredero que, como igualmente queda relatado, ha sido debidamente acreditado de conformidad con la ley material aplicable”.

De igual modo, el tercer motivo es acogido sobre la base de la regularidad del Erbschein como certificado sucesorio conforme al Derecho alemán, que constituye un título para la inscripción y acredita no solo la validez de los pactos sucesorios y disposiciones testamentarias, sino también de la adecuación de la institución y declaración de herederos conforme al Derecho alemán. El Erbschein no es un título necesario, pero sí suficiente para acreditar, conforme al Derecho alemán, la condición de heredero y la regularidad de la sucesión. En este punto, la DGRN aprovecha para recordar la modificación del art. 14 de la LH por la Ley 15/2015 de 2 de julio que, en línea con el Reglamento UE 650/2012), reconoce el certificado sucesorio europeo como título de inscripción. Ciertamente, el art. 14 LH no cita expresamente los certificados sucesorios nacionales (no europeos) como títulos para la inscripción de la sucesión, pero es evidente que como documento público extranjero (art. 4 LH) la eficacia de un Erbschein es perfectamente equivalente a la que podría tener una declaración de herederos ab intestato, pues a través de la intervención judicial proporciona una seguridad plena de la condición de herederos, testamentarios o no, conforme al Derecho alemán. Finalmente, debe saludarse la referencia a la exención de legalización y al reconocimiento automático de decisiones y documentos públicos contenido en el Convenio hispano-alemán de 1983 (S.A.S.L.).

**SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN DE
HERENCIA Y VENTA A UN TERCERO DE LOS BIENES HEREDITARIOS ESPAÑOL
DE ORIGEN PERO FALLECIDO EN CUBA CON NACIONALIDAD CUBANA**

2016/DGRN/25.– Resolución de 23 julio 2015. BOE 24.09.2015.

Adjudicación de herencia y venta a un tercero de los bienes hereditarios, inscritos a nombre del causante, español de origen pero fallecido en Cuba con nacionalidad cubana.– Acreditación y prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 9.8º y 12.1º Cc; arts. 1, 9, 14, 20, 38, 40 y 82 LH; art. 51 RH.

[...]

3. *La segunda cuestión planteada hace referencia a que aun si se consigue acreditar que el titular registral y el otorgante del título sucesorio son la misma persona, tiene razón la registradora cuando reclama la prueba del Derecho extranjero y, especialmente, de las posibles consecuencias derivadas del hecho de que el otorgante del testamento afirma estar soltero y carecer de descendencia cuando resulta lo contrario de la documentación del Registro Civil aportada.*

Conforme a la doctrina de este Centro (vid. las Resoluciones de 15 julio 2011 y 2 de marzo y 14 noviembre 2012), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un “*numerus clausus*” de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

[...]

4. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se acompaña un certificado de vigencia emitido por la cónsul de Cuba en Galicia pero del mismo no resultan los particulares que la registradora precisa para considerar probado el Derecho cubano. Como resulta de la nota de calificación la registradora precisa prueba en relación a los derechos sucesorios de los familiares del causante y, en su caso, sobre las consecuencias de la preterición en la validez del testamento. Además y en relación al acta de notoriedad autorizada por notario cubano la registradora reclama prueba sobre su adecuación al ordenamiento jurídico cubano así como su eficacia y alcance conforme a dicha legislación.

Nada de esto hay en el certificado presentado que hace referencia exclusivamente a dos cuestiones muy limitadas: una, a que las previsiones Cc cubano son aplicables a las herencias deferidas y no adjudicadas conforme a la legislación anterior y otra, que el art. 470 del citado código afirma que “es también causa de incapacidad para ser heredero o legatario el hecho de haber abandonado definitivamente el país”, pero sin que resulte de documentación alguna que dicho precepto es de aplicación al supuesto de hecho.

En definitiva, del precepto transcrito no resulta norma material que determine la adecuación del acta notarial autorizada en Cuba al ordenamiento cubano ni cuestión alguna que haga referencia a derechos sucesorios que puedan corresponder al cónyuge e hija del testador así como, en su caso, las consecuencias de su falta de mención testamentaria y de atribución de derechos. Procede en consecuencia la desestimación del motivo de recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Obs: La Resolución resuelve el recurso presentado contra la suspensión por el registrador de la propiedad de la inscripción de escritura de adjudicación de herencia y venta a un tercero de los bienes hereditarios, inscritos a nombre del causante, español de origen pero fallecido en Cuba con nacionalidad cubana. La documentación existente plantea, en primer lugar, una duda relativa a la identidad del titular registral de los bienes, que no parece despejada, pues en el Registro español y en otros documentos consta como casado y padre de una hija, mientras que en el testamento otorgado en Cuba y en otros documentos consta como soltero y sin hijos. Aparte de esta cuestión, el recurso trae causa en la falta de acreditación suficiente del Derecho sucesorio cubano, del que el recurrente solo cita algunos preceptos aislados que no permiten al Registrador tener constancia de todos los extremos necesarios para proceder a la calificación. La DGRN confirma la calificación del Registrador a este respecto, lo que le sirve para consolidar la doctrina anterior sobre esta cuestión.

2. La doctrina de la DGRN acerca de la acreditación y prueba del Derecho extranjero, contenida en esta Resolución, puede resumirse en los siguientes puntos: i) Aplicación subsidiaria de las reglas sobre prueba del Derecho extranjero en el ámbito jurisdiccional (art. 281.2º LEC), prevaleciendo las reglas específicas propias de su aplicación en el ámbito extrajudicial. ii) Imposibilidad de aplicar el Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero y procedencia de la suspensión de la inscripción. iii) Aplicación *lato sensu* del art. 36 RH tanto a las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, como a la propia acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. iv) Carácter ejemplificativo y abierto de los medios de prueba contemplados en el art. 36 RH. v) Necesidad de acreditar tanto el contenido como la vigencia del Derecho extranjero, así como su alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. vi) Posibilidad por el registrador de hacer valer su conocimiento privado del Derecho extranjero, sin que exista una obligación por su parte de proceder a dicha indagación, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque no sea invocado por las partes.

3. Tras la promulgación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica en Materia Civil, debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda completado con lo previsto en el art. 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH. Interesa destacar, sin embargo, que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del Derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores (S.A.S.L.).

CALIFICACIÓN SUCESORIA, CONFORME AL DERECHO BELGA, DE LA ASIGNACIÓN DE LOS BIENES AL CÓNYUGE VIUDO, CONFORME A LOS PACTOS QUE RIGEN EL CONSORCIO FAMILIAR

2016/DGRN/26.— Resolución de 29 julio 2015. BOE 30.09.2015.

Régimen económico del matrimonio y sucesión regidos por el Derecho belga.— Calificación.— Reenvío.— Título sucesorio y documentos adicionales.— Alcance del poder otorgado en el extranjero.

Normas aplicadas: Ars. 149.1.8.ª CE; arts. 4, 40, 41, 214, 324.2 y 327 LH; art. 98.2º Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; arts. 9.2º, 9.3º, 9.8º.1 y 3, 10.1º, 11.1º, 12.1º, 2º y 5º, y 16.1º Cc; arts. 36 y 322 ss RH; arts. 1.525 ss *Códe civil* de 21 marzo 1804; arts. 1.451 y 1.455 y la disposición transitoria Cc Belga de 14 julio 1976; arts. 28 Ley Belga de 6 mayo 2009; arts. 1.497 y 1.526 Cc Belga de 25 marzo 2013; art. 78 Ley de 16 julio 2004, del

Código de Derecho internacional privado; art. 745 bis Cc Belga, en redacción dada por ley de 4 mayo 1981

[...]

2. Entrando en el fondo del asunto, se pretende la inscripción a nombre de los dos únicos hijos de la causante, por donación que realiza el cónyuge superviviente, de un inmueble inscrito a nombre de la difunta con carácter privativo, inscripción que se considera errónea. Todos los interesados son de nacionalidad belga.

En efecto, en base a las capitulaciones celebradas por los cónyuges en Bélgica en 1975 que contienen un pacto matrimonial, anterior al título que motivó la inscripción, en el que no constaba este extremo, la inscripción debería haberse practicado para la sociedad de adquisiciones entre los esposos preexistente entre ellos completada con el pacto –conforme al Derecho belga– de atribución íntegra al superviviente de los bienes conyugales en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento.

Los defectos alegados por el registrador son los siguientes:

1º) Siendo indispensable según la legislación belga aplicable en toda adquisición de bienes el consentimiento de ambos cónyuges en caso de sociedad de gananciales, no se acredita el consentimiento del cónyuge superviviente para la rectificación de la inscripción de la titularidad de la nuda propiedad a un régimen ganancial paccionado en capitulaciones matrimoniales.

2º) No se acredita conforme a la ley aplicable que la documentación presentada sea el título sucesorio completo y válido. Además de no presentarse la escritura de donación de fecha 19 febrero 1975 que reseña el acta de herederos que pudiera tener algún efecto en la sucesión como contrato sucesorio, ni justificarse que dicha acta de herederos sea la última, ya que se revoca otra anterior; las capitulaciones matrimoniales de fecha 28 enero 1975 son aportadas sin justificar de algún modo admitido en derecho que sean las últimas vigentes.

3º) Una vez acreditada la validez del título sucesorio completo presentado, no se acredita que se ajuste al pacto sucesorio y al acta de herederos la escritura de herencia otorgada por el notario. No consta que se haya disuelto la sociedad por causa distinta al fallecimiento o que se haya revocado o renunciado al pacto de supervivencia contenido en dichas capitulaciones y en la declaración de herederos presentada.

4º) Incongruencia del juicio de suficiencia emitido que se limita a las operaciones de formalizar (parece parcialmente) la liquidación de sociedad conyugal, aceptación de herencia y donación, (presuponiendo las de liquidación y aceptación a pesar de no reseñarse en el poder) sin indicar las de rectificación de la titularidad de la finca inscrita ni la inexistencia, revocación o renuncia del pacto de supervivencia contenido en capitulaciones matrimoniales, operaciones que el poder especial no incluye entre las facultades ya que se limita respecto de la finca 2.165 única y exclusivamente a los derechos que al poderdante pudieran corresponder en la herencia de su esposa fallecida pero no a sus propios derechos sobre la finca, que de rectificarse el régimen y ejecutarse el pacto sería suya la nuda propiedad de toda la finca.

3. La escritura calificada presenta una cierta confusión entre el ejercicio del pacto conyugal por fallecimiento de la esposa; la adjudicación de la herencia mediante reenvío al Derecho español y la aplicación al caso concreto del Derecho catalán.

Dejando al margen que el Estado, a día de hoy, no haya desarrollado normas de conflicto internas para los no españoles, lo que constituye una laguna legal en la aplicación de la normativa internacional (arts. 36 del Reglamento [UE] nº 650/2012 y 19 del Convenio de La Haya de 1 agosto 2009 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, del que España no es parte) es lo cierto que salvo en este contexto internacional no existe ad intra solución normativa a la designación de una unidad territorial determinada en los casos de reenvío desde la ley de origen.

4. En este caso, el Derecho belga (art. 78 Ley de 16 julio 2004) prevé un eventual reenvío para los inmuebles situados en otros Estados, a las normas del lugar de su situación (*lex rei sitae*, que obviamente, a falta de norma como la contenida en el art. 12.5º Cc español, habrá de referirse al Derecho del Estado al que se ha reenviado, sin consideración a sus normas internas, en defecto de Convenio internacional y en aplicación del Derecho internacional público).

Adicionalmente, no establece el Derecho belga un derecho familiar previo a la liquidación del consorcio familiar que permita detraer la posición del viudo del conjunto de la herencia, sino por el contrario, los derechos conyugales sucesorios incluso por predetracción, o pacto conyugal se sitúan en sede sucesoria (art. 745 bis Cc belga, en redacción dada por Ley de 4 mayo 1981) por lo que ciertamente como dice el notario recurrente habrá que reenviar la sucesión en el bien sito en España al Derecho español.

Más dicho reenvío, como ha señalado la Resolución de este Centro Directivo de 13 agosto 2014, no puede conducir a la ruptura de la unidad de la sucesión, ni mucho menos a la aplicación de una regla – la normativa sucesoria catalana – que además de constituir una forma *propter legem* de cubrir la citada laguna, aleja la adjudicación de la herencia de la regla base de origen, conforme a la cual, el cónyuge viudo sucede en la totalidad de la herencia.

5. Por otra parte, la remisión al Derecho español, lo es en el conjunto de las reglas estatales previstas para la aplicación del Derecho extranjero, entre las que destaca la calificación de la institución y la prueba del Derecho aplicable (art. 36 RH).

En éstos parámetros, la discusión en España entre el carácter familiar de los derechos del cónyuge viudo –que conducirían a la aplicación de los arts. 9.2º y 9.3º Cc– o el Derecho de sucesiones, fue mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo (única) de 28 abril 2014, en la que valorando el equilibrio entre la posición de una viuda española frente a los derechos sucesorios de los herederos de su causante, italiano, argumentó a favor de la aplicación literal del art. 9.8 *in fine*, ligando al régimen económico matrimonial la posición sucesoria de ésta.

Esta interpretación, es distinta a la que este Centro Directivo ha seguido en las Resoluciones citadas en el apartado “Vistos” de esta Resolución, que se dirigían a la integración de esos derechos del cónyuge en la sucesión de su consorte, a excepción de las mortis causa capiones.

6. El Reglamento (UE) nº 650/2012, aplicable en España desde el 17 agosto 2015, con la sola excepción de algunos derechos familiares que pudieran ser integrados en su art. 30 (disposiciones especiales sobre algunos bienes inmuebles o empresas) incluye, con claridad, los derechos del cónyuge viudo, en las herencias internacionales, entre los elementos de la ley aplicable a las sucesiones mortis causa (art. 23.2º.b).

Por su parte, la propuesta (COM 8160/11) de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial, sobre la que el Consejo ha alcanzado un texto de compromiso, en su actual estadio, excluye de su ámbito todo elemento sucesorio, que se regirá por el Reglamento 650/2012.

Por lo tanto para las herencias internacionales causadas el día 17 agosto 2015 y en adelante, no cabe duda acerca de la aplicación de la ley sucesoria a la posición del cónyuge viudo ni de la aplicación directa del Derecho de la unidad territorial (art. 36.2º del Reglamento) cuando se trate de sucesiones de no españoles, cuya residencia habitual (en los términos establecidos en la norma europea) conduzca a dicha unidad territorial, a reserva de que el Estado en ejecución de sus competencias, dicte normas de conflicto distintas.

Con ello, desde tal momento, la interpretación del art. 9.8.3 realizada en la sentencia citada, se circunscribirá, como la totalidad del precepto, a las herencias en que exista exclusivamente un conflicto interno.

7. En el presente caso, sin embargo, dado que la sucesión se abrió con anterioridad a la aplicación del Reglamento, habrá que estarse, conforme a los arts. 12.1º y 9.8.3 Cc, en interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo citada, a la calificación como derecho familiar ligado al régimen económico matrimonial de la sucesión del cónyuge –pese al carácter sucesorio del mismo en el Estado de origen que causa el reenvío a la ley española– y considerar por tanto, que la sucesión del supérstite en la totalidad del inmueble se produce a consecuencia del pacto conyugal y no de la sucesión. Solución, por otra parte coherente, con el Derecho de origen conforme al cual la totalidad del bien debe ser atribuido al consorte, lo que no se respeta en la adjudicación calificada.

Cuestión distinta será, de futuro, la calificación de estos pactos como sucesorios en el ámbito de los arts. 35 y 36 del Reglamento 650/2012, lo que aquí evidentemente no se plantea.

8. Por lo tanto, ciertamente como alega el registrador, el título sucesorio presentado es insuficiente en cuanto la declaración de herederos belga no se acompaña de los correspondientes certificados de Últimas Voluntades de los Registros belga y español como labor previa y justificación del reenvío sucesorio, previa a la calificación del supuesto conforme al art. 12 Cc, en los términos vistos.

En este punto, sin embargo, no puede ser exigida, como considera el registrador, documentación adicional alguna –en referencia a una donación de 1975– en tanto que de la declaración de herederos aportada resulta claramente determinado el círculo de interesados en la sucesión sin que estuviera disponible en Bélgica un Registro obligatorio para estos contratos hasta 2009 bajo ciertas condiciones (vid. art. 28 Ley de 6 mayo 2009 que modifica la Ley de 13 enero 1977).

9. Aún han de ser analizados dos nuevos defectos. El primero se refiere al juicio de suficiencia del poder de representación.

Como indicara este Centro Directivo en Resolución de 23 febrero 2015, la actividad del notario español ante una representación otorgada en otro Estado, exige una especial diligencia que permita establecer la equivalencia de su función económica y jurídica –o la más análoga– a fin de que pueda surtir efectos en España en virtud del juicio de adecuación realizado por el notario. O lo que es lo mismo el documento debe superar un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro.

El hecho de que el poder haya sido otorgado en otro Estado, no exime al Notario de su juicio sobre el mismo, bajo su responsabilidad de conformidad con el art. 98.2º Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, debiendo hacerse aun con una mayor diligencia en su valoración.

Obs.: 1. Se suspende la inscripción de escritura compleja, calificada como de disolución de sociedad de gananciales, manifestación y aceptación de herencia y donación. El bien inmueble se halla inscrito con carácter privativo a nombre de la causante. Comparecen sus hijos, todos de nacionalidad belga, y uno de ellos representa asimismo al cónyuge superviviente y padre. Se solicita rectificación del título de adquisición de la causante, acreditando que su régimen económico pactado era el de gananciales, correspondiendo al cónyuge el dominio pleno del bien inmueble. El registrador suspende la inscripción en razón de diversos defectos: falta de consentimiento del cónyuge sobreviviente para la rectificación del título de adquisición; falta de determinación conforme a la ley belga aplicable de la suficiencia como títulos sucesorios de los documentos presentados, faltando la aportación de una donación citada en el acta de declaración de herederos; falta de acreditación de las circunstancias de disolución del régimen económico del matrimonio e inadecuación de la escritura pública al pacto sucesorio y al acta de herederos; juicio de suficiencia erróneo acerca del poder presentado por los hijos en representación del padre, que no alcanza más que a los derechos sucesorios del poderdante.

2. Ante las alegaciones del recurrente, justificando la compleja escritura en la concurrencia del Derecho belga, por un lado, como ley rectora de las relaciones entre los cónyuges, y de la ley catalana, de otro, como ley rectora de la sucesión y, en particular, de las legítimas, la DGRN realiza algunas consideraciones previas de cierto interés: Por una parte, la DGRN admite la calificación sucesoria, conforme al Derecho belga, de la asignación de los bienes al cónyuge viudo, conforme a los pactos que rigen el consorcio familiar. Ello le lleva a tener que entrar en la admisibilidad del reenvío por la ley belga a la ley española, como ley del lugar del inmueble, así como a los problemas de aplicación del Derecho español como sistema plurilegislativo, en particular del Derecho catalán. La DGRN parece descartar el reenvío por una doble razón conflictual y material. En términos conflictuales, invocando el clásico límite de la unidad de la sucesión; en términos materiales, por la incongruencia de aplicar el Derecho material catalán, que aleja la adjudicación de la herencia de la regla base de origen, conforme a la cual, el cónyuge viudo sucede en la totalidad de la herencia.

La DGRN llama la atención, no obstante, acerca de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en contra de la doctrina de la DGRN, ha defendido una interpretación literal del art. 9.8º *in fine* Cc, partidaria de aplicar la ley rectora del régimen económico matrimonial a los derechos del cónyuge superviviente. La doctrina de la DGRN, en contrapartida, ha llevado a cabo una interpretación más restrictiva, favorable a la aplicación de la ley sucesoria, con excepción de las mortis causa capiones. A tal efecto, la DGRN menciona, para el futuro, la calificación sucesoria a que conduce el Reglamento (UE) nº 650/2012. Sin embargo, dado que el Reglamento no es aplicable, la DGRN estima que debe seguirse la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, por tanto, dar prioridad a la aplicación de la ley belga como ley rectora del régimen económico matrimonial, y no como ley sucesoria (calificación esta última que es la propia del Derecho belga y que ampararía el reenvío). Esta calificación matrimonial conforme a la ley española (art. 12.1º Cc) sirve a la DGRN, en realidad, para descartar el reenvío de antemano y la aplicación del Derecho catalán.

La DGRN considera insuficiente el aparato documental que sirve de título de inscripción, pero no por no haber aportado el documento de una anterior donación al que hace referencia el expediente (único motivo de recurso que admite expresamente), ni tampoco porque al acta de herederos no se considere suficiente, sino por falta de los documentos complementarios que deben acompañar a la declaración de herederos, a saber, las certificaciones tanto española como belga de los registros de últimas voluntades. Esta doctrina viene a confirmar una cautela en relación con la interpretación y aplicación del art. 76 RH a supuestos internacionales, que en ocasiones requiere aportar certificaciones registrales de actos de última voluntad de diversos Estados que tengan una conexión estrecha con las circunstancias del causante.

Acerca del alcance de la representación, la DGRN retoma la doctrina sobre la equivalencia de los poderes otorgados en el extranjero conforme a su Resolución de 23 febrero 2015 y confirma la calificación del registrador en la medida en que “hubiera sido necesario que por el notario y bajo su responsabilidad, hubiera emitido un juicio de suficiencia de las facultades de los dos donatarios a fin de instar una rectificación, que permitiera, salvando el tracto sucesivo, la inscripción a su favor del bien inscrito. Sin embargo, al no producirse el juicio sobre la suficiencia o no del poder para esta rectificación, debe ser confirmada la nota de calificación también en este punto” (S.A.S.L.).

NECESIDAD DE APORTAR CERTIFICACIÓN DE REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD CORRESPONDIENTE A LA NACIONALIDAD DEL CAUSANTE Y VALIDEZ FORMAL DEL TESTAMENTO

2016/DGRN/27.– Resolución de 13 octubre 2015. BOE 5.11.2015. RJ 2015\6485.

Escritura de manifestación de herencia y extinción de usufructo por fallecimiento.– Adjudicación

de herencia internacional abierta con anterioridad al 17 de agosto 2015.– Aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012.– Necesidad de aportar certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditar que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.– Ausencia de acreditación de que el testamento aportado, otorgado en España, sea título sucesorio válido según la legislación francesa.–Carácter de título sucesorio del testamento aportado a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad español.– Aplicación de la ley interna la que regula el procedimiento y efectos de la inscripción.

Normas aplicadas: Arts. 24, 27, 28 y 83 Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; arts. 9.8° y 10.2° Cc; art. 6.2° Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972; arts. 1 y 5 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, relativo a la ley aplicable a las formas testamentarias; art. 14 LH; art. 281.2° LEC; art. 33 y Disp. adic. 1° Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; arts. 36, 76 y 78 RH; art. 3.d) del Anexo II RN.

[...]

1. *Se suspende la inscripción de una adjudicación de herencia internacional abierta con anterioridad al 17 de agosto 2015, fecha de aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012.*

Para la resolución del recurso hay que estar, por tanto, a la ley de la nacionalidad del causante, aplicable de conformidad con la norma de conflicto española, art. 9.8° Cc, que conduce en este caso a la aplicación de la ley francesa.

No discutido el contenido material sucesorio, el registrador exige, al igual que se discutiere en la Resolución de este Centro Directivo de 1 julio 2015, que el notario consulte los registros testamentarios en el país de la nacionalidad del difunto y, en su caso, que se aporte información del Registro de Últimas Voluntades francés.

Debe tenerse presente que ya se incorpora certificación del Registro General de Últimas Voluntades de España, lugar en que se formaliza la sucesión y en el que se sitúan los bienes del que resulta la existencia de título sucesorio español, pero no consta anotado de conformidad con el art. 6.2° del Convenio de Basilea de 16 mayo 1972 del que España y Francia son parte, ningún testamento otorgado en Francia.

2. *Tras la aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio, producida el 17 agosto 2015, se pone de manifiesto la necesidad, como un paso más en la facilitación de las sucesiones internacionales, que la Unión Europea avance en la interconexión de los Registros de disposiciones mortis causa (en concepto autónomo establecido en los arts. 3.1° d) y 24 a 27 del citado Reglamento).*

En la misma línea, cabe citar la reciente modificación del art. 14.1° LH, realizada en virtud de la Ley 29/2015, de 30 de julio (disp. final 1ª), a fin de incorporar, conforme al art. 69.5° del Reglamento, el certificado sucesorio europeo como título abstracto de la sucesión. Esta modificación se acompañará de las medidas administrativas que permitan su verificación por la autoridad receptora del mismo.

La situación actual en Europa de los Registros de disposiciones mortis causa (testamentarios) demuestra su gran heterogeneidad que se observa en la información ofrecida en la web e-justice de la Unión europea. Así en dicha web informativa, herramienta esencial en la aplicación del Reglamento se establece "las normas nacionales sobre Registro de testamentos varían considerablemente. En algunos Estados miembros, quien redacta un testamento (el testador) tiene la obligación de registrarlo. En otros, el Registro se recomienda o afecta solo a determinadas formas de testamento. En algunos Estados miembros no existe en absoluto el Registro de testamentos".

3. En el caso de Francia no es obligatoria la inscripción del testamento en un Registro testamentario y fallecido el testador, sus sucesores están facultados y el notario francés, obligado, a su consulta. Sólo existe una responsabilidad para el notario francés en cuanto está a cargo de su notariado dicho Registro.

Hasta el 17 agosto 2015, la ley francesa sucesoria era escisionista o secesionista –es decir reenviaba a la *lex rei sitae* la ley aplicable a la sucesión en bienes inmuebles–, y de otra, nada impide que un ciudadano francés, como un español, haya podido testar de conformidad con las reglas de un tercer Estado, ya sea miembro de la Unión Europea o tercero, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, del que ambos Estados, Francia y España, son partes.

El Reglamento (UE) n° 650/2012 consciente de las dificultades que en algún supuesto pudiera suponer el reconocimiento de una forma testamentaria o contractual conforme a la ley sucesoria sobrevenida, establece la validez formal y material de los realizados conforme al criterio de la denominada *lex putativa*, que implica retrotraer la ley aplicable a la sucesión a la fecha en que la disposición se realizó.

No obstante, esta normativa no es de aplicación al caso concreto, ya que la fecha de fallecimiento del causante es anterior, como se ha dicho, al 17 agosto 2015.

En la resolución del presente expediente debe mantenerse la doctrina de la Resolución de 1 julio 2015 de esta Dirección General, al señalar: [...]

4. El segundo defecto observado es el siguiente: “No se acredita, por alguno de los medios establecidos en el art. 36 RH, que el testamento aportado, otorgado en España, es título sucesorio válido según la legislación francesa, es decir que en la herencia de la causante se han cumplido las formas y solemnidades de dicha legislación”.

En esta materia también es relevante la fecha de apertura de la sucesión. El Reglamento (UE) n° 650/2012, (arts. 27 y 75) establece normas específicas en relación a la validez formal de las disposiciones mortis causa, dirigidas a regular el conflicto móvil.

La prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, pese a los intentos realizados al efecto, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta a las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH. Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores.

Esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disp. adic.1ª, ap. f, de la Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley. Pero entre sus principios inspiradores, fundados en el art. 24 CE, se encuentra un principio común, el de tutela efectiva que no solo conduce a los tribunales de Justicia sino que deberá amparar a quien busque la tutela de los registros públicos.

Sin embargo, en el presente expediente, el defecto debe ser revocado, toda vez que de conformidad con el artículo primero del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (BOE de 17 agosto 1988) sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si ésta responde, entre otros supuestos, a la Ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición, en este caso otorgado ante notario español. El testamento aportado es título sucesorio a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad español siendo la ley interna la que regula el procedimiento y efectos de la inscripción, como se reconoce también en la actualidad en el Reglamento 650/2012 (cdo. 18, art. 1.2º.I).

Obs.: 1. Se suspende la inscripción de una adjudicación de herencia internacional abierta con anterioridad al 17 de agosto 2015. El registrador exige, al igual que en la Resolución de este Centro Directivo de 1 julio 2015, que el notario consulte los registros testamentarios en el país de la nacionalidad del difunto y, en su caso, que se aporte información del registro de últimas voluntades francés. El segundo defecto observado es que no se acredita, por alguno de los medios establecidos en el art. 36 RH, que el testamento aportado, otorgado en España, es título sucesorio válido según la legislación francesa, es decir que en la herencia de la causante se han cumplido las formas y solemnidades de dicha legislación.

2. La DGRN reitera la doctrina sentada en la Resolución de 1 julio 2015 acerca de la necesidad de aportar el certificado del registro de últimas voluntades correspondiente a la nacionalidad del causante y confirma la calificación del Registrador a este respecto: “De acuerdo con la Resolución de esta Dirección General de 18 enero 2005 (Servicio Notarial) deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado”. Sin embargo, estima el recurso por lo que se refiere al segundo de los defectos que motiva la suspensión de la inscripción. La DGRN tiene en cuenta, con buen criterio, que la validez formal del testamento no requiere acreditarse conforme al Derecho francés, desde el momento en que, de conformidad con el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si ésta responde, entre otras opciones, a la ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición. En este caso el testamento se había otorgado en España ante notario español, por lo que su validez formal queda determinada si se respeta la ley española (art. 1 del Convenio) (S.A.S.L.).

NECESIDAD DE IDENTIFICACIÓN FISCAL DE LOS EXTRANJEROS EN LA ESCRITURA PÚBLICA EXTRANJERA DE ADJUDICACIÓN Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA

2016/DGRN/28.– Resolución de 13 octubre 2015. BOE 5.11.2015.

Documento extranjero sin referencias a la identificación fiscal.– Aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa*.

Normas aplicadas: Arts. 1.2º y 84 Reglamento 650/2012, de 4 julio del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; arts. 10 y 11 Cc; art. 4, 9, 21 y 254.1º.2 y 4 LH; art. 33 y 110 RH.

[...]

La exigencia de acreditación del número de identificación fiscal es igualmente predicable de compatriotas de nacionalidad extranjera y debe cumplimentarse mediante su exhibición sin que sea suficiente su mera manifestación al notario autorizante (vid. Resolución de 9 diciembre 2014).

En el supuesto que da lugar a la presente el documento extranjero presentado a inscripción carece de referencia alguna a los números de identificación fiscal de los adquirentes, si bien se adjunta, como documento complementario y respecto de todos ellos, el original del certificado expedido por la Oficina competente de su respectivo número de identificación fiscal. El registrador considera que la falta de

constancia en la escritura pública extranjera exige un nuevo otorgamiento, conforme a la previsión del nº 4 del art. 254 LH, según el cual “las escrituras a las que se refieren los números 2 y 3 anteriores se entenderán aquejadas de un defecto subsanable. La falta sólo se entenderá subsanada cuando se presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados”.

3. El defecto debe ser mantenido. La ley del lugar de situación del inmueble (*lex rei sitae*), en el caso a que se refiere el presente recurso la ley española, se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, a su contenido, a los derechos subjetivos de su titular, a los bienes sujetos al derecho real, a la posibilidad y a las condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como a su publicidad. Así, para el Derecho internacional privado español, se aplica la ley española respecto a los requisitos exigibles para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad español (art. 10.1º Cc). Este es el criterio adoptado en el seno de la Unión Europea según el cdo. 18 y el art. 1.2º Reglamento 650/2012, de 4 julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (aunque no se encontrase en vigor a la fecha de presentación de la documentación en el Registro de la Propiedad).

No cabe resolver el problema por aplicación exclusiva de las reglas que contiene el art. 11 Cc, antes aludido, respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho internacional privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cf. arts. 1278 ss Cc), mientras que en el presente caso, como antes se ha apuntado, se trata de precisar, además, un problema concreto: el de la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español cuando se omite un requisito que, según la ley española aplicable debe constar necesariamente como contenido del título bajo la comprobación por el notario autorizante, con imposición de determinadas obligaciones de información en cumplimiento de su deber de colaboración con la Administración.

La regla general sobre la forma (*auctor regit actum*, vid. art. 11.1º Cc) está subordinada a la ley material aplicable al fondo del asunto y a la forma del acto de que se trate. Si, como ha quedado antes expuesto, se aplica la ley española respecto de los requisitos exigibles para producir la inscripción en el Registro de la Propiedad español, los documentos inscribibles en tal Registro, el modo de practicar la inscripción, la publicidad que ofrece y el acceso a la información registral son cuestiones sujetas a la ley del Estado español y no a las normas de Derecho internacional privado aplicables a las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos (vid. art. 11.1º Cc). Y es que en Derecho internacional privado la norma de conflicto que determina la ley aplicable a la forma de los contratos no debe prevalecer sobre la norma de conflicto que fija la ley aplicable a la propiedad y demás derechos reales, a los requisitos exigibles para producir su inscripción en el Registro de la Propiedad español y a su publicidad. El Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en el apartado 1 del art. 11 establece que “un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado”. Pero no puede desconocerse que en el ap. 5 del mismo artículo se dispone que “no obstante lo dispuesto en los aps. 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Obs.: 1. Entre otros defectos, se plantea en este caso la exigencia de acreditación del número de identificación fiscal de un compareciente extranjero en el otorgamiento de escritura pública de adjudicación y partición de herencia ante notario italiano. El registrador estima que tal exigencia es igualmente predicable de comparecientes de nacionalidad extranjera y debe cumplimentarse mediante su exhibición, sin que sea suficiente su mera manifestación al notario autorizante (Resoluciones DGRN de 11 noviembre 2013 o de 9 diciembre 2014). El documento extranjero presentado a inscripción carece de referencia alguna a los números de identificación fiscal de los adquirentes, si bien se adjunta, como documento complementario y respecto de todos ellos, el original del certificado expedido por la Oficina competente de su respectivo número de identificación fiscal. El registrador considera que la falta de constancia en la escritura pública extranjera exige un nuevo otorgamiento, conforme a la previsión del n.º 4 del art. 254 LH, según el cual “las escrituras a las que se refieren los números 2 y 3 anteriores se entenderán aquejadas de un defecto subsanable. La falta sólo se entenderá subsanada cuando se presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados”.

2. La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del registrador, si bien lo hace de manera oscura. La DGRN justifica la aplicación de la ley española como *lex rei sitae* aplicable a la adquisición y transmisión de derechos reales, así como a su publicidad (art. 10.1.º Cc) y, en concreto, a las condiciones y requisitos exigibles para producir una inscripción en el Registro civil español, criterio avalado, a su juicio, por lo dispuesto en el cdo. 18 y en el art. 1.2.º Reglamento 650/2012, de 4 julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En este punto, la DGRN parece mezclar la aplicación de la ley española (como *lex rei sitae*) a la publicidad como condición de eficacia de los derechos reales, y su aplicación como *lex fori*, por lo que se refiere al procedimiento registral. Este último título, al igual que la regulación europea, no deriva realmente de lo dispuesto en el art. 10.1.º Cc, sino de la aplicación mutatis mutandis del principio *lex fori regit processum*, contenido en el art. 3 LEC, igualmente aplicable en materia de procedimientos registrales y administrativos.

La DGRN aborda en otros pasajes la cuestión planteada como relativa a la aptitud de un documento extranjero como título inscribible, “cuando se omite un requisito que, según la ley española aplicable debe constar necesariamente como contenido del título bajo la comprobación por el notario autorizante, con imposición de determinadas obligaciones de información en cumplimiento de su deber de colaboración con la Administración”. Este enfoque, más acertado, como cuestión de reconocimiento de la eficacia del documento público extranjero como título inscribible se mezcla a su vez innecesariamente con la cuestión de la ley aplicable a la forma de los actos (art. 11 Cc y del Reglamento Roma I), a fin de justificar la aplicación de la ley española al requisito de identificación de las partes en el documento público que sirve de título a la inscripción registral. En realidad, la aplicación del art. 254 LH, así como las consecuencias del incumplimiento de la obligación de identificación allí prevista, no tiene que ver con la aplicación de la ley española ni como *lex rei sitae* ni como ley rectora de la forma del acto, sino como *lex fori* que determina las condiciones materiales para que un documento público pueda servir de título a una inscripción registral, ya sea español o, por equivalencia, otorgado ante una autoridad extranjera. (S.A.S.L.).

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Advertencia: Al igual que ha acontecido con la sección de “Texto legales”, la presente, relativa a los “Materiales de la práctica”, ha quedado ampliamente rebasada, sobre todo por las aportaciones del Consejo de Estado y de la Fiscalía General de Estado. Dicha circunstancia aconseja también reservar esta sección del presente tomo del *Anuario*, y en los tomos futuros, a las a la mera referencia de las normas aparecidas el año anterior a su publicación y a incorporar las observaciones o comentarios puntuales oportunos. Pero el lector cuenta con el apoyo informático para suplir las omisiones de los textos impresos en la página web del *Anuario* (<https://aedipr.com/>). Dicha página, hace una referencia a “Documentos” donde figura el “Repertorio Iprolex de materiales de la práctica de Derecho internacional privado”, preparada por la profesora Ana Fernández Pérez, y que incluye dichos materiales, desglosados con carácter anual, en la web: <https://aedipr.com/documentos/>. En la presente sección se hace referencia a la numeración del documento del Repertorio, para facilitar su consulta.

CONSEJO DE ESTADO

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2016/Doc/1.– Dictamen nº 928/2015 (Justicia), de 30 septiembre 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-928>. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/3.

.....

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

2016/Doc/2.– Circular nº 7/2015 de 17 noviembre 2015. ARP 2016\149. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/10.

.....

ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

2016/Doc/3.– Circular nº 6/2015 de 17 noviembre 2015. ARP 2016\148. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/11.

.....

INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EUROPEAS

2016/Doc/4.– Instrucción 1/2016, de 7 enero 2016. ARP 2016\79.

.....

MINISTERIOS

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

2016/Doc/5.— Acuerdo Administrativo entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Reino de España y el Ministerio de Salud de la República Portuguesa en el ámbito del traslado internacional de cadáveres, hecho en Bayona el 22 junio 2015, BOE 4.7.2015. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/12.

.....

2016/Doc/6.— Acuerdo Internacional Administrativo entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Consell Superior de Justicia del Principado de Andorra, hecho en Madrid el 21 julio 2015. BOE 25.7.2015. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/13. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/135

.....

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

2016/Doc/7.— Orden ECC/953/2015, de 14 de mayo, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. BOE 15.5.2015. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/15

.....

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2016/Doc/8.— Orden HAP/1067/2015, de 5 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2014, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica. BOE 8.6.2015. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/18

.....

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

2016/Doc/9.— Resolución de 10 junio 2015, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 junio 2015, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa “Vacaciones en Paz 2015”. BOE 12.6.2015. Repertorio Iprolex de materiales de la práctica, nº 2015/16.

.....

NOTICIAS

CONGRESOS, CURSOS Y SEMINARIOS

X SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

La décima edición del Seminario internacional de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid se celebró los días 14 y 15 abril 2016 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Como en anteriores ocasiones, los organizadores, el Dr. José Carlos Fernández Rozas y el Dr. Pedro de Miguel Asensio, Catedráticos de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense, invitaron a prestigiosos profesores y profesoras pertenecientes a centros universitarios y de investigación tanto de España como del extranjero; y, una vez más, el éxito en la convocatoria a la presentación de propuestas de comunicación –gestionadas por el nuevo coordinador, el Dr. Ángel Espiniella Menéndez, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo– fue rotundo. La calidad y el interés de muchas de las propuestas motivó que se ampliara el tiempo inicialmente previsto, para que hubiera lugar a la presentación de las ponencias y de todas las comunicaciones seleccionadas, procurando que restara tiempo para la discusión y el debate.

Así, fue en la mañana del jueves 14, a pesar de que en un principio estaba previsto para la tarde este día, cuando se presentaron los trabajos referidos a las reformas que el legislador estatal introdujo en el Derecho internacional privado el verano del pasado año. Bajo la presidencia del Dr. Miguel Virgós Soriano, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid, la primera de las mesas se inició con la ponencia de la Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, Dra. Cristina González Beilfuss, dedicada a exponer lo esencial de las referidas reformas (y fundamentalmente, de las leyes de Jurisdicción voluntaria, del Poder Judicial y de Cooperación jurídica internacional en materia civil). A continuación, tras un espacio para comentarios y preguntas, se defendieron las comunicaciones dedicadas a la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil. En concreto, expusieron las conclusiones fundamentales de sus estudios la Dra. Laura García Gutiérrez, Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid (“La tutela cautelar en las recientes reformas del Derecho internacional privado español”); la Dra. Gloria Esteban de la Rosa, Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén (“La obtención de pruebas en el extranjero en la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”); la Dra. Carmen Parra Rodríguez, Directora de la Cátedra de Economía Solidaria y Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad Abat Oliba CEU (“El mapa de la comunicación entre tribunales en el derecho internacional español tras la ley de cooperación jurídica internacional”); la Dra. Clara Isabel Cordero Álvarez, Profesora Ayudante doctora de la Universidad Complutense de Madrid (“El control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: una visión comparada con el sistema Bruselas”) y D^a Cecilia Rosende Villar, abogada de Garrigues Abogados (“Litispendencia y conexidad internacionales y sus últimas reformas legislativas europea y español”). Tras el descanso, la sesión de la mañana finalizó con los trabajos referidos a otras normas recientemente reformadas. En particular, D. Josep Maria Julià, abogado fundador de Delegaltessen, Madrid, se refirió a “La definición incorrecta de la competencia para la ejecución en España del requerimiento europeo de pago”; D^a Briseida Sofía Jiménez Gómez, doctoranda de la Universidad Complutense de Madrid, a “La nueva Ley de patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales”; el Dr. Aurelio López-Tarruella Martínez, Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante, a “Algunas inconsistencias de la Ley de Adopción Internacional en materia de DIPr tras las reformas introducidas por la Ley 26/2015 de protección de la infancia y la adolescencia”; la Dra. Carmen Vaquero López, Profesora contratada doctora de

Derecho internacional privado de la Universidad de Valladolid a las “Nuevas normas para la protección de menores y de adultos en el sistema de DIPr español”; la Dra. Antonia Durán Ayago, Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Salamanca, a los “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional” y D^a Ana Moreno Sánchez-Moraleda, Profesora sustituta interina de la Universidad de Sevilla, a la cuestión “Del interés superior del menor” del art. 2 de la LO 8/2015, 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y de cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales”.

La sesión de la tarde, desarrollada bajo la presidencia del Dr. Bertrand Ancel, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad París II-Assas (Francia) se dedicó a los Nuevos avances de la codificación del Derecho internacional privado, y contó con una nutrida presencia de investigadores/as extranjeros/as, que expusieron en su mayor parte sus trabajos en inglés, idioma que, junto con el español y el francés, constituyen los oficiales del Seminario. Así, en el bloque específicamente dedicado a Europa, la Dra. Anna Wysocka-Bar, de la Jagiellonian University (Polonia) habló sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado polaco (“Party Autonomy in Polish Private International Law Act 2011”); la Dra. Magdalena Pfeiffer, de la Charles University (República Checa), disertó sobre el equilibrio entre la armonía internacional o interna de decisiones en la solución al tratamiento de la cuestión previa y de la solución checa a la cuestión (“International versus internal harmony of decisions: Czech compromise solution of the conflict treatment of incidental questions”); la Dra. Elena Voytovich, de la Universidad de Novosibirsk (Rusia) se refirió a la codificación del Derecho internacional privado en la Federación rusa (“Codification of Private International Law in Russia”); el Dr. Manuel Medina, Catedrático jubilado de la Universidad Complutense de Madrid expuso su trabajo sobre “La armonización del Derecho procesal civil europeo”; el Dr. Unai Belintxon Martín, Profesor Asociado de Derecho internacional privado de la Universidad Pública de Navarra, expuso su comunicación sobre el “Dumping Social, desarmonización socio-laboral y DIPr: la des-Unión Europea”; y el Dr. Raúl Lafuente Sánchez, Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante, la correspondiente a la “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera: La cláusula de escape del art. 4.3º del Reglamento Roma II a la luz de la jurisprudencia inglesa”. En el siguiente bloque, centrado en el continente americano, se defendieron las comunicaciones referidas a “La aplicación de la doctrina *forum non conveniens* a las demandas a aerolíneas en los Estados Unidos”, del Dr. José Miguel Sánchez Bartolomé, de la Universidad Complutense de Madrid; “El Derecho aplicable al contrato de seguro: ¿Debe la Unión Europea fijarse en el Anteproyecto de Ley Modelo OHADAC?”, de la Dra. Rosa Miquel Sala, Profesora de la Universidad de Bayreuth (Alemania); “La Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado y el Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado en México, coincidencias, desencuentros y conclusiones”, del Mtro. Juan Carlos Guerrero Valle, Secretario General de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (México); “El Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Uruguayo”, del Dr. Pablo Garrido Cardozo, de la Universidad Católica de Uruguay; “Comunicaciones directas en la cooperación judicial internacional”, del Mtro. Carlos E. Odriozola, Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (México); “La Ley Modelo de DIPr: su concordancia y adición de DDHH en materia de familia. El caso de México”, de la Licenciada D^a María Virginia Aguilar, miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; “Las deficiencias del Derecho internacional privado colombiano: Principios inapropiados y sus consecuencias en la eficacia de sentencias extranjeras”, del Mtro. Daniel Miguel Rojas Tamayo, de la Universidad Externado de Colombia; y “Cross-border recognition of same-sex marriage or civil partnership: recent developments in private international law in Brazil and Mercosur”, de la Dra. Inez Lopes, Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad de Brasilia (Brasil).

La mañana del 15 abril se dividió en dos sesiones. La primera de ellas se dedicó al Derecho internacional privado de la Unión Europea, y fue presidida por la Dra. Alegría Borrás, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (sustituida por el Prof. Dr. Joaquim Forner Delai-gua, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona). Abrió este espacio

la ponencia sobre la Consistencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea (“Consistency in EU Private International Law”) del Dr. Jürgen Basedow, Director del Instituto Max Planck de Derecho internacional privado y Derecho comparado de Hamburgo (Alemania). A continuación, el Dr. Christian Heinze, Catedrático de la Universidad Leibniz de Hannover (Alemania) expuso su trabajo sobre Los acuerdos de competencia en demandas en materia de Derecho de la competencia (“Competition law damages claims and jurisdiction agreements”). Seguidamente se leyeron las comunicaciones de este bloque: en primer lugar, la del Letrado del Tribunal de Justicia de la UE (Luxemburgo) Dominik Dürsterhaus, sobre la constitucionalización de las normas de cooperación judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“EU Private International Law before the Court: How the CJEU constitutionalizes the rules on judicial cooperation”); en segundo lugar, la de la Dra. Caterina Fratea, de la Universidad de Verona (Italia), sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del Derecho antitrust de la UE (“The First ECJ Judgments on private enforcement of EU Competition Law and their reflections on damages actions in Europe”); en tercer lugar, la de D. Giorgio Rizzo, Doctorando de la Universidad de Génova (Italia), sobre los daños financieros y la protección de los inversores (“Financial Torts and Investor Protection: Is the Extraterritorial application of the EU jurisdiction rules a possible solution?”); en cuarto lugar, la de D^a Emilia Fronczak, abogada de Loyens & Loeff (Luxemburgo), sobre la regulación de los daños en el Derecho internacional privado de la Unión Europea (“The EUPIL Tort Fallacy: Do the virtues of lex fori justify the vice of fragmentation?”); en quinto lugar, la de Chukwuma Okoli, doctorando de la Universidad de Luxemburgo, sobre la contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la interpretación de las cláusulas de excepción en materia contractual (“The Contribution of the Court of Justice of the European Union to the Interpretation of the Escape Clauses: Implications for Rome I Regulation”; en sexto lugar, la de la Dra. Elena D’Alessandro, Profesora Asociada de la Universidad de Turín (Italia), sobre el cobro de deudas en el espacio judicial europeo (“Debt Recovery within the European Judicial Area: Are substantive objections to the European Enforcement Order allowed?”); y, finalmente la de la Dra. Arianna Vettorel, Investigadora de la Universidad de Padua (Italia), sobre la libre circulación de documentos públicos entre Estados miembros de la Unión Europea y Estados terceros (“The Circulation of Public Documents between EU Member States and Third Countries: Possible Developments in Light of the Upcoming EU Regulation”).

Las ponencias del segundo bloque de la sesión, dedicada al Derecho internacional privado de familia, corrieron a cargo del Dr. Roberto Baratta, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Macerata (Italia) y de Pietro Franzina, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Ferrara (Italia). El primero disertó sobre los derechos fundamentales y el Derecho internacional privado (“Fundamental Rights and Family Private International Law”) y el segundo defendió la necesidad de regulación de la Unión Europea en el materia de protección internacional de adultos (“Do we need a EU legislative measure on the international protection of adults?”). La sesión finalizó con las comunicaciones de la Dra. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Profesora de la Universidad del Miño (Portugal) sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia familiar y sucesoria (“The principle of party autonomy in European Union family and succession law”); y de la Dra. Agata Jaroszek, de la Universidad de Wroclaw (Polonia) sobre el alcance del orden público en la maternidad subrogada (“Surrogacy, recognition of parental status, statelessness and public policy considerations”).

En la línea de años anteriores, también en esta ocasión el Seminario dedicó un espacio específico al arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Fue, en concreto, la tarde del viernes 15. Bajo la presidencia del Dr. Gonzalo Stampa, de Stampa Abogados, abrió la sesión el Dr. Mauro Rubino-Samartano, Árbitro de la Corte Europea de Arbitraje, con una ponencia dedicada al orden público en el marco del arbitraje (“Arbitration and Public Policy”). A continuación, el Dr. Sebastian Manciaux Universidad de Borgoña (Francia) presentó su trabajo sobre “La oferta de arbitraje en arbitraje de inversión: especificidades y dificultades planteadas por esta modalidad de arbitraje”, y cerró la tanda el Dr. Emmanuel Guinchard, de la Universidad de Northumbria (Reino Unido) con su ponencia sobre la transposición de la directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (“La transposition

en Europe de la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. L'exemple de la France et du Royaume-Uni"). Las comunicaciones con las que se puso fin al Seminario correspondieron a D. Manuel Casas Martínez, de la Corte Internacional de Justicia ("Arbitraje de inversión y abuso de derecho: errores sistemáticos y soluciones de Derecho internacional privado"); la Dra. Margherita Salvadori, Profesora de Derecho internacional privado de la Universidad de Turín (Italia) ("Exclusive Jurisdiction under the Provisions Governing Choice of Court Agreements: A New Competitive Mechanism?"); el Dr. Manuel Penadés Fons, Profesor de la London School of Economics and Political Science (Reino Unido) ("La prohibición de revisión de fondo de los laudos arbitrales y el effet utile del Derecho Europeo"); D. Carlos F. Concepción Jones Day, abogado en Miami (Estados Unidos) ("El impacto de alegaciones de corrupción en los casos de arbitraje internacionales"), el Dr. José Manuel Suárez Robledano, magistrado de Tribunal de Cuentas ("Hacia un concepto único del orden público en el arbitraje: la seguridad jurídica"); la Dra. Ana Mercedes López Rodríguez de la Universidad Loyola Andalucía ("Condiciones y límites al reconocimiento y ejecución en España de los laudos arbitrales dictados tras los recortes efectuados en el sector de energías renovables"); el Dr. Ángel Espiniella Menéndez, Profesor Titular de la Universidad de Oviedo ("Arbitraje en materia de distribución comercial internacional"), el Dr. Walaa Eldeen Ibraheem, de la Universidad de Zayed (Emiratos Árabes) ("Choice of law in International Consortium agreements"), el Dr. Leonel Pereznieta Castro, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de México ("Las recientes decisiones judiciales sobre el arbitraje en México"), la Dra. M^a Elena Mansilla y Mejía, Directora del Seminario de Derecho internacional de la Universidad Autónoma de México ("Los principios jurídicos del arbitraje comercial internacional") y el Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, árbitro de la Corte Cubana de Arbitraje "La Corte de arbitraje de la OHADAC".

Los trabajos presentados en el marco del Seminario que se sometan y superen el proceso de revisión por pares de la revista serán publicados en el tomo XVI, de 2016, del Anuario Español de Derecho internacional privado.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

UNIÓN EUROPEA

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO

El impulso dado a la regulación de los regímenes económicos de las parejas compuestas por ciudadanos de distintas nacionalidades de la Unión, tanto matrimoniales como no matrimoniales, se ha materializado con la publicación en el DO L de 8 de julio de 2016 del Reglamento (UE) n° 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y del Reglamento (UE) n° 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, ambos del Consejo la UE. Con ello se ha concluido un nuevo capítulo de la comunitarización del Derecho internacional privado.

Ambos instrumentos se configuran como piezas esenciales de un mismo bloque normativo y su formato independiente se justifica en las reglas aplicables a cada una de las instituciones contempladas resulten más claras para los operadores jurídicos. La autonomía del Reglamento n° 2016/1104, deriva de

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad Complutense.

la diversidad de las formas de unión distintas del matrimonio existente en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por uniones de hecho. Este tratamiento diferencial suscitó las naturales reticencias hacia la unificación del sector, esencialmente por no gozar las parejas registradas de un reconocimiento homogéneo en Europa y recibir a su vez, donde ya se reconocen, una consideración jurídica diversa. La unión registrada “permite a dos personas que conviven en pareja inscribir su relación ante la administración correspondiente de su país de residencia” y se materializa en la “convivencia de dos personas como pareja y el registro de esa situación ante una autoridad pública de su Estado de residencia”. Se trata de una institución reciente y recogida hasta la fecha en la legislación de catorce Estados miembros (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Austria, Países Bajos, Chequia, Reino Unido, Eslovenia y Suecia). Al igual que el matrimonio, la unión registrada produce efectos en el patrimonio de los miembros de la pareja que se rigen por el Derecho nacional pero en este caso, las divergencias entre los Derechos nacionales son más pronunciadas que las antes señaladas a propósito de los regímenes económico matrimoniales.

Ambos Reglamentos insertan una estructura similar abordando sucesivamente el ámbito de aplicación, la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de resoluciones y documentos, la oponibilidad frente a terceros, y las disposiciones generales y finales. Sus objetivos son clarificar el régimen económico de los matrimonios y uniones registradas entre ciudadanos de diferente nacionalidad, fijar con exactitud cuáles serán las autoridades judiciales competentes para resolver los conflictos que surjan y a facilitar la circulación de las sentencias y de los documentos públicos. Pretenden, en definitiva, conferir mayor seguridad a las parejas en Europa servir de complemento útil en la regulación de las sucesiones internacionales. En esencia se pretende que un mismo matrimonio, o en su caso una pareja registrada, no pueda ser sometido a un régimen patrimonial diferente en función de la competencia de los tribunales de un determinado Estado o de la legislación nacional que se aplique.

Centrados en las relaciones de carácter transfronterizo los Reglamentos carecen de pretensión unificadora de los Derechos materiales nacionales relativos al matrimonio o a las uniones registradas; su misión es mucho más concreta: suministrar a las parejas un conjunto de soluciones vinculadas con la propiedad cuando se trasladen a otro Estado miembro de la UE. (Vid. J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 40, 2016).

SIMPLIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PRESENTACIÓN DE DETERMINADOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Dentro del objetivo general de la Unión de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, el Reglamento (UE) nº 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012, que publica el DO de 27 de julio, constituye un paso más en la simplificación de los requisitos administrativos existentes para la presentación en un Estado miembro de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro.

El presente Reglamento establece, respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro que deban presentarse a las autoridades de otro Estado miembro, un sistema de: a) exención de la legalización o trámite similar, y b) simplificación de otros trámites. Como se ha indicado el presente Reglamento no impedirá que una persona se acoja a otros sistemas aplicables en un Estado miembro en materia de legalización o trámite similar. Se salvaguarda así la coexistencia entre el sistema que incorpora y otros sistemas aplicables entre los Estados miembros.

Para lograr estos objetivos el Reglamento también establece impresos estándar multilingües para que se utilicen como ayuda a la traducción adjuntos a los documentos públicos relativos al nacimiento, al hecho que una persona está viva, a la defunción, al matrimonio (incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil), a la unión de hecho registrada (incluidas la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada), al domicilio o la residencia y a la ausencia de antecedentes penales.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ACTOS Y DOCUMENTOS

FORNER DELAYGUA, J.J.: “Concepto de documentos extrajudiciales que deben ser objeto de una transmisión formal a los destinatarios residentes en otro Estado Miembro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1121-1125.

MARTÍN MAZUELOS, F.J.: “Reconocimiento de actos extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria en la nueva legislación”, *Diario La Ley*, nº 8629, 2015.

PRATS ALBENTOSA, L.: “La libre circulación de documentos públicos”, *Escritura pública*, nº 97, 2016, pp. 34-41.

RIVAS ANDRÉS, R.: “Nunca se han podido inscribir legalmente las escrituras extranjeras de buques (Leyes de Navegación Marítima de 24/7/2014 y posteriores)”, *Revista jurídica del notariado*, nº 95-96, 2015, pp. 439-492.

RIVAS ANDRÉS, R.: “Los cinco requisitos que han de cumplir las escrituras extranjeras según las Leyes de Jurisdicción Voluntaria y Cooperación Jurídica Internacional”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 63, 2015, pp. 180-183.

ADOPCIÓN

LÓPEZ AZCONA, M.A.: “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores. A propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2185, 2016, pp. 1-89.

LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: “La ley aplicable a la adopción internacional y la competencia judicial en materia de medidas de protección del menor tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 375-393.

Vid. resumen, supra, p. 875.

MORENO CORDERO, G.: “Determinación de los efectos que en el ámbito español despliega una *kafala* marroquí”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1285-1289.

MORENO CORDERO, G.: “Inscripción de una adopción constituida en Bélgica a favor de la cónyuge de la madre biológica de un menor nacido en Francia y gestado mediante técnicas de reproducción asistida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1292-1297.

ARBITRAJE Y MASC

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., MONTESINOS GARCÍA, A. y PALAO MORENO, G.: *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 270 pp. ISBN 978-84-9119-090-5.

En los inicios de 2016 entró en pleno funcionamiento el nuevo sistema previsto por el legislador de la Unión Europea para la resolución alternativa de consumo, el cual pivota sobre dos señalados instrumentos diseñados para poder actuar conjuntamente: el Reglamento (UE) nº 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. La presente obra, recoge el análisis de esta regulación, realizado por miembros de la academia y de la administración española, así como por estudiosos provenientes de universidades inglesas e irlandesas, en un interesante análisis comparativo que fue precedido de un enriquecedor e intenso seminario celebrado en la Facultat de Dret de la Universitat de Valencia y que culmina ahora en este libro colectivo.

BROWER, Ch. N.: “Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 653–686.

CASAS MARTÍNEZ, M.: “Arbitraje de inversión y abuso de Derecho: ¿Soluciones de Derecho internacional privado?”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 397–433.

Los tribunales arbitrales de inversión que han aplicado la doctrina del abuso de derecho lo han hecho de forma errada. Al omitir considerar elementos esenciales de la misma, como lo son la existencia de un daño y la intención subjetiva de causar el mismo, han expandido el ámbito de esta doctrina, lo que atenta contra la seguridad jurídica y la estabilidad de las expectativas razonables, particularmente en un campo volátil como la inversión internacional. Este problema, sin embargo, puede ser resuelto utilizando instituciones propias o afines al Derecho internacional privado. Primero, la aplicación de la doctrina de derecho ha sido frecuente en casos relacionados con la validez de la nacionalidad de la parte demandante; tales casos pueden ser resueltos mediante la determinación del Derecho material aplicable, que entremezcla normas de Derecho internacional público y Derecho interno. Segundo, el riesgo de la aplicación de la doctrina del abuso de derecho puede ser reducido si se (re)incluyen los elementos esenciales materiales y volitivos.

CONCEPCIÓN, C.F.: “Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 369–396.

DÍAZ-CANDIA, H.: “Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 413–442.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Revisión de los paradigmas en el control de los laudos arbitrales: irrecurribilidad y renuncia al recurso de anulación”, *Iuris Omnes: Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, vol. XVII, nº 1, 2015, pp. 35–55.

Reflexión sobre dos aspectos actuales, pero muy controvertidos, del control de los laudos arbitrales. En primer lugar, la eventual impugnación del laudo a través de la apertura, si bien limitada, de una segunda instancia, que comienza a figurar ante el silencio de las leyes en los Reglamentos de ciertas instituciones arbitrales. En segundo lugar, la posibilidad de renuncia al recurso de anulación ante la jurisdicción estatal, que se incluye en ciertas legislaciones como la peruana, bajo los auspicios de ciertos

medios arbitrales que ven en ella múltiples ventajas, aunque en cuenta importantes reticencias traducidas en su eventual inconstitucionalidad.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Art. 24: Acta de Misión y calendario procedimental”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 249–274.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Art. 25: Normas procedimentales aplicables”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 274–284.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Art. 26: Sede del arbitraje”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 284–293.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Art. 27: Idioma o idiomas del arbitraje”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 293–298.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Art. 28: Normas jurídicas aplicables a la controversia”, *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 298–327.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 823–852.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Premisas en torno al procedimiento arbitral”, *Iuris Omnes. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, vol. XVII, nº 1, 2015, pp. 13–33.

El procedimiento arbitral se caracteriza por su autonomía respecto del proceso jurisdiccional, por su flexibilidad y por prestar una especial atención a que las partes sean tratadas con igualdad. Las instituciones arbitrales cuentan con reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados por la experiencia que deben respetar, sin embargo, una serie de principios fundamentales de carácter procesal: igualdad, buena fe y confidencialidad. La voluntad de las partes permite la adopción de un procedimiento para el caso concreto conforme a sus necesidades y expectativas, favoreciendo las relaciones de mutua confianza y previniendo comportamientos estratégicos obstaculizadores.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 581–607.

La autonomía del convenio arbitral respecto del contrato en el que se inserta es un principio que no es privativo de un determinado sistema jurídico, sino que se ha extendido universalmente, figurando en la generalidad de las legislaciones de arbitraje, y constituyendo una de las manifestaciones más expresivas de la denominada *lex mercatoria*. Cuestión distinta es la determinación de su contenido en determinados supuestos, sobre todo vinculados a los contratos celebrados con indicios de corrupción, que ha dado lugar a un amplio debate. Los razonamientos vertidos hasta este momento en dicho debate encuentran reflejo directo en el asunto Ministerio de la Presidencia (Panamá) / Selex Es S.P.A iniciado el 31 julio 2015 ante la jurisdicción panameña. Nuestra pretensión es utilizar los hechos para verificar que el tema objeto de consideración no es un mero ejercicio retórico sino un excelente test para comprobar cuál es el estado del principio de separabilidad.

FERRARI, F.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable en el arbitraje comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 687–733.

GARCÍA CUETO, J.I., SORIANO LLOBERA, J. y ROIG HERNANDO, J.: “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 101–110.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S.: “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 111–124.

El exequátur en España de laudos extranjeros está regido por el Convenio de Nueva York de 1958. Este establece una serie de causas de denegación del reconocimiento entre las que se cuenta que el laudo haya sido anulado o suspendido en el Estado de origen, ex art. V.1º.e). Asimismo, el Convenio de Nueva York establece, como criterio para resolver los problemas de concurrencia normativa que pueden surgir entre este y otros convenios internacionales, caso del Convenio de Ginebra de 1961 dentro de su ámbito de aplicación, o el propio Derecho interno, un principio de mayor favorabilidad. El trabajo analiza el régimen que dispone el art. V.1º, e) del Convenio de Nueva York y el juego del principio de mayor favorabilidad para determinar si cabe el exequátur en España de laudos anulados o suspendidos en el Estado de origen.

GÓMEZ JENE, M.: “*Anti-suit injunction* en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia *Gazprom* del TJUE)”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 440–447.

La sentencia *Gazprom* del TJUE confirma la jurisprudencia *West Tankers*: las *anti-suit injunctions* dictadas por un órgano judicial en apoyo de un arbitraje son incompatibles con el Reglamento Bruselas I. Los sólidos argumentos que utiliza para justificar esta interpretación –basados en la quiebra del principio de confianza mutua– y la crítica soterrada que hace a las Conclusiones del Abogado General, permiten deducir que el Considerando 12 del Reglamento Bruselas I refundido no tiene entidad suficiente como para modificar el sentido de esta jurisprudencia.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “Anulación del laudo *Yukos/Rusia* en La Haya: importante obstáculo para su ejecución”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 453–455.

JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S.: “Evolución de los mecanismos de solución de controversias sobre nombres de dominio”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 379–412.

El proceso de ampliación de nuevos nombres de dominio llevado a cabo por la ICANN, Corporación para la Asignación de Números y Nombres en Internet, implica revolucionar el mundo de los nombres de dominio. Las extensiones aumentan de 22 dominios de primer nivel (TLDs) a más de 1000 a partir del año 2013, incluyendo nombres genéricos (ej. “.restaurant”, “.life”), nombres de ciudades (ej. “.madrid”, “.london”) e incluso nombres de marcas (ej. “.montblanc”, “.samsung”). La Política Uniforme de la ICANN (UDRP) sigue estando vigente para los nuevos nombres de dominio, aunque habrá que matizar la interpretación de la misma a raíz de las recientes resoluciones de los proveedores de controversias. Además, los titulares de marcas que vean afectados sus derechos por los nuevos dominios tienen la posibilidad de recurrir a nuevos mecanismos de resolución de controversias que complementan la Política Uniforme. Los mecanismos tratados por su novedad e importancia práctica son el Sistema

Uniforme de Suspensión Rápida y el Procedimiento de resolución de controversias por marcas comerciales posteriores a la delegación.

ORTOLANI, P.: “Los efectos de una orden *anti-suit* dictada por un órgano arbitral sobre el Reglamento Bruselas I. Nota crítica a la STJUE en el asunto *Gazprom*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 29, 2015, 6 pp.

PENADÉS FONS, M.: “El *effet utile* del Derecho de la Unión Europea y la prohibición de *révision au fond* en el arbitraje internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 249–278.

Vid. resumen, *supra*, p. 249.

RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, CIMA–Iprolex, 2016, 602 pp. ISBN 978–84–941055–5–5. 2.

Tras varios meses de intenso trabajo ha visto la luz, a finales de 2014, el nuevo Reglamento de CIMA que ha reforzado el valor del arbitraje en España como método alternativo a la justicia para resolver una amplia gama de controversias, y ello se evidencia en haber puesto especial énfasis en incluir en su cuerpo normativo un conjunto de preceptos dirigidos a lograr una mayor eficiencia en la conducción del proceso arbitral. No en vano, procurar un arbitraje más eficiente y menos costoso es una causa de preocupación real para la CIMA y uno de sus principales objetivos. Dentro de las mejoras introducidas respecto de la regulación precedente desatacan: el refuerzo a la comunicación entre las partes y el tribunal arbitral (unipersonal y plural); el sistema de designación de los árbitros, evitando, con un sistema de turnos perfectamente articulado, que pueda empañarse la imparcialidad de aquéllos, pero con respeto absoluto a la voluntad de las partes; la relativa a la adopción y práctica de medidas cautelares urgentes mediante el árbitro de emergencia en la fase previa a la remisión del expediente al tribunal arbitral; el apoyo material al tribunal con el concurso de un “secretario administrativo” pero sin facultades decisorias; la formulación de un “acta de misión” susceptible de concretar elementos tan esenciales para el desenvolvimiento arbitral como la identificación de las partes, de los hechos materia de la controversia, de las pretensiones deducidas por aquéllos y de las previsiones temporales de la tramitación con la asunción de un calendario que la concrete; y, la potenciación de la confidencialidad de la controversia en relación con la información que el devenir procedimental pueda alumbrar. Una obra de semejante envergadura ameritaba unos comentarios adecuados. Y el resultado ha sido un completo volumen, coordinado por Francisco Ruiz Risueño, secretario de CIMA y por el profesor José Carlos Fernández Rozas, concebida como una guía y un utensilio de consulta para las personas involucradas en controversias administradas por esta institución de arbitraje, pero que resulta también de gran utilidad para los abogados que ejerzan su práctica profesional en este especial procedimiento de solución de controversias. Junto a la presentación de rigor a cargo del Presidente de CIMA, porfiada en las bondades del arbitraje institucional, el libro incluye un estudio introductorio de Pascual Sala, ex Presidente del Tribunal Constitucional del Tribunal Supremo y del Tribunal Supremo, en torno a lo que ha supuesto la reforma del Reglamento CIMA. Los “comentarios” propiamente dichos se inician con una extensa valoración de los contenidos y del significado del nuevo instrumento a cargo de Gonzalo Stampa, Director de CIMA, un objetivo que, en su opinión, persigue una aproximación cenital y sistematizada a las modificaciones incorporadas, desde la que asimilar su verdadero alcance para, a continuación, permitir a los usuarios del arbitraje CIMA demarcar los márgenes dentro de cuyos límites deberá desarrollarse, en lo sucesivo, todo procedimiento arbitral que CIMA administre de conformidad con el Reglamento. Las páginas siguientes de la obra insertan un análisis profundo y detallado de cada uno de los 63 artículos del Reglamento y de sus tres anexos, con referencia exhaustiva de la práctica arbitral y de los tribunales de justicia, amén de una bibliografía especializada y comentarios enriquecidos por la pericia y ejercicio profesional de sus redactores, especialistas de reconocido prestigio en la materia. No nos hallamos ante comentarios lacónicos del texto reglamentario, sino ante exposiciones que se encargan de instruir, con ejemplos y conse-

jos prácticos, las diferentes etapas de desarrollo de un arbitraje CIMA. De esta suerte la obra constituye un instrumento indispensable tanto para el experto como para el neófito que se vea enfrentado a un procedimiento de arbitraje. Está diseñada para estimular la elección del procedimiento arbitral garantizado por CIMA y para organizar un arbitraje eficiente y a la medida, con el propósito de que responda a las necesidades de sus usuarios en el sentido de que el arbitraje debe ser eficiente, en términos de tiempo y costo. Como ponen de relieve los presentes comentarios al Reglamento de 2014 que ahora se comenta, estos objetivos han sido la constante preocupación de CIMA a la hora de su elaboración, a fin de que la controversia se adapte a las especificidades jurídicas de las partes y de los árbitros. Estos comentarios, expresivos de un profundo rigor en el conocimiento de la materia y de su aplicación práctica, serán sin duda de gran ayuda para las partes y el tribunal en el establecimiento de los cauces adecuados de una controversia concreta y para propiciar un clima apropiado desde el mismo inicio del arbitraje, una eficiencia en orden al tiempo y el costo y una adecuación a las propias necesidades de la controversia. Esta obra es un buen ejemplo de la respuesta puntual a las necesidades actuales que experimentan los operadores jurídicos que actúan en marco del arbitraje institucional y, por añadidura, un buen antídoto contra el reduccionismo que amenaza el correcto tratamiento de la práctica arbitral.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 1, 2016, pp. 13-44.

Los sistemas jurídicos proclives al arbitraje comercial internacional parten de un principio de integridad del procedimiento arbitral, limitando la intervención judicial. El presente artículo pretende ofrecer una síntesis de las principales manifestaciones del principio de mínima intervención judicial en el doble ámbito de la actividad jurisdiccional de control y de apoyo al arbitraje comercial internacional y pone relieve las diferencias sustanciales entre los sistemas de Derecho comparado y, en particular, el margen de mejora de dicho principio en el Derecho español sobre la materia.

SORIANO HINOJOSA, A. “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 1, 2016, pp. 97-174.

El arbitraje en Derecho público ha evolucionado en España desde su completa prohibición en 1852. Los APPRI han supuesto una palanca en la evolución del arbitraje en el que los Estados forman parte. El orden público internacional es la única norma imperativa que debe tenerse en cuenta para poder anular un laudo. Los tribunales locales prohíjan en ocasiones la acción de anulación para evitar un perjuicio a su país. La palabra del Estado cuando decide someterse a arbitraje, debe ser sagrada.

SORIANO GARCÍA, J.E. e IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Reflexiones procesales sobre el laudo final dictado el 21 enero 2016 (Reino de España, asunto fotovoltaicas) con resumen del mismo”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 465-498.

El laudo de 21 enero 2016 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, se refiere por vez primera al régimen regulatorio español sobre generación fotovoltaica. Es una consecuencia directa de la firma por el Reino de España de la Carta de la Energía, que da respaldo al arbitraje sobre las partes contratantes, esto es, el propio Estado. Se rompe así la tendencia tradicional a eximir a los Estados de someterse a Arbitraje y se inicia un paso hacia su consolidación como medio de resolver disputas en el ámbito internacional dando confianza a los inversores. Este laudo tiene un alcance limitado ya que se refiere sólo a las normas hasta 2010 pero no incluye la posterior y esencial norma de 2013, que será objeto de discusión en futuros arbitrajes. No constituye pues un precedente, lo que el propio laudo se encarga de subrayar. Dictado por mayoría de dos votos que dan la razón al Reino de España, que contó con la Comisión Europea como *amicus curiae*, existe Voto Particular, en el que se afirma la vulneración del principio de confianza legítima. A nuestro juicio, es cuestionable la afirmación de la mayoría de que el planteamiento de una “cuestión de constitucionalidad” o la posible exigencia a través de otro pleito de “responsabilidad patrimonial de la Administración”, sean técnicas suficientes para garantizar y realizar el principio de la Carta

de que han de existir remedios suficientes para garantizar las inversiones. Habrá que esperar a futuros laudos para comprobar la bondad definitiva de éste.

SORIANO HINOJOSA, A.: “Descifrando el Reglamento (UE) nº 912/2014. Responsabilidad financiera en los arbitrajes de inversión en los que la UE sea parte”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 333–377.

El comercio internacional favorece el intercambio de mercancías a nivel global. La UE ha asumido como competencia exclusiva, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Política Comercial Común, donde se han incluido las inversiones extranjeras directas (IED). A partir de entonces surgió la incógnita sobre la validez de los APPRI suscritos por los Estados miembros tanto *ad intra* como *ad extra*. Dado que la UE tiene competencia exclusiva para suscribir acuerdos en materia de IED, puede ser también sujeto pasivo de un arbitraje internacional. El Reglamento (UE) nº 912/2014 establece cuándo va a actuar como demandado la UE y cuándo un Estado miembro, así como quién es responsable financieramente de los costes del arbitraje y la eventual condena.

BIENES

AZNAR GÓMEZ, M.J.: “Patrimonio cultural subacuático español ante tribunales extranjeros o internacionales los casos de la “Mercedes” y del “Louisa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2015, pp. 47–77.

FUENTES CAMACHO, V.: “Avances en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales”, *La Ley: Unión Europea*, nº 30, 2015, 17 pp.

La Directiva 2014/60/UE representa un importante avance en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales por introducir varias mejoras frente a sus versiones anteriores; especialmente, la ampliación de su ámbito *ratione materiae*. Sin embargo, todavía subsisten dos graves inconvenientes: de un lado, la restricción del supuesto del art. 13 a los bienes culturales una vez que han sido restituidos, y de otro lado, la determinación del *locus originis* de dichos bienes mediante la fijación como fecha de referencia del 1 enero 1993.

FUENTES CAMACHO, V.: “El caso ‘cabeza de mujer joven’: ¿un nuevo ejemplo de tráfico ilícito internacional de bienes culturales?”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 927–933.

IRURZUN MONTORO, F. y MAPELLI MARCHENA, C.: “La cooperación policial y judicial en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2015, pp. 101–120.

PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: “La protección internacional del patrimonio y las comunidades patrimoniales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2015, pp. 121–151.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “La inmunidad del Estado y los bienes culturales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2015, pp. 153–181.

CODIFICACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL

AGUILAR, “La Ley Modelo de Derecho internacional privado, su concordancia y adición de derechos humanos en materia de familia. El caso de México”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 887–898.

Vid. resumen, supra, p. 887.

BOUZA VIDAL, N.: “UNIDROIT: Desarrollos recientes y nuevo programa de trabajo para el trienio 2017–2019”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 745–756.

Vid. resumen, supra, p. 745.

GUERRERO VALLE, J.C.: “La Ley Modelo Ohadac de Derecho internacional privado y el proyecto de Ley de Derecho internacional privado de México, coincidencias, desencuentros y conclusiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 821–834.

Vid. resumen, supra, p. 821.

VILLALTA VIZCARRA, A.E.: “La conveniencia de una Ley modelo de Derecho internacional privado para Centroamérica”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 835–856.

Vid. resumen, supra, p. 835.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

AGUILAR GRIEDER, H.: “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento ‘Bruselas I Bis’ (1215/2012). Una respuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2015, pp. 75–98.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Ejercicio de la acción civil en procedimiento penal y litispendencia internacional. STJUE de 22 octubre 2015, asunto C–523/2014: Aannemingsbedrijf Aertssen NV and Aertssen Terrassements”, *La Ley: Unión Europea*, n° 36, 2016, 12 pp.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores: concepto de actividad comercial o profesional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 979–979.

ESPINAR VICENTE, J.M. y PAREDES PÉREZ, J.I.: “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 199–247.

Vid. resumen, supra, p. 199.

ESPINAR VICENTE, J.M.: “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley: Unión Europea*, n° 31, 2015, 6 pp.

Análisis de la ordenación de la sumisión a la jurisdicción española tras la reciente modificación de los arts. 21 y 22 LOPJ. Lamentablemente la reforma no merece una valoración positiva como consecuencia de la mala técnica normativa en la regulación de la sumisión expresa). Por otra parte, la redacción es confusa, el legislador español transpone sin adaptar la normativa europea desnaturalizando el papel de la sumisión en la normativa autónoma, a la par que desaprovecha una buena ocasión para coordinar las reglas residuales del sistema interno de competencia judicial internacional con las normas de origen europeo.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Delimitación de la noción de competencia judicial internacional en la República Dominicana y algunas consecuencias prácticas”, *Gaceta Judicial (República Dominicana)*, n° 352, 2016, pp. 16–27.

La entrada en vigor de la Ley 544–14 de Derecho internacional privado, que incluye una regulación completa en su título II de la extensión y límites de la jurisdicción dominicana en materia civil y comercial, obliga a una nueva manera de contemplar los distintos sectores que conforman el Derecho internacional privado. La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales dominicanos debe realizarse de manera autónoma, sin recurrir a conceptos propios de la competencia judicial interna y sin recurrir a planteamientos inherentes a la determinación del derecho aplicable, que en la Ley 544–14 cuenta con una reglamentación específica y diversa. Aunque exista una nueva ordenación de la materia, siguen existiendo resquicios de la situación anterior, regulada de una manera incompleta e inadaptada a la realidad actual por los derogados arts. 14 y 15 Cc, que inevitablemente pueden inducir a confusiones que tratarán de despejarse en este estudio.

FONTANELLAS I MORELL, J.M.: “La *actio communi dividundo* en el Reglamento ‘Bruselas I’. STJUE de 17 diciembre 2015, Asunto C–605/2014: Virpi Komu, Hanna Ruotsalainen y Ritva Komu c. Pekka Komu y Jelena Komu”, *La Ley: Unión Europea*, n° 37, 2016, 15 pp.

FONTANELLAS MORELL, J.M.: “La erosión de la exclusividad del *forum rei sitae* en las acciones reales inmobiliarias”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 967–974.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, n° 8614, 2015.

La reciente reforma de la LOPJ ha alcanzado también a las reglas internas de competencia judicial internacional. Según declara en la exposición de motivos, las razones de esta reforma residen en la necesidad de “actualizar” nuestro Derecho, en particular a la luz de la evolución del Derecho europeo en la materia. No obstante, pese a estas bondadosas intenciones, en algunos extremos el nuevo texto resulta difícil de entender: hay algunas normas aparentemente absurdas o incluso de imposible aplicación. El objetivo de este trabajo es describir el contenido de la reforma y ofrecer algunas pautas para su corrección por vía interpretativa.

GARDEÑES SANTIAGO, M.: “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, n° 1, 2016, pp. 109–119

GARRIGA SUAÚ, G.: “La ley aplicable al derecho de repetición de la aseguradora Solvens contra la aseguradora del corresponsable. STJUE de 21 enero 2016, Asuntos acumulados C–359/2014 y C–475/2014, Ergo Insurance”, *La Ley: Unión Europea*, n° 36, 2016, 13 pp.

HEINZE, C.: “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del Derecho de la competencia de la UE. algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la

sentencia del TJUE CDC, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 79–101.

Vid. resumen, supra, p. 79.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas. STJUE de 10 diciembre 2015, asunto C–350/2014: Lazar”, *La Ley: Unión Europea*, nº 35, 2016, 15 pp.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Accidentes de circulación por carretera y art. 4.1 Reglamento Roma II. Daños indirectos y víctimas indirectas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 35, 2016, 24 pp.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Validez y oponibilidad a terceros de las cláusulas atributivas de competencia incluidas en folletos de emisión de bonos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 988-993.

MIQUEL ALA, R.: “Intervención voluntaria de aseguradora para demandar a otra aseguradora en el domicilio del perjudicado. STJUE de 21 enero 2016, Asunto C–521/2014: SOVAG”, *La Ley: Unión Europea*, nº 37, 2016, 13 pp.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 mayo 2015, asunto C–352/13: Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV y otros”, *La Ley: Unión Europea*, nº 30, 2015, 13 pp.

ORÓ MARTÍNEZ, C. y GANDÍA SELLENS, M.A.: “Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente. ¿Problema resuelto? Cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, 2015, págs. 706-725

PALOMA TREVES, E.: “Protección de los acreedores en situaciones transfronterizas (STJUE de 10 diciembre 2015, Asunto C–594/2014: Kornhaas)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 38, 2016, 9 pp.

El TJUE considera que el art. 4 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido que está incluida en su ámbito de aplicación una demanda presentada ante un Tribunal alemán contra el administrador de una sociedad de derecho inglés, la cual tiene un procedimiento de insolvencia abierto en Alemania, que tiene por objeto la devolución de los pagos efectuados por el administrador de la sociedad antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero después de la fecha de la insolvencia efectiva, con base en el art. 64, ap. 2 GmbHG. El Tribunal de Justicia además confirma que tal demanda no es contraria a la libertad de establecimiento de los arts. 49 y 54 TFUE.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “La incidencia de la aceptación por la Unión Europea del Convenio de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro”, *La Ley: Unión Europea*, nº 32, 2015, 16 pp.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas. STJUE de 17 marzo 2016, Asunto C–175/15: Taser International Inc. c. SC Gate 4 Business SRL y Cristian Mírcea Anastasiu”, *La Ley: Unión Europea*, nº 39, julio 2016, 19 pp.

ROSENDE VILLAR, C.: “Litispendencia y conexidad internacionales y sus últimas reformas legislativas europea y española”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 347–374.

Vid. resumen, supra, p. 347.

VARA PARRA, J.J.: “Una reflexión sobre el alcance del foro de accesoriadad. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 julio 2015, asunto C-184/14: A.”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, 2015, 20 pp.

ZABALO ESCUDERO, M.E.: “La calificación de las funciones de dirección y administración de sociedades en el ámbito de la competencia judicial internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 943-946.

CONSUMIDORES

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Contratos conexos y protección jurisdiccional del consumidor europeo. STJUE de 23 diciembre 2015, asunto C-297/2014: Hobohm”, *La Ley: Unión Europea*, nº 37, 2016, 15 pp.

AÑOVEROS TERRADAS, B.: “Unidad de mercado y protección jurisdiccional del consumidor europeo: su extensión a los contratos vinculados con terceros Estados”, *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto* (B. Añoberos Terradas y S. Llebaría Samper, coords.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 23-60. ISBN 978-84-9059-950-1.

CARRIZO AGUADO, D.: “La relación de causalidad como indicio justificativo de la ‘actividad dirigida’ en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 301-317.

El legislador europeo establece reglas especiales de competencia judicial internacional para los litigios derivados de las relaciones contractuales con consumidores. Este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de una posición de asimetría entre las partes intervinientes (profesional / consumidor) que encuentra su reflejo en la dimensión procesal. El Reglamento (UE) nº 1215/2012, reequilibra tal escenario permitiendo al consumidor que ejerza sus derechos procesales bien ante los tribunales de su propio domicilio o bien ante los tribunales del domicilio del profesional. En el presente estudio se analiza legal y jurisprudencialmente la particular situación ante la cual el profesional no se desplaza físicamente al Estado del consumidor, pero dirige hacia él sus actividades en el marco de dos contratos celebrados sucesivamente entre el mismo consumidor e idéntico profesional. El Alto Tribunal europeo, admite la posibilidad de que ante un contrato que a priori no encaja como contrato de consumo, pueda beneficiarse del mencionado régimen protector. Ahora bien, es necesario que éste presente una conexión muy estrecha con la primera obligación contractual suscrita entre las mismas partes fruto de una “actividad dirigida” por el profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor. Es decir, el contrato conexo debe considerarse como prolongación directa de la “actividad profesional dirigida” al Estado miembro del domicilio del consumidor, pues posee como fin principal, la satisfacción del objetivo económico que subyace de la relación contractual inicial.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *Consumo (Abogacía internacional, vol. II)*, Madrid, Rasche, 2016, 276 pp. ISBN 978-84-15560-57-9.

Constituye este libro una útil herramienta para la asesoría legal y el ejercicio de la abogacía en materia de consumo transfronterizo, así como para la enseñanza práctica de dicha materia en los estudios de grado y postgrado. Para lograr esta utilidad y practicidad, es necesario considerar al usuario final no solo como “consumidor” o parte jurídica y económicamente menos experimentada, sino también como “cliente” de la empresa minorista en el proceso de comercialización internacional de bienes y servicios. Precisamente los intereses de las empresas españolas, unidos a la naturaleza de la colección en la que se enmarca este trabajo, aconsejan prestar atención al consumo transfronterizo tanto en la UE como en

Iberoamérica. Máxime cuando el modelo europeo de protección jurídica de los consumidores transfronterizos están influyendo en algunas de las más recientes codificaciones de Derecho internacional privado de los países iberoamericanos.

CONTRATOS

CARBAJO CASCÓN, F.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 664 pp. ISBN 978-84-9053-950-7.

La distribución comercial es un sector en constante evolución en un mundo caracterizado por la expansión de los mercados y de la sociedad de consumo. Ello ha dado lugar a una multiplicación de los conflictos entre los proveedores de bienes y servicios (fabricantes, importadores) y los comerciantes (mayoristas y minoristas) encargados de distribuirlos en el mercado. Sin embargo, la creciente importancia y conflictividad del sector no se ha visto acompañada de una regulación sólida y coherente de los contratos que dan forma jurídica a los diferentes sistemas de distribución. La propuesta de regulación de los contratos de agencia, franquicia y distribución comercial en el Libro IV, Parte E del Borrador del Marco Común de Referencia en el ámbito del Derecho Contractual Europeo ("*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference –DCFR–*"), de 20 abril 2007, constituye un intento de armonización de los principios y reglas fundamentales por las que se rigen estos contratos en las distintas tradiciones jurídicas europeas. Aunque por el momento no pasa de ser un mero proyecto académico, desde su aparición viene ejerciendo una notable influencia en la interpretación de doctrina y jurisprudencia, y ha servido de inspiración para los distintos proyectos de regulación de los contratos de distribución (todos ellos fallidos) que han tenido lugar en España durante la última década. De momento, parece que los contratos de distribución seguirán huérfanos de regulación en nuestro ordenamiento, más allá de las reglas de derecho de la competencia sobre restricciones verticales que determinan parcialmente el contenido de los mismos. No obstante, las propuestas de regulación contenidas en el Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo y en algunos de los proyectos de regulación frustrados (como el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 o la Propuesta de Código Mercantil de 2013), junto a las soluciones que aporta la Jurisprudencia, sirven para analizar con detalle los principales problemas jurídicos que presentan los contratos de distribución comercial y para proponer recomendaciones de buenas prácticas contractuales dirigidas a los agentes del sector. En esta obra el lector encontrará un extenso listado de comentarios donde se exponen las principales categorías contractuales de la distribución comercial y se ofrecen respuestas a los problemas jurídicos más habituales que se presentan en la práctica.

FONTANELLAS I MORELL, J.M.: "El ámbito de aplicación del CESL", *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona. Atelier, 2015, pp. 51-74.

GARRIGA SUAÚ, G.: "El derecho de repetición de la aseguradora Solvens contra la aseguradora del corresponsable de un accidente automovilístico", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1004-1010.

MARTÍN BAUMEISTER, B.: "El Derecho financiero islámico y su designación como 'Ley aplicable' en contratos de financiación", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 34, n° 140, 2015, pp. 229-268.

MATO PACÍN, M.N.: "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho comparado y europeo", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 216-282.

La imposición de contenidos contractuales que conlleva la contratación mediante condiciones generales hace necesario que la parte adherente se vea protegida por controles específicos para los negocios jurídicos concluidos mediante este peculiar procedimiento de formación, como son el control de incorporación y el control material. En España, tan solo los contratos con consumidores entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido. Por el contrario, fuera de nuestras fronteras, diversos ordenamientos jurídicos contemplan de forma expresa al empresario adherente como sujeto susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas o bien están inmersos en procesos de reforma de su Derecho privado en este sentido (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Portugal y Holanda). La misma solución adoptan las propuestas más importantes de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL).

MIQUEL SALA, R.: “Los contratos de seguro en el proyecto de Ley Modelo Ohadac de Derecho internacional privado: ¿un modelo a seguir para el Reglamento Roma I? “, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 793–820.

Vid. resumen, supra, p. 793.

SAN MARTÍN CALVO, M.: “Las aportaciones de la normativa común de la compraventa europea (CESL) ¿un primer paso para la creación de un Derecho contractual unitario?”, *Unión Europea Aranzadi*, n° 4, 2016, pp. 45–62.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., BOSCH CAPDEVILA, E. y VAQUER ALOY, A.: *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, 794 pp. ISBN 978–84–1569–091–7.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Contratos (Abogacía internacional, vol. III)*, Madrid, Rasche, 2016. 192 pp. ISBN: 978-84-1556-055-5.

La presente obra pretende introducir al lector en el Derecho de los contratos internacionales desde un punto de vista eminentemente práctico. A través de una prosa directa y sencilla, el estudio revela, desde una perspectiva comparada, las claves de la dinámica del contrato internacional, comparando el tratamiento de los aspectos sustanciales relativos a la negociación, formación, contenido y cumplimiento del contrato en los sistemas jurídicos más relevantes. Junto a la perspectiva material, la obra culmina con el tratamiento de las cuestiones de Derecho aplicable, en particular con los problemas relativos a la determinación y aplicación de la ley aplicable al contrato internacional. Combinando y dosificando con equilibrio el bagaje académico y práctico del autor, el tratamiento de la dinámica contractual en el espacio internacional constituye una aportación que aúna el rigor académico y la utilidad práctica. El estudio proporciona un instrumento de inestimable valor tanto para la profundización académica como para el enfoque de las cuestiones prácticas que suscita la redacción de los contratos internacionales y la solución de las controversias jurídicas derivadas de su ejecución. El libro incluye cuadros-resumen sobre los principales textos legales y convenios internacionales, cláusulas contractuales modelo y esquemas comparativos.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y ORTI VALLEJO, A.: *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Cizur Menor, Thomson–Reuters–Aranzadi, 2016, 372 pp. ISBN 978–84–9098–891–6.

Los estudios que integran el contenido de este libro son las ponencias y las comunicaciones que fueron expuestas en las Jornadas jurídicas hispano–alemanas, que se celebraron en la Universidad de Granada los días 21 y 22 mayo 2015, bajo la dirección de los profesores Antonio Ortí Vallejo y Klaus Adomeit y la coordinación de las profesoras Margarita Jiménez Horwitz, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Abigail Quesada Paz. En dichas ponencias y comunicaciones se abordan temas concretos estrecha y directamente relacionados con algunas de las modificaciones más significativas introducidas

por la Directiva 2011/83/UE en aras de una mayor defensa del consumidor, especialmente con respecto a la compraventa. También se abordan, al hilo de los anteriores temas, problemas generales sobre la evolución del contrato de compraventa en el marco europeo, así como en el Derecho alemán, y de cara a una deseable reforma de la regulación de dicho contrato en nuestro Derecho.

VAQUER, ALOY, A.: “Del marco común de referencia al instrumento opcional”, *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, pp. 25–50.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 1, 2016, pp. 99–108.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La obtención de pruebas en el extranjero en la nueva Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 301–321.

Vid. resumen, supra, p. 301.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: “El mapa de la comunicación entre tribunales en el Derecho internacional español tras la Ley de cooperación jurídica internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 323–346.

Vid. resumen, supra, p. 323.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, se promulga para superar históricos defectos técnicos del sistema español de Derecho internacional privado y para incorporar soluciones novedosas con las que afrontar adecuadamente la complejidad del tráfico jurídico externo. Siendo sus principales caracteres generales la naturaleza subsidiaria respecto de otras fuentes del sistema y la promoción de la cooperación internacional, en el presente trabajo se analizan en sentido crítico además las más relevantes cuestiones específicas derivadas de la nueva Ley.

DERECHO APLICABLE

PFEIFFER, M.: “La solución salomónica en las normas de conflicto de leyes aplicables para la cuestión previa en el Derecho internacional privado checo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 565–588.

Vid. resumen, supra, p. 565.

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., GARÍN ALEMANY, F. y FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015 430 pp. ISBN 978–84–9119–060–8.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel 2016, 762 pp. ISBN 978-84-9890-308-9

DERECHO DEL TRABAJO

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Ley aplicable a las instituciones de garantía salarial. STJUE de 25 febrero 2015, Asunto C-292/2014: Stroumpoulis”, *La Ley: Unión Europea*, nº 37, 2016 11 pp.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

CASANOVAS Y LA ROSA, A.: “Debate over International Economic Law. The discussion between Adolfo Miaja de la Muela and Mariano Aguilar Navarro in 1971/72”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 19, 2015, pp. 1-21.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. (coord.): *Internacionalización del sector oléicola a través de la Tecnología de la Información. Guía para la empresa exportadora de aceite de oliva*, Granada, Comares, 2015, 232 pp. ISBN 978-84-9045-280-6.

SEGURA SERRANO, A.: “El Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Canadá (CETA). Una evaluación de la política comercial de la UE”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 30, 2015.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.): “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, nº 1, 2016, pp. 165-218.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I y vol. II, Granada, Comares, 2016, 992 pp. ISBN 978-84-9045-406-0 y 1512 pp. ISBN 978-84-9045-412-1.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197.

Vid. resumen, *supra*, p. 147.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho internacional privado. Textos y materiales*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson.Reuters, 2016, 1023 pp. ISBN 978.84.9099-354-5.

El Derecho internacional privado y las relaciones que ordena experimentan en la actualidad una extraordinaria transformación, que tiene reflejo en sus fuentes documentales básicas. Para conocer este sector del ordenamiento y su aplicación resulta ahora clave el manejo no sólo de los múltiples textos legales vigentes sino también de otros materiales de la práctica, en particular, decisiones judiciales de especial relevancia en la interpretación de ciertas normas o que presentan particular interés como punto de partida para el debate o la indagación sobre aspectos concretos de la asignatura. Este volumen incorpora una selección de textos –de origen nacional, europeo e internacional– básicos para el estudio del Derecho internacional privado, incluyendo legislación, jurisprudencia y materiales de la práctica extra-judicial. Entre sus novedades, esta quinta edición incorpora la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, que contiene el nuevo régimen general de reconocimiento y ejecución de

resoluciones extranjeras, así como las normas de Derecho internacional privado de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, junto con las reformas introducidas en 2015 en las normas de competencia judicial internacional de la LOPJ y de Derecho aplicable del Código civil. Incluye también el nuevo Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, así como resoluciones relevantes pronunciadas en 2015 por distintos órganos, incluidos el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Supremo.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2016, 826 pp. ISBN 978–84–9135–780–3.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “La tutela cautelar en las recientes reformas del Derecho internacional privado español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 281–299.

Vid. resumen, supra, p. 281.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2015, 522 pp. ISBN 978–84–9098–708–7.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L., ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 670 pp. ISBN 978–84–9119–172–8.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 2015, 304 pp. ISBN 978–84–309–6630–1.

ROJAS TAMAYO, D.M.: “Las deficiencias del Derecho internacional privado colombiano: principios inapropiados y sus consecuencias en la eficacia de sentencias extranjeras”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 857–885.

Vid. resumen, supra, p. 857.

SEOANE CACHARRÓN, J.: “La moderna Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 julio 2015: objeto, ámbito de aplicación y competencia”, *Diario La Ley*, nº 8652, 2015.

VAQUERO LÓPEZ, M.C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal. Una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, pp. 197–222.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., MAESTRE CASAS, P. y DURÁN AYAGO, A.: *Aplicación práctica del Derecho internacional privado. Casos y soluciones*, Salamanca, Ratio Legis, 2015, 292 pp. ISBN 978–84–16324–22–4.

ZABALO ESCUDERO, M. E.: “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 3, 2016.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “30 años de España en Europa una visión desde Euskadi”, *Diario La Ley*, nº 8789, 2016.

ARENAS GARCÍA, R.: “Brexit y Derecho internacional privado”, *Diario La Ley*, nº 8798, 2016.

La salida del Reino Unido de la UE tendrá implicaciones para el Derecho Internacional Privado. Los ciudadanos británicos dejarán de beneficiarse del régimen de extranjería que prevé el Derecho europeo para los nacionales de los Estados miembros y sus familiares. En los Estados miembros de la UE no existirá la obligación de reconocer a las sociedades constituidas en el Reino Unido y las decisiones adoptadas por los tribunales británicos no se beneficiarán de los instrumentos europeos para su eficacia en el territorio de los Estados miembros de la UE. El Reino Unido tampoco podrá participar en la patente europea con efecto unitario, lo que podría afectar al conjunto del proyecto. Las negociaciones entre el Reino Unido y la UE que prevé el art. 50 del TUE podrían modificar esta situación, pero la diversidad de intereses presentes hace difícil que tales negociaciones puedan concluir en un acuerdo.

BASEDOW, J: “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 53–77.

Vid. resumen, *supra*, p. 53.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “25ª Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Luxemburgo, 18 a 20 septiembre 2015)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 1, 2016, pp. 249–253.

BORRÁS, A.: “30 años de España en la Unión Europea: su significado en el ámbito del Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 35–41.

Vid. resumen, *supra*, p. 35.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Las actividades de la Comisión Europea en materia de Derecho internacional privado en el periodo mayo 2015–mayo 2016”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 679–698.

Vid. resumen, *supra*, p. 679.

PARDO IRANZO, V.: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 352 pp. ISBN 978–84–9119–300–5.

POUS DE LA FLOR, M.P., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., TEJEDOR MUÑOZ, L. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D.: *Derecho civil de la Unión Europea*, 6º ed., Madrid, Colex, 2015, 664 pp. ISBN 978–84–8342–488–9.

RALLO LOMBARTE, A. y GARCÍA MAHAMUT, R. (coords.): *Hacia un nuevo Derecho europeo de protección de datos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 982 pp. ISBN 978–84–9086–390–9.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “España y Europa, treinta años para una nueva mentalidad jurídica”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 43–49.

Vid. resumen, *supra*, p. 43.

DERECHO INTERTERRITORIAL

FONTANELLAS MORELL, J.M.: “Remisión a un sistema no unificado en el Reglamento “Roma II”: La plurilegislación española en la materia a examen”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1220–1229.

DERECHO MARÍTIMO

ARIZA COLMENAREJO, M.J.: “Cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima de 2014”; *Anuario de Derecho marítimo*, nº 32, 2015, pp. 117–131.

PEJOVÉS MACEDO, J.A.: “Los convenios internacionales marítimos de prevención en indemnización por la contaminación de los buques: especial referencia al Anexo VI del MARPOL y la reducción en la emisión de gases de efecto invernadero”; *Anuario de Derecho Marítimo*, nº 32, 2015, pp. 267–285.

DERECHOS FUNDAMENTALES

BORRAS, A.: “El dret a l’aigua i el Dret de l’aigua”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 114, nº 2, 2015, pp. 397–421.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 303 pp. ISBN13:9788491193883.

En la presente monografía se estudia la evolución de los Derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros desarrollados por las distintas leyes orgánicas de extranjería a lo largo de los últimos treinta años y la evolución de la postura del Tribunal Constitucional. La debilidad de la regulación constitucional del fenómeno de la extranjería ha obligado a la apertura de un amplio vacío que permite a los gobiernos sucesivos modificar la política migratoria por razones conyunturales y de mera oportunidad política. Paralelamente ha obligado a una actuación de extraordinaria importancia del Tribunal Constitucional para reducir las limitaciones a los derechos de los extranjeros. Los últimos treinta años han sido testigos de un complejo diálogo entre el intento de establecer normas de control de los movimientos migratorios y de restricción de derechos de los extranjeros y la acción correctora del Tribunal constitucional.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Problemática en torno a los movimientos migratorios en el contexto de la globalización”, *Praxis Sociológica* (Universidad de Castilla La Mancha) nº 20, pp. 147–166, 2016.

Los movimientos migratorios responden a distintos motivos entre los que podemos considerar la pobreza como una de las principales causas de migración aunque no la única. En el presente estudio analizamos cuál es el concepto de pobreza con miras a la inmigración destacando las causas económicas como piezas fundamentales para que los movimientos migratorios se produzcan. El estudio comienza con una descripción de los impactos sociales, políticos, económicos y culturales de los flujos migratorios, a continuación realizamos un repaso a los modelos explicativos de los flujos migratorios desde la perspectiva económica, tras ello analizamos los obstáculos a los flujos migratorios y sus relaciones con el mercado de trabajo en un mundo globalizado, por último se intenta mostrar la vinculación de las migraciones con la pobreza y sus posibles soluciones.

FRANZINA, P.: “La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 127–145.

Vid. resumen, supra, p. 127.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Autoridades competentes para autorizar la solicitud de expedición de un pasaporte y viajar al extranjero en situaciones internacionales. Comentario a

la STJUE de 15 octubre 2015, Asunto C-215/15, Vasilka Ivanova Gogova y Ilia Dimitrov Iliev”, *La Ley: Unión Europea*, nº 32, 2015, 11 pp.

PÉREZ ALBALADEJO, M. y RUBIO LARA, P.A.: “Delito de trata de seres humanos a la luz del Derecho internacional y su influencia en la legislación española”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2016, pp. 169–224.

POLO SABAU, J.R.: “Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Civitas. Revista española de Derecho europeo*, nº 54, 2015, pp. 13–53.

RUIZ SUTIL, C.: “La técnica legal del ‘Hilo de Ariadna’ en la protección internacional para la esclava de la trata”; *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 320–344.

Exposición acerca del debate jurídico sobre la categorización del reconocimiento de la protección jurídico internacional para las víctimas de la trata de explotación sexual acorde con la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos de la que ha sido tratada y tiene fundados temores a regresar a su país. En España, la existencia de ámbitos alternativos para la protección de la esclava de la trata menoscaba la concesión del estatuto de refugiada, ya que se acude prioritariamente a la protección concedida desde el Derecho de extranjería cuando ésta preste su colaboración penal. En los últimos tiempos, la consideración del asilo como medio prioritario de protección internacional de las esclavas de la trata se va abriendo paso. Pero el laberinto normativo existente, consecuencia directa de los nexos existentes entre migración y asilo, junto al colapso lingüístico de conceptos de la violencia de género y de otros fenómenos, dificultan el estatuto de refugiada. Los marcos jurídicos por sí solos no son suficientes para resolver este entramado, por lo que proponemos la técnica jurídica del “hilo de Ariadna” que ayude a adquirir la protección internacional de la víctima de trata cuando tiene temores fundados de ser perseguida si vuelve a su país.

TOLEDO LARREA, J.A. y ADAM MUÑOZ, M.D.: “La relevancia del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 41, 2016, pp. 81–134.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 395–414.

Vid. resumen, supra, p. 395.

REGUEIRO GARCÍA, M.T.: *Estudio comparado de causas de divorcio en la Unión Europea. Orígenes canónicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 365 pp. ISBN 978-84-9086-891-1.

ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

ARANGÜENA FANEGO, C.: “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y transposición de la Directiva 2011/99/UE)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 51, 2015, pp. 491–535.

Examen crítico de la orden europea de protección (regulada por la Directiva 2011/99/UE, transpuesta en el ordenamiento español por Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea). Esta orden es una resolución penal que puede adoptar la autoridad competente de cualquier Estado miembro en relación con una medida de protección previamente adoptada en ese Estado, por la que se faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas

oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que se encuentren en peligro, cuando se hayan desplazado a su territorio. Esta regulación permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima, la acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, de manera ocasional o permanente.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La agricultura ecológica en el marco de la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 39, 2016, 27 pp.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto. In Memorial para la Reforma del Estado”, *Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 333–378. ISBN 978–84–259–1693–9.

La realización de política europea de emigración se mueve en un arduo equilibrio entre el diálogo con la orilla sur del Mediterráneo, la política de vecindad hacia el Este y la ambigüedad de la relación entre la migración y el desarrollo. Las contradicciones de la UE en la materia son profundas pues nos hallamos ante una materia de naturaleza poliédrica y en estrecha dependencia a procesos que se están desarrollando en el orden internacional, por ello las respuestas requieren el empleo de instrumentos eficaces tanto en el plano interno como en el externo. Una perspectiva europea de la inmigración no puede prescindir de una pretensión de multilateralidad basada en la cooperación entre todos los actores que, de un modo u otro, participan y son parte activa de los procesos migratorios. Ello requiere abordar estrategias para el desarrollo de carácter amplio, que incidan sobre las causas que motivan los flujos migratorios, generando oportunidades y expectativas de vida digna en los países de origen. Para ello es menester apurar las posibilidades abiertas por el Tratado de Lisboa insistiendo en la aplicación del principio de solidaridad, fomentando la responsabilidad compartida y teniendo muy presentes los derechos fundamentales previstos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Habida cuenta que los Estados miembros no son autosuficientes para resolver eficientemente las cuestiones derivadas del control de las fronteras, del asilo y de la inmigración resulta menester que la UE diseñe una política común de manera coordinada con ellos, de manera que se sientan suficientemente acompañados y respaldados. A este respecto la Agenda Europea de Migración propone acciones tales como la lucha contra la migración irregular, los traficantes de seres humanos y la protección de las fronteras exteriores de Europa que deben ir acompañadas de una eficaz política común de asilo, así como una nueva política europea en materia de migración legal. Al mismo tiempo la política de redistribución no debe considerarse como una opción desinteresada o altruista sino como una respuesta común que impide las actuaciones unilaterales de ciertos Estados miembros para reducir los flujos migratorios. Por estas razones resulta de suma importancia restar protagonismo a las acciones meramente represivas y que la UE progrese en su intervención en un sector dominado por las competencias exclusivas de los Estados miembros. Dicha intervención puede realizarse eficazmente en dos líneas de actuación de carácter complementario. De un lado, a través de un enfoque transversal, que favorezca la cooperación con terceros países, la gestión integrada de las fronteras exteriores y una política justa en materia de repatriaciones, de canalización de la emigración legal y de integración de los inmigrantes en la sociedad. De otro lado, con el concurso del principio de solidaridad y del reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, extensivo al aspecto financiero (art. 80 TFUE), fomentando entre ellos una cooperación más eficaz el reparto de responsabilidades. Ambas líneas serán susceptibles de garantizar en la práctica una mejor gestión de los flujos migratorios y una mayor protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La Agenda Europea de Migración se despliega muy lentamente”, *La Ley: Unión Europea*, nº 29, 2015.

LA SPINA, E.: “Aspectos de la armonización asimétrica para la entrada y residencia de familiares nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 53, 2015, pp. 167–192.

Tras un decenio de la aprobación de la Directiva 2003/86/CE, tanto el Programa de Estocolmo como el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo indican que la reagrupación familiar es una de las principales cuestiones objeto de desarrollo de la política comunitaria de inmigración. Sin embargo, la aplicación práctica de la Directiva da cuenta de la existencia de problemas y deficiencias en el margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de implementar algunas de sus cláusulas opcionales. A tal propósito, este trabajo trata de plantear una revisión de las implicaciones jurídico-políticas que debe afrontar la inmigración familiar en el control del *fraude legis*, la inclusión de los miembros de la familia y la exigencia de posibles medidas de integración. Todos ellos aspectos que ponen de relieve no sólo las posibles deficiencias de la técnica legislativa del proceso de armonización europea sino también advierten de su incompatibilidad con el estándar internacional de derechos humanos.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *La Orden Europea de Investigación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 190 pp. ISBN 978-84-9119-114-8.

La Directiva sobre la Orden Europea de Investigación facilita a partir de ahora las investigaciones transfronterizas del crimen, pero la falta de un desarrollo de mínimos por parte de la Unión Europea en materia de intervención de derechos fundamentales crea un desnivel entre la protección que dan los diferentes Estados a los derechos fundamentales y ello puede generar un asimetría peligrosa, pues ante violaciones idénticas encontraremos consecuencias procesales muy diversas y, además, se abre el campo a la tentación de hacer un shopping por la jurisdicción que menos exigencias ponga a una determinada investigación. Aceptar como carta blanca todo lo que venga de un país extranjero parece excesivamente generoso con los derechos fundamentales de las personas investigadas en la Unión Europea. Estamos en el camino de que la balanza acabe basculando hacia unos niveles de garantismo que se encuentran muy por debajo de los establecidos por la Jurisprudencia española.

OLESTI RAYO, A. y DONAIRE VILLA, F.J. (coords.): *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Madrid, M. Pons, 2015, 262 pp. ISBN 978-84-16212-81-1.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “El reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de protección en la Ley 23/2014”, *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 68, 2015, pp. 27–54.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 51, nº 1, 2015, pp. 55–78.

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “El uso de los formularios (en la notificación internacional conforme al Reglamento 1393/2007) y la tutela judicial efectiva. Comentario a la STJUE de 16 septiembre 2015, asunto C-519/13, Alpha Bank c. Dau Si Sehn, Alpha Panareti Public Ltd, et al”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, 2016, 7 pp.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “La reforma de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, 2016, 5 pp.

El nuevo Reglamento (UE) nº 2015/2421 modifica el Reglamento (CE) 861/2007 sobre el proceso europeo de escasa cuantía y el Reglamento (CE) 1896/2006 por el que se crea un proceso monitorio europeo. Se pretende principalmente introducir mejoras en el acceso al proceso europeo de escasa cuantía, en su incoación y desarrollo, en la notificación y comunicación de actos procesales, en la decisión que pone fin al procedimiento y en las relaciones entre el proceso europeo de escasa cuantía y el proceso monitorio europeo.

FORNER I DELAYGUA, J.J.: “Concepto de ‘documento extrajudicial’ en el Reglamento (CE) nº 1393/2007, de 13 noviembre 2007, de notificaciones. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 noviembre 2015, asunto C-223/14: Tecom Mican, SL c. José Arias Domínguez”, *La Ley: Unión Europea*, nº 34, 2016, 9 pp.

GARAU SOBRINO, F.F.: “La oposición a un requerimiento europeo de pago emitido por órgano jurisdiccional incompetente. STJUE (Sala Cuarta) de 22 octubre 2015, asunto C-245/2014: Thomas Cook Belgium”; *La Ley: Unión Europea*, nº 36, 2016, 11 pp.

GARAU SOBRINO, F.F.: “La falta de competencia del tribunal que emite un requerimiento europeo de pago no constituye motivo de revisión del requerimiento”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1127-1131.

JULIÀ INSENSER, J.M.: “La definición incorrecta de la competencia para la ejecución en España del requerimiento europeo de pago”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 671-678.

Vid. resumen, supra, p. 671.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Sobre la determinación del Tribunal competente en el proceso monitorio europeo: ¿una misión imposible? (STJUE de 10 marzo 2016, Asunto C 94/2014: Flight Refund Ltd. Deutsche Lufthansa AG)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 38, 2016, 24 pp.

Estudio del impacto sobre el funcionamiento y la aplicación práctica del Reglamento (CE) nº 1896/2006 de la decisión del TJ de 10 marzo 2016, dictada en el caso *Flight Refund Ltd. Deutsche Lufthansa AG*. En ella el TJ trata de determinar las facultades y las obligaciones de un tribunal, en el presente supuesto el TS húngaro, que debe designar, según su normativa procesal, qué órgano jurisdiccional tiene competencia material y territorial para conocer del procedimiento contencioso que debe iniciarse tras la presentación del oportuno escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago expedido por una autoridad carente de competencia, incluso, cuando no exista tribunal con competencia para ello. El TJ trata de salir de la forma más airosa que puede de la situación de «impasse» causada por elementales errores cometidos tanto por las partes como por las autoridades implicadas. Se trata de una decisión no muy afortunada, cuya lectura revela una argumentación muy discutible y un fallo que no guarda plena relación con las cuestiones prejudiciales planteadas. El presente estudio evidencia los problemas o sombras que el diseño del Reglamento (CE) nº 1896/2006 provoca en el ámbito competencial y contiene propuestas en aras de lograr una mayor y mejor efectividad del proceso monitorio europeo.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Proceso monitorio europeo. Crédito basado en el derecho a compensación”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1132-1137.

MEDINA ORTEGA, M.: “La armonización del Derecho procesal civil europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 591-609.

Vid. resumen, supra, p. 591.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Le ejecución sin exequátur: reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, nº 2, 2015, pp. 49–82.

En breve tiempo los tribunales de los Estados miembros de la UE dictarán decisiones judiciales al hilo de acciones civiles o mercantiles incoadas en o después del 10 enero 2015; su circulación entre países de la UE estará regida por el Reglamento Bruselas I bis. Desde la propuesta de la Comisión para la reforma del Reglamento Bruselas I en 2010, el dato que más reacciones ha provocado ha sido el de la abolición del exequátur en su vertiente de control de condiciones de cara a la homologación de las decisiones extranjeras. La solución de compromiso que cierra ese debate abre otro nuevo: el de la interacción de un texto incompleto con las reglas y prácticas nacionales relativas a la ejecución forzosa, intrínsecamente complejas y diferentes entre los Estados miembros. Los operadores jurídicos se verán pronto confrontados en su praxis a dificultades cuyo potencial efecto disuasorio sobre el tráfico transfronterizo no debe ser subestimado.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 38, 2015, pp. 145–160.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “El título ejecutivo europeo y los derechos de defensa del deudor”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1183–1188.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “Los requisitos para certificar una resolución como título ejecutivo europeo y los derechos de defensa del deudor. STJUE de 17 diciembre 2015, asunto C–300/14: Intech Marine Belgium NV c. Radio Hellenic SA”, *La Ley: Unión Europea*, nº 35, 2016, 13 pp.

FAMILIA

BARATTA, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 103–126.

Vid. resumen, *supra*, p. 103.

DIAGO DIAGO, M.P.: “El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 30, 2015.

MOURA RAMOS, R.M. y RODRÍGUEZ BENOT, A. y *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, 188 pp. ISBN 978–84–608–8920–5.

PÉREZ MARTÍN, A.J. y PÉREZ RUFÍAN M.: “Cuestiones prácticas en los procesos de familia con cónyuges hispano-marroquíes”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 70, 2016, pp. 55–82.

FILIACIÓN

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 45–113.

La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y en especial el Tribunal Supremo así como el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real estriba en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras. Mientras que le TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH sí que ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución seis años desperdiciados”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN-e 0211-4267, Año 69, N° 2179, 2015, pp. 339-396.

SERRA ALCEGA, M.: “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 32, 2015, pp. 285-296.

GARANTÍAS

CARRASCO PERERA, A.: “Guía de Derecho material español sobre el tratamiento de las garantías relativas a equipo aeronáutico a raíz de la adhesión española al Convenio y al Protocolo Aeronáutico de Ciudad del Cabo”, *Diario La Ley*, n° 8781, 2016.

HEREDIA CERVANTES, Y.: “Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *La Ley mercantil*, n° 21, 2016.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

FERRER LLORET, J.: “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades : ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho?. Una valoración provisional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 1, 2016, pp. 73-84.

GONZÁLEZ VEGA, A.J.: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades, ¿juego de espejos en el callejón del Gato?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 1, 2016, pp. 85-97.

LÓPEZ MARTÍN, A.G.: “Aplicación judicial de las inmunidades internacionales en España. Análisis de la práctica reciente”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, n° 1, 2016, pp. 21-52.

INSOLVENCIA

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “The EU Insolvency Regulation Recast Scope, Jurisdiction and Applicable Law”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, n° 4, 2015, pp. 694-731.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “The Situs of Shares, Financial Instruments and Claims in the Insolvency Regulation Recast: Seeds of a Future EU Instrument on Rights in Rem?”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 35, n° 6, 2015, pp. 489-495.

GÓMEZ BERNARDO, N. “Primera aproximación al nuevo Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n° 23, 2015, pp. 257–264.

ORTEGA RUEDA, J.D.: “Ley aplicable a la impugnación de actos perjudiciales en el Reglamento europeo de insolvencia: entre la *lex fori concursus* y la *lex causae*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 octubre 2015, Asunto C–310/14, Nike contra Sportland”, *La Ley: Unión Europea*, n° 34, 2016, 11 pp.

ORTEGA RUEDA, J.D.: “Régimen de ley aplicable en la impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en el reglamento europeo de insolvencia: condiciones para exceptuar la *lex fori concursus*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1052–1056.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Contrato de trabajo y concurso transfronterizo”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 37, 2016, pp. 195–215.

Las normas laborales y concursales han sufrido en estos últimos años varias reformas de importante calado con vistas a favorecer la recuperación de las empresas y salvaguardar los derechos de los trabajadores. Estas reformas se articulan de manera coordinada para su aplicación por los tribunales españoles pero su finalidad puede verse dificultada si el concurso se abre ante un tribunal de un Estado extranjero puesto que la *lex fori concursus* no tiene por qué adoptar la misma política que el legislador español respecto de los contratos laborales ante la insolvencia del empleador. Los arts. 10 del Reglamento CE n° 1346/2000, de insolvencia (RI) y 207 de la Ley Concursal intentan proteger las expectativas pre concursales de los trabajadores sujetando los efectos de la apertura del concurso sobre los contratos de trabajo a la ley del Estado que rige el contrato de trabajo. Esta regla presenta sin embargo algunas dificultades de aplicación, como sucede con el art. 64 de la ley Concursal que exige que sea el juez del concurso quien conozca de los efectos del concurso sobre la relación laboral. Esta última hipótesis ha suscitado la reforma del art. 10 del Reglamento de insolvencia. Este trabajo analiza las normas concursales internacionales y el encaje de las normas españolas de Derecho laboral concursal en ellas.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Ley aplicable a la acción rescisoria concursal. El TJUE interpreta el art. 13 del Reglamento de Insolvencia”, *La Ley mercantil*, n° 22, 2016

INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Caracterización de ciertos sitios de Internet como servicios de comunicación audiovisual”, *La Ley: Unión Europea*, n° 32, 2015, 8 pp.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Transferencias internacionales de datos personales: invalidez de los principios de puerto seguro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 111–1114.

INVERSIONES

CANTERO MARTINEZ, J.: “Arbitraje internacional de inversiones y ‘Derecho a regular’ de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 58, 2016, pp. 13–45.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: “El incierto futuro del arbitraje de inversiones (A propósito de las negociaciones del TTIP)”, *La Ley mercantil*, n° 19, 2015.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: “La protección de las inversiones en el TTIP”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 37, 2015.

FERNÁNDEZ MASÍÁ, E.: “Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones”, *Diario La Ley*, nº 8650, 2015.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 871–907.

Contribución al debate sobre el alcance de la competencia europea en materia de inversiones, relanzado tras la inclusión de las inversiones extranjeras directas (IED) en la política comercial común (PCC) por el Tratado de Lisboa, y que ha llegado a su punto álgido con la solicitud de la Comisión al Tribunal de Justicia de un Dictamen sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur. En este estudio se analizan el origen y el contenido de la competencia europea sobre las inversiones extranjeras directas en el marco de la política comercial común, a la luz de los actos legislativos recientemente adoptados y de la práctica de las instituciones europeas, y se estudian las competencias expresas e implícitas que, en materia de inversiones, se derivan del capítulo sobre movimientos de capital del Tratado de Funcionamiento de la UE. Se exploran así los límites de esta competencia de la UE, cuya irrupción en el derecho internacional de las inversiones está llamada a ser uno de los principales vectores de renovación de este ordenamiento jurídico, en beneficio de una normativa más sensible a la defensa de los intereses generales y de la capacidad legislativa de los Estados.

VELÁZQUEZ PÉREZ, R.A.: *Inversiones extranjeras sostenibles. Un análisis alternativo del Derecho internacional de inversiones enfocados sobre Cuba*, Barcelona, Bosch, 2015, 502 pp. ISBN 978–84–943023–6–7.

LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL

CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J.: “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114–157.

Debido a su carácter administrativo, las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de la Competencia no gozan del mismo reconocimiento ni en su propia jurisdicción ni en otros Estados miembros de la Unión Europea que las sentencias de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la decisión sancionadora puede perder su eficacia más allá de su ámbito material y territorial, erosionando la eficacia de la aplicación pública y privada del Derecho antitrust. El presente ensayo analiza la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de Competencia en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust. En particular, trataremos el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho antitrust europeo o nacional. Este estudio analiza el origen de esta norma, la sentencia *Masterfoods* y el art. 16 del Reglamento 1/2003, además de comparar las soluciones implementadas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

FRATEA, C.: “Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 643–669.

Vid. resumen, *supra*, p. 643.

MATRIMONIO

BERENGUER ALBALADEJO, C.: “Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho privado y Constitución*, nº 29, 2015, pp. 83–131.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: “Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 382–399.

El expediente previo matrimonial es un elemento esencial de validez del matrimonio celebrado en forma civil o religiosa. La Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2014, de 1 diciembre 2014, resuelve sobre la reclamación de una pensión de viudedad en el marco de un matrimonio contraído por el rito islámico sin haberse practicado su inscripción, ni tramitado el pertinente certificado de capacidad matrimonial. Por un lado, es precisa una reflexión crítica sobre los requisitos que ha de cumplir en aras a su eficacia el matrimonio celebrado al amparo del art. 7 de la Ley 26/92 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España, así como del resto de confesiones religiosas. Por otra, en nuestros días, la cuestión del certificado de capacidad matrimonial aflora asimismo en multitud de matrimonios donde existe un elemento de extranjería.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: “Ilegitimidad de matrimonio contraído por el rito islámico. Denegación de inscripción en el Registro Civil y de la pensión de viudedad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2015, pp. 83–94.

DIAGO DIAGO, P.: “La nulidad matrimonial y el incomprensido art. 107 Cc”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1056–1069.

GARCÍA HERRERA, V.: “El abuso del derecho a la libre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en forma de matrimonio de conveniencia”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 5, 2016, pp. 69–84.

LOPES, I.: “El reconocimiento transnacional del matrimonio entre personas del mismo sexo o de la pareja homosexual y los recientes desarrollos en Brasil y en el Mercosur”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 759–792.

Vid. resumen, supra, p. 759.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “La pensión compensatoria entre cónyuges en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2016, pp. 201–212.

ORTIZ VIDAL, M.D.: “La celebración de un matrimonio en forma religiosa: la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, más cerca de nuestra realidad multicultural”, *Diario La Ley*, nº 8811, 2016

MENORES

ÁLVAREZ GONZALEZ, S.: “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, 2016, 10 pp.

En su sentencia de 19 noviembre 2015 (Asunto C 455/15 PPU) El Tribunal de Justicia decidió que al art. 23, letra a), del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (Bruselas II bis), debe interpretarse en el sentido de que, cuando no exista una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro o de un derecho

reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, dicha disposición no permite al órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que se considera competente para resolver sobre la custodia de un menor denegar el reconocimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que ha resuelto sobre la custodia de dicho menor. La sentencia dio una respuesta previsible a la cuestión prejudicial que se planteó. El solo hecho de que el tribunal de origen careciese de competencia para pronunciarse sobre el asunto controvertido no es una causa para rechazar el reconocimiento de acuerdo con las normas del Reglamento, y la excepción de orden público no puede utilizarse para evitar este resultado, incluso aunque la prohibición en tal sentido prevista por el art. 24 el Reglamento no se ajuste en su literalidad estricta a las circunstancias del procedimiento principal. El comentario analiza el resultado de la sentencia, además de algunos otros aspectos vinculados al sistema implantado por el Reglamento y el Convenio de La Haya sobre secuestro de menores. Entre ellos los conceptos de licitud e ilicitud del traslado o retención o el significado y alcance del control de la competencia judicial internacional.

CUARTERO RUBIO, M.V.: “El interés superior del menor en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Constitucional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1084-1092.

DURÁN AYAGO, A.: “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 415-462.

Vid. resumen, supra, p. 415.

FORCADA-MIRANDA, F.J.: “Complejidad, carencias y necesidades de la sustracción internacional de menores en el Siglo XXI y un nuevo marco legal en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 699-743.

Vid. resumen, supra, p. 699.

FORCADA-MIRANDA, F.J.: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 3, 2016

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Non Exceptional Exceptions. The Latest on The United State of America and Mexico Supreme Courts’ Hague Abduction Decisions (Lozano and Direct Amparo under Revision 903/2014)”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 19, 2015, pp. 23-33.

LIÉBANA ORTIZ, J.R.: “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº 13, 2015, pp. 83-110.

MARÍN PEDREÑO, C.: *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Madrid, La Ley, 2015, 288 pp. ISBN 978-84-942369-4-5.

NACIONALIDAD

FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: “La concesión de la nacionalidad española a los yihadistas no puede banalizarse”, *Diario La Ley*, nº 8810, 2016.

GIMÉNEZ BACHMANN, M.: “La problemática en la concesión de la nacionalidad española por opción”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2015, pp. 229-240.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “La adquisición de la nacionalidad los ordenamientos español y portugués”, *Revista jurídica del notariado*, nº 97-98, 2016, pp. 11-110.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “La nacionalidad y su pérdida. Los ordenamientos jurídicos español y portugués”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, nº 1, 2016, pp. 67-113.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “Derechos humanos y competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, nº 2, 2015, pp. 111-133.

La sentencia de la CIDH de 28 agosto 2014 obliga a la República Dominicana a modificar su Constitución para conceder la nacionalidad por *ius soli* a los hijos de padres extranjeros que residan irregularmente en territorio dominicano. Sobre la base de los derechos humanos a la personalidad jurídica, a la no discriminación y a la nacionalidad, la CIDH determina un recorte sin precedentes a la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad. La presente nota contiene un análisis crítico de los fundamentos de la CIDH.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La contradictoria doctrina del Tribunal Supremo acerca del responsable del tratamiento de datos por el buscador Google”, *Diario La Ley*, nº 8773, 2016.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Aspectos internacionales de la protección de datos. Las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, 2015, 10 pp.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Ley aplicable y autoridad competente en materia de protección de datos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1106-1109

FERNANDEZ PEREZ, A.: “La protección de los derechos fundamentales de los menores en Internet desde la perspectiva europea”, *Ius et Praxis*, vol. 22, nº 1, 2016, pp. 377-416.

Las nuevas tecnologías, especialmente internet, son las herramientas más utilizadas por los menores e indudablemente tienen un efecto muy beneficioso, especialmente en su educación. No obstante, la red no está exenta de peligros que deben ser combatidos principalmente a través de una correcta educación en su uso y medidas que protejan de forma efectiva a los menores. A nivel europeo, existen múltiples acciones respecto a la protección de menores en el entorno digital, que han ido evolucionando en los últimos años y que intenta mantener un equilibrio entre determinados derechos fundamentales y la necesaria protección de los menores.

GRANDE SANZ, M.: “La transferencia internacional de datos personales: presente y futuro”, *Diario La Ley*, nº 8808, 2016

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Propuestas ante un futuro incierto para la protección en la Unión Europea del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional de datos de carácter personal ilícita: ¿unificación de la norma de conflicto vs. Armonización a través de unos principios comunes?”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 10, 2015, pp. 57-70.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “La (des) protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita en Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, nº 8662, 2015.

PROCESO

JIMÉNEZ BLANCO, P.: *El proceso civil transfronterizo (Abogacía internacional, vol. IV)*, Madrid, Rasche, 2016, 221 pp. ISBN 978-84-15560-70-8.

Esta obra aborda la problemática presente en los litigios civiles transfronterizos desde una perspectiva fundamentalmente práctica, dado el perfil de la Colección editorial en la que la monografía se enmarca. Los dos primeros apartados tienen un carácter general: presentan la regla sobre la ley aplicable al proceso y los derechos fundamentales vinculados al mismo. Posteriormente, se estudian los problemas procesales, relativos a situaciones privadas internacionales, ordenados y sistematizados en torno a los siguientes aspectos: las partes en el proceso, su representación y defensa en juicio, la asistencia jurídica gratuita, el régimen de las acciones y medidas cautelares y, finalmente, la notificación y práctica de la prueba transfronterizas. El estudio incluye referencias a los marcos normativos aplicables en cada sector, tanto de Derecho español, como de Derecho europeo, internacional y comparado. Asimismo, a lo largo de la monografía se incluyen numerosos casos tipo y ejemplos sobre los problemas prácticos más frecuentes, incluyendo referencias jurisprudenciales. Se incorporan, además, las últimas novedades del Derecho español en el sector de la cooperación jurídica internacional, de particular interés para los ámbitos profesionales tanto de carácter práctico como académico.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

BLANCO SANTIAGO, Y.: “Sobre los criterios para determinar la evocación entre las indicaciones geográficas y las marcas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 37, 2016, 13 pp.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2016 de 3 febrero 2016 se consideran diferentes supuestos de infracción por una marca de una denominación de origen protegida mediante registro europeo. Al examinar las diferentes disposiciones, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, que proveen para la prohibición de registro o nulidad de marcas contrarias a indicaciones geográficas o si el uso de una marca constituye competencia desleal por aprovechamiento de la reputación ajena, el Tribunal Supremo considera el criterio de la clase o naturaleza del producto, de conformidad con lo resuelto por el TGE en Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto, IP contra OAMI (Asunto T-659/14).

DÍEZ, M. y HACKBART, R.: “La competencia judicial internacional en materia de marcas, dibujos y modelos comunitarios en caso de litisconsorcio pasivo en el ámbito comunitario”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 299, 2015, pp. 233–264.

GARCÍA VIDAL, A. “El material vegetal protegido por una patente o un derecho de obtentor y el empleo del producto de su cosecha con fines de propagación: agotamiento y privilegio del agricultor en Europa y en los EE UU”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 76–100.

JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S.: “La nueva Ley de patentes y sus implicaciones en materia de garantías internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 535–563.

Vid. resumen, supra, p. 535.

OTERO LASTRES, J.M.; “La representabilidad de la marca en el nuevo Derecho europeo de marcas”, *La Ley mercantil*, nº 23, 2016.

ROMÁN PÉREZ, S. de: “La nueva Ley de Patentes o la actualización de regulación española de las invenciones en busca de la internacionalización y de la garantía de la seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, nº 8687, 2016.

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS

GASCÓN INCHAUSTI, F. “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 158–187.

Análisis del nuevo régimen legal interno de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, introducido por la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y por el que sustituye la antigua regulación de 1881. Se abordan, en consecuencia, los principales cambios y novedades, tanto en el terreno de lo general (modernización del sistema y alineamiento con varios de los avances experimentados en el ámbito del Derecho Procesal Civil Europeo), como en concretos sectores del reconocimiento, de la ejecución y del procedimiento de exequátur.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Extranjeras en el Nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 294 pp. ISBN 978–84–9119–298–5.

IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A.: “El nuevo sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras”, *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay), n° 12, 2015, pp. 101–124.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Exequaturverfahren und EMRK: Die EuGVVO vor dem EGMR”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 35, n 1, 2015, pp. 69–74.

RESPONSABILIDAD

GARRIGA SUAÚ, G.: *Responsabilidad civil del abogado. Elección de la ley aplicable y aseguradoras de responsabilidad civil profesional*, Cizur Menor, Thomson.Reuters–Aranzadi, 2015, 216 pp. ISBN 978–84–9098–753–7.

Las reclamaciones contra los abogados están aumentando gradualmente no sólo en número sino también en relación con las cuantías económicas reclamadas. En la mayoría de las ocasiones, estas reclamaciones generan relaciones triangulares en las que, junto a los sujetos vinculados por razón de la responsabilidad civil controvertida, se ven envueltas las aseguradoras de responsabilidad civil de los abogados. En el escenario de que la conducta negligente de los abogados revista connotaciones transfronterizas debe entonces analizarse cómo sus aseguradoras van a poder intervenir en una eventual elección de la ley que rija la responsabilidad civil controvertida. Problemática que entraña llevar a cabo un deslinde de tres leyes: la ley rectora de la responsabilidad civil controvertida; la ley aplicable al contrato de seguro y la ley rectora de la acción directa. La presente obra analiza en profundidad la referida interrelación de leyes con el fin de aportar los mecanismos que permitan a las partes implicadas en la controversia poderla gestionar adecuadamente. La autora, presenta de forma clara la problemática que la internacionalidad de la responsabilidad civil controvertida plantea, así como los diversos mecanismos para gestionada en presencia de aseguradoras que garantizan la mencionada responsabilidad civil profesional. Ello adquiere mayor trascendencia aún cuando ya no puede hablarse de internacionalización únicamente en el ámbito de las transacciones económicas, sino que en el ámbito de las relaciones familiares y sucesorias está paulatinamente aumentando el porcentaje de situaciones en las que los abogados incurrir en responsabilidad civil de naturaleza transfronteriza. La obra se divide en cuatro capítulos que, de forma progresiva introducen al lector en el tema. En el Capítulo 1 se trata de contextualizar el problema objeto de estudio, tanto desde la perspectiva de la responsabilidad civil, como del Derecho de los seguros al que aquella se refiere. En el Capítulo 2 se entra a estudiar el estatuto jurídico de los acuerdos de elección de la ley aplicable, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual. El Capítulo 3 entra en la nada pacífica cuestión de la delimitación de la extensión de la ley rectora de la acción

directa respecto al ámbito de aplicación tanto de la ley rectora del contrato de seguro como de la ley rectora de la responsabilidad civil. Finalmente, el Capítulo 4 analiza las limitaciones a las que las partes negociadoras y electoras de la ley aplicable a la responsabilidad civil se hallan sometidas, con especial atención a la cláusula de salvaguarda de los derechos de terceros. La obra se completa con unas cuidadas conclusiones, que sirven para llamar la atención sobre aquellos puntos que resultan más conflictivos.

GOÑI ETCHERVERS, J.L. y FUENTES CAMACHO, V.: “La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza y marina aspectos internacionales”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 9, 2015, pp. 6–17.

HORRACH ARMO, J.G. “Responsabilidad por comentarios de terceros publicados en páginas web”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1152-1156.

HORRACH ARMO, J.G.: “La responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por comentarios de terceros publicados en páginas web”, *La Ley: Unión Europea*, nº 38, 2016, 23 pp.

La sentencia del TEDH de 2 febrero 2016 (caso *Magyar c. Hungría*) aborda el tema de la responsabilidad de los titulares de portales web en relación con los comentarios de terceros publicados en ellos. Siguiendo los principios establecidos ya en la sentencia *Delfi AS c. Estonia*, el Tribunal analiza varios criterios para determinar en qué circunstancias deben responder. En el presente caso, el Tribunal concluye que el régimen de responsabilidad previsto en la legislación húngara aplicado a los portales web contraviene el art. 10 del CEDH.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera: la cláusula de escape del art. 4.3º del Reglamento Roma II a la luz de la jurisprudencia inglesa”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 463–503.

Vid. resumen, supra, p. 463.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Ley aplicable al contrato de seguro versus ley aplicable a la acción directa en el seguro de responsabilidad civil: perjudicada por un accidente aéreo, residente en Austria, que ejercita ante los tribunales de su domicilio, ¿con arreglo al Derecho español?, una acción directa contra una aseguradora establecida en Alemania. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 septiembre 2015, Prüller–Frey, C–240/14”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 10, 2015, pp. 26–38.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Ley aplicable a los daños sufridos personalmente por un familiar de una persona fallecida en accidente de tráfico”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1147-1149.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Accidentes de circulación por carretera y artículo 4.1 Reglamento Roma II: daños indirectos y víctimas indirectas”, *Diario La Ley*, nº 8732, 2016

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “La acción directa contra el asegurador de la persona responsable del daño en el marco del art. 18 del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: breve aproximación a la posición del asegurador”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nº 4 - julio 2016.

MIQUEL SALA, R.: “Intervención voluntaria de aseguradora para demandar a otra aseguradora en el domicilio del perjudicado”, *La Ley: Unión Europea*, nº 37, 2016

En la sentencia dictada en el asunto SOVAG, el TJUE afirma que los tribunales del Estado miembro del domicilio del perjudicado son competentes para conocer de la demanda presentada por un asegurador como tercero interviniente contra el asegurador demandado previamente en el proceso principal. Con ello queda claro que el art. 6.º Reglamento Bruselas I de 2001 no se aplica solo a demandas en obligaciones de garantía sino a todos los tipos de intervención de tercero en el proceso, ya sea como demandante o como demandado. Además, se reafirma la inaplicabilidad de las normas especiales sobre seguros en litigios entre aseguradoras. Sin embargo, precisamente debido a la inaplicación de estas normas, el asegurador que actúa como tercero demandante se acaba beneficiado de la aplicación de los arts. 9.1º y 11.2º RB I. Este resultado contrasta con la decisión en el asunto *Voralberger Gebietskrankenkasse*, en el que se negó a una aseguradora del sistema de seguridad social la consideración de perjudicado en el sentido del art. 9.1 RBI.

SÁNCHEZ BARTOLOMÉ, J.M.: “La aplicación de la doctrina de *forum non conveniens* en EE UU ante demandas por accidentes aéreos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 505–534.

Vid. resumen, *supra*, p. 505.

SOCIEDADES

ARENAS GARCÍA, R.: “Contratos internacionales y fusiones transfronterizas. STJUE (Sala Tercera) de 7 abril 2016, Asunto C–483/14:KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group”, *La Ley: Unión Europea*, nº 39, 2016, 18 pp.

ARENAS GARCÍA, R.: “Transferencia de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1160–1163.

ESPIGARES HUETE, J.C.: “Las carencias del régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social en la Ley 3/2009, de tres de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 37, 2015, pp. 103–142.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.F.: *La movilidad de sociedades en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2015, 188 pp. ISBN 978–84–9020–402–3.

El mercado interior de bienes y servicios de la Unión Europea no sería posible sin la movilidad intracomunitaria de sus principales agentes: las empresas. El Derecho Europeo de Sociedades es el encargado de eliminar las barreras técnico-jurídicas, económicas e incluso psicológicas para que cualquier sociedad de un Estado miembro pueda trasladarse o establecerse a otro territorio de la Unión Europea en las mismas condiciones que sus empresas nacionales. El propósito de este libro es la exposición sintética del alcance, justificación y contenido material de las normas que actualmente conforman este Derecho societario europeo. La primera parte aborda la función instrumental de este Derecho para la movilidad intracomunitaria de sociedades y los logros alcanzados en las diferentes etapas. La segunda, se ocupa de su función material como fuente de producción normativa, exponiendo de forma cronológica las Directivas comunitarias y otras disposiciones sobre defensa de accionistas y terceros, la protección del capital social en las Sociedades Anónimas, operaciones de fusión y escisión de sociedades de ámbito nacional y transfronterizo, régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada unipersonal, los derechos de accionistas en el gobierno corporativo y los nuevos tipos societarios europeos. En suma, se trata de una obra que proporciona una visión panorámica del origen, evolución y estado actual del Derecho de sociedades de la Unión Europea en la consecución de su objetivo de movilidad intracomunitaria de sociedades, a la vez que proporciona una herramienta útil para una valoración inicial sobre la “oportunidad” de crear una nueva forma societaria europea.

PRATS JANÉ, S.: *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la Unión Europea. Análisis desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 2015, 348 pp. ISBN 978-84-943507-9-5.

El objetivo de este libro es el análisis de los problemas jurídicos vinculados y derivados de las operaciones de internacionalización de las sociedades mercantiles, así como, aquellas operaciones de reestructuración societaria, que implican un traslado internacional de sede social o movilidad dentro del territorio de la Unión Europea. La colisión entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, en materia societaria, sigue siendo una realidad que, ni la integración a través del derecho derivado, ni los pilares esenciales regulados en el derecho originario, ni la propia jurisprudencia del TJUE, han resuelto todavía. En este libro se parte, a modo de introducción, del concepto de globalización e internacionalización que se analizan desde el punto de vista económico y del mundo de la empresa. Posteriormente, se realiza un análisis de los principios jurídico-económicos de la Unión Europea, partiendo de la evolución del concepto de mercado común, hasta la consagración del actual mercado único o interior. Por otro lado, se analiza la evolución de la armonización del Derecho de Sociedades en el marco de la Unión Europea, así como, la libertad de establecimiento como pilar fundamental para la consecución del mercado interior, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional privado. Se lleva a cabo un análisis internacional privatista sobre la efectiva aplicación de la libertad de establecimiento, por parte de los Estados miembros. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantiza un principio, que se ve limitado, por una cuestión de derecho nacional, básicamente por las distintas concepciones o modelos de reconocimiento de sociedades, implícitos a los sistemas de conflicto de leyes, que se siguen en los distintos Estados miembros de la UE: el modelo de constitución o incorporación y el modelo de sede real o efectiva. Al analizar cada modelo, y ver cuáles son las consecuencias del enfrentamiento jurídico, se puede comprobar que parten de concepciones muy diferentes, que vienen determinadas, por cuestiones de política económico-legislativa de los legisladores nacionales, y se podrá comprobar que, ambas concepciones, tienen incidencia directa en cuanto a la aplicación de la libertad de establecimiento. En la Segunda Parte del trabajo, se analizan por un lado, aquellos instrumentos jurídicos actuales de derecho derivado, que facilitan operaciones transfronterizas de cooperación y reestructuración empresarial y, por otro lado, las decisiones jurisprudenciales, más relevantes, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde 1988 hasta el año 2008, relativas a la interpretación de la libertad de establecimiento. Finalmente, en la última parte del libro, sintetizado en el apartado dedicado a las conclusiones, se proponen por parte del autor, soluciones a los problemas jurídicos detectados en relación a la libertad de establecimiento, a los reglamentos sobre la SAE y la SCE, la Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Privada Europea, la Propuesta de 14ª Directiva de traslado de sede social y a la colisión de los modelos normativos de derecho conflictual, en materia societaria en el ámbito europeo.

SUCESIONES

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, nº 4 (octubre-diciembre, 2015), 2015, pp. 7-28.

Estudio de algunos problemas derivados de la determinación de la ley aplicable en el supuesto de remisión a un Estado plurilegislativo en el marco del Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La hipótesis de partida es aquella en la que resulta aplicable una de las leyes españolas. Se trata solamente de una manifestación del problema globalmente considerado, pero resulta un buen modelo para valorar las soluciones ofrecidas por el art. 36 del Reglamento. Aunque en apariencia esta norma fue concebida para respetar en

primer lugar las soluciones internas del Estado plurilegislativo cuya ley es declarada aplicable y, de este modo, asegurar un cierto grado de coherencia en su aplicación, el trabajo pone de manifiesto que este objetivo está lejos de conseguirse. La razón, obvia aunque no siempre tenida en cuenta por los comentaristas, es que las normas para resolver los conflictos de leyes internos están destinadas precisamente a situaciones internas, teniendo en cuenta intereses y valores (y a veces límites constitucionales) internos.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Derecho de sucesiones en tránsito del sistema autónomo a la reglamentación europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 16, 2016, pp. 1165-1173.

BENDITO CAÑIZARES, M.T.: “Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 91, n° 750, 2015, pp. 2017-2089.

CALVO VIDAL, I.A.: “Sucesiones internacionales vs. sucesiones nacionales”, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 61, 2015, pp. 16-19.

CALVO VIDAL, I.A.: *El certificado sucesorio europeo*, Madrid, la Ley, 2015, 364 pp. ISBN 978-84-9020-410-8.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 47-75.

La residencia habitual del causante es uno de los criterios clave en el funcionamiento del Reglamento sucesorio europeo. Opera tanto como foro de competencia internacional como punto de conexión que determina la Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*. La residencia habitual del causante es un criterio líquido propio de tiempos líquidos como los actuales, caracterizados por la velocidad, el cambio, la movilidad y la fugacidad de las relaciones personales y sociales. Es un criterio que facilita la libre circulación de personas en el escenario internacional. Es por tanto, un criterio apropiado para el Derecho internacional (europeo) del siglo XXI. Sin embargo, al mismo tiempo, la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta.

CARRASCOSA GONZALEZ, J. y otros: *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2015, 480 pp. ISBN 978-84-9045-293-6

CEBRIAN SALVAT, M.A.: “Los *will substitutes* y el Reglamento sucesorio europeo”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 318-333.

Este trabajo analiza el ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento Sucesorio Europeo para llegar a la conclusión de que el mismo no es aplicable a las instituciones propias de *common law* conocidas como *will substitutes*, y por lo tanto que la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y la validez extraterritorial de decisiones relativas a estos sustitutos del testamento se han de determinar en base a otras normas.

COLOMER BEA, D.: “Conflicto de leyes y doble imposición en materia de sucesiones transfronterizas. Análisis del Reglamento (UE) 650/2012 y de la Recomendación 2011/856/UE”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n° 58, 2016, pp. 75-116.

FONT I SEGURA, A.: “Competencia para autorizar un acuerdo de partición de herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad. STJUE de 6 octubre 2015, Asunto C-404/14: Marie Matoušková”, *La Ley: Unión Europea*, nº 35, 2016, 12 pp.

IGLESIAS BUIGUES, J.L., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y PALAO MORENO, G.: *Sucesiones internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, 676 pp. ISBN 978-84-9086-789-1.

El 4 julio 2012 se aprobó el Reglamento nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La aplicación plena de este instrumento legislativo adoptado en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se producirá el 17 agosto 2015, momento a partir del cual nuestro modelo de Derecho internacional privado de sucesiones pasará a regirse por esta nueva norma, cuyo análisis pormenorizado, disposición a disposición, constituye el objeto de esta obra. El presente estudio que presentamos no es un trabajo exclusivamente académico, sino que se ha buscado ofrecer al profesional del Derecho un comentario de cada una de sus disposiciones en cuanto Derecho positivo, presidido por su confrontación con el Derecho español, con el fin de fundamentar la interpretación y aplicación en la práctica del Reglamento en España.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Cross border testamentary trusts and the conflict of laws”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 184-207.

El trust anglosajón es una creación de los tribunales de equidad en los países del *common law* que no se encuentra regulada en la mayoría de los países de tradición jurídica de *civil law*. Entre los diferentes tipos existentes, los trusts testamentarios son creados por el causante en su testamento y, tradicionalmente, se han considerado muy útiles en la planificación sucesoria. Este artículo ofrece un análisis de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los trusts testamentarios transfronterizos – competencia judicial internacional y ley aplicable– desde la perspectiva del Derecho inglés, poniendo de manifiesto las dificultades que surgen y destacando la conveniencia de llevar a cabo una convergencia entre los sistemas de *common law* y *civil law* en esta materia. En este sentido, la ratificación del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento podría ser un primer paso que permitiese introducir normas de conflicto aplicables a los trusts testamentarios en los ordenamientos jurídicos continentales sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones imperativas y de orden público previstas en el propio Convenio con el fin de garantizar la aplicación de los derechos de legítima previstos en la mayoría de las legislaciones continentales.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: “Competencia judicial internacional y sucesiones internacionales. Costes de litigación y eficiencia económica”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 334-342.

En este trabajo se pone de relieve la no inclusión del foro de la sumisión de las partes en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Desde un punto de vista económico, resulta extraño que en una materia de Derecho privado como es la sucesión, y donde los intereses que están en juego son los de las partes implicadas en el litigio, no se incluya este foro de la sumisión. Esto genera un aumento de los gastos en la mayor parte de los casos, y no responde por lo tanto a un objetivo de eficiencia en la litigación internacional. Objetivo que es uno de los perseguidos por el Derecho internacional privado de la Unión Europea.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015. Derecho sucesorio internacional y lectura económica del reenvío”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 466–475.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 enero 2015 vuelve a poner de relieve la importancia práctica que tiene el mecanismo jurídico del reenvío. El reenvío sigue vivo y sirve para corregir y modular en el ámbito sucesorio al art. 9.8 del Código Civil, cuando la situación jurídica internacional presenta vínculos más estrechos y profundos con nuestro país que con el país de la nacionalidad del causante. Se hace un análisis de lo que el Tribunal Supremo expone en este caso, y también de los cambios que se producirán con la aplicación del Reglamento Sucesorio Europeo en relación con el mecanismo jurídico del reenvío.

PRATS ALBENTOSA, L.: “El Derecho civil de sucesiones de la Unión Europea: el Reglamento (UE) 650/2012”, *Diario La Ley*, nº 8635, 2015.

TÍTULOS VALORES

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Las novedades en materia de emisión de obligaciones bajo ley extranjera la relación entre los arts. 401–407 LSC, 30 ter y quarter LMV y 10.3 Cc”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 16, 2015, pp. 5 ss.

TRANSPORTES

ARROYO VENDRELL, T.: *El contrato de transporte internacional de mercancías puerta a puerta en las Reglas de Rotterdam. Cooperación y conflicto entre convenciones*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 394 pp. ISBN 978–84–15948–31–5.

BELINTXON MARTIN, U.: “Dumping social, desarmonización socio–laboral y Derecho internacional privado: la des–Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 611–642.

Vid. resumen, supra, p. 611.

BELINTXON MARTIN, U.: “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 17–35.

Este estudio tiene por objeto el análisis y la valoración crítica de la evolución normativa experimentada en el sector del transporte internacional de viajeros por carretera en el seno de la Unión Europea. El análisis se centra desde una doble perspectiva teórica y práctica, en el estudio de los bloques normativos en presencia, la política común de transportes, la repercusión del Derecho europeo, el inacabado proceso de liberalización, el acceso a la profesión de transportista de viajeros por carretera y la calificación de los tipos de transporte ejecutables en territorio europeo. Desde la perspectiva de análisis de los operadores del sector se abordará en qué medida el objetivo de seguridad jurídica se está logrando o si por el contrario la ausencia de reglas claras de compatibilidad entre esas diversas normas acaban generando incertidumbres que perjudican a todo el elenco de intereses en presencia.

LÓPEZ RUEDA, F.C.: “El transporte multimodal en la Ley de Navegación Marítima”, *Anuario de Derecho marítimo*, nº 32, 2105, pp. 91–115.

LÓPEZ RUEDA, F.C.: *La responsabilidad del porteador y de las partes ejecutantes en las Reglas de Rotterdam*, Barcelona, Bosch, 2015, 362 pp. ISBN 978-84-944332-6-9

MARTÍN CASTRO, M.P.: “Transporte multimodal del Convenio de Ginebra de 1980 a las Reglas de Rotterdam”, *Anuario de Derecho Marítimo*, nº 32, 2015, pp. 169–220.

TORRUBIA CHALMETA, B.: “La responsabilidad del transitario frente al porteador cuando el destinatario no retira las mercancías”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 345–356.

En el presente trabajo se estudia la responsabilidad del transitario frente al porteador cuando, llegada la carga a destino, el consignatario no la retira y el documento del transporte es el *Sea Waybill*. También se analiza cuándo se entiende producida la entrega de la mercancía y los plazos de caducidad y prescripción de las acciones de reclamación.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
septiembre de
2016

