

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Reglamento 2201/2003, 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) núm. 1347/2000.—2.2. Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Eficacia en España de resoluciones extranjeras.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Filiación: gestación por sustitución.—4.2. Crisis matrimoniales.—4.3. Compraventa de inmueble.—4.4. Sucesiones.—5. COMERCIO INTERNACIONAL.—5.1. Propiedad intelectual.—5.2. Competencia desleal.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2010-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el año 2010. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Ángel Espiniella Menéndez, Albert Font i Segura, Cristina González Beilfuss, Pilar Jiménez Blanco, Nerea Magallón Elósegui, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Cristian Oró Martínez, Paula Paradelo Areán, Ana Quiñones Escámez, Elena Rodríguez Pineau e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Barcelona, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2010-19-Pr

SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES.—Grave riesgo de peligro físico y situación intolerable.—Compatibilidad de orden de retorno con el interés superior del niño y el derecho a la vida familiar de la sustractora y el niño.—Ejecución de la orden de retorno.—Transcurso del tiempo.

Preceptos aplicados: arts. 12 y 13.b) del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, arts. 3, 8 y 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza.

F: Aranzadi Westlaw, JUR/2010/227323

[...] la Cour constate d'emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l'évidence de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, [...]

[...] le retour de l'enfant ordonné par le Tribunal fédéral constitue une «ingérence...» il convient donc de rechercher si l'ingérence litigieuse [...] était «prévue par la loi», motivée par un ou des buts légitimes et «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre [...]

[...] le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu —ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public— a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière [...] en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante [...]

Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant [...] dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles.

Même si des doutes à ce sujet peuvent paraître justifiés, la Cour est prête à admettre qu'en l'espèce, la mesure en question entre encore dans la marge d'appréciation des autorités nationales [...] Toutefois pour juger du respect de l'article 8, il convient de tenir compte aussi des développements qui se sont produits depuis l'arrêt ordonnant le retour de l'enfant.

[...] la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner [...] Quant à la mère elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer [...] En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention [...] si la décision ordonnant le retour [...] était exécutée.

Nota: 1. La sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Neulinger* da muestra de la creciente incomodidad que genera la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en supuestos en los que quien ha sustraído al niño es su principal cuidador y el solicitante de retorno tiene limitados

derechos respecto al niño y ha tenido una conducta violenta. Aunque, como veremos, finalmente la Gran Sala elude pronunciarse acerca de la compatibilidad de una aplicación ortodoxa del Convenio de La Haya de 1980 con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la decisión pone de manifiesto la tensión existente entre ambos instrumentos, destacándose porque es la primera sentencia del Tribunal de Derechos Humanos que establece que la ejecución de un orden de retorno dictada en aplicación del Convenio de La Haya supondría una lesión a los derechos fundamentales protegidos por el Convenio europeo. Se trata de una sentencia, por tanto, muy importante en el momento actual, también de cara al enjuiciamiento del régimen comunitario de la sustracción internacional de menores, de la que en esta nota, por razones de espacio, tan sólo se pretende dar cuenta.

2. Resulta necesario hacer un relato de los hechos y del *iter* procesal. Isabelle Neulinger contrae matrimonio en Israel con un ciudadano de dicha nacionalidad. De la unión nace un niño en junio de 2003. Poco después se inician las desavenencias entre los cónyuges, en gran medida motivadas porque el padre se afilia a un movimiento religioso ultraortodoxo, que entre otras cosas demanda que los niños se eduquen desde la edad de tres años en escuelas de la comunidad. Temiendo que su esposo lleve a su hijo a una de dichas escuelas situadas fuera de Israel, la Sra. Neulinger pide a los tribunales israelíes que acuerden una prohibición de salida del país (junio de 2004). Se resuelve asimismo en ese momento acerca de la custodia del niño que se atribuye a la madre, aunque la patria potestad, que incluye el derecho a determinar el lugar de residencia del niño, sigue siendo conjunta. Posteriormente intervienen los servicios sociales israelíes ordenando a los padres vivir separados en interés del menor (enero de 2005). En esas mismas fechas un juez de Tel Aviv prohíbe al padre entrar en la guardería a la que acude el menor, importunar o acosar a la madre del niño y portar o poseer un arma. Se restringe asimismo el derecho de visitas del padre que sólo puede ver al niño dos veces a la semana bajo supervisión de los servicios sociales. En marzo de 2005 la madre solicita autorización para salir del país y ésta es denegada. Finalmente en junio de 2005 madre e hijo abandonan clandestinamente Israel.

El Sr. Shuruk solicita entonces el retorno del niño al amparo del Convenio de La Haya de 1980. La autoridad central suiza no localiza al niño y a la madre hasta transcurrido casi un año, iniciándose únicamente entonces el procedimiento judicial de retorno. En primera instancia se deniega el retorno en aplicación del art. 13.b) (junio de 2006). El padre recurre en apelación. Fundándose en un informe pericial, que ponía de relieve que el retorno del niño junto a su madre le habría expuesto a un peligro psíquico de difícil evaluación y que tal peligro sería aún mayor si la madre no lo acompañara, la Sala de Tutelas del Tribunal cantonal de Vaud confirmó la sentencia de primera instancia (mayo de 2007). El padre interpuso entonces recurso frente al Tribunal Federal suizo que en agosto de 2007 dictó sentencia estimatoria y ordenó el retorno del menor a Israel. La argumentación es la habitual. Se considera que no es el objeto del Convenio determinar la controversia de fondo respecto a la cual son competentes los tribunales del lugar de residencia habitual del niño y que las excepciones al retorno han de interpretarse de manera estricta. Se constata asimismo que el grave riesgo para la salud psíquica del menor es inexistente, si la madre acompaña al niño. A continuación se evalúa si la madre puede razonablemente volver a Israel. Habida cuenta que las autoridades israelíes están en condiciones de arbitrar medidas de protección, que no se ha demostrado que la madre esté amenazada por una sanción penal y dada la inexistencia de motivos económicos que hiciesen insoportable su retorno, se considera que el retorno de la madre es factible, razón por la cual se estima que está en sus manos evitar los perjuicios que el retorno podría conllevar.

En septiembre de 2007 la madre y el niño interponen una demanda frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que decidió indicar al Gobierno suizo al amparo del art. 37 del Reglamento del Tribunal que no procediera a la restitución del niño. La Sección 1.^a resuelve, por cuatro votos contra tres, en sentencia dictada el 8 de enero de 2009 (*Aranzadi Westlaw*, TEDH 2009/6) que Suiza no había infringido el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El 31 de marzo de 2009 los demandantes solicitan la remisión del asunto a la Gran Sala en virtud de los arts. 43 y 73 del Reglamento, celebrándose audiencia pública el 7 de octubre de 2009. La sentencia estima que la ejecución de la orden de retorno supondría una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos (6 de julio de 2010).

3. Sería, desde mi punto de vista, un error minimizar la importancia de esta sentencia, como de hecho hace la base de datos Aranzadi. No en vano se trata de una sentencia de la Gran Sala del Tribunal, lo cual en sí mismo es indicativo de la importancia del asunto. La sentencia no confirma la decisión previa de la Sección Primera del propio Tribunal sino que aprecia que la ejecución de la orden de retorno es contraria a los derechos fundamentales de la sustractora y el niño. Ha de tenerse en cuenta, adicionalmente, que la resolución de este asunto viene a dar un espaldarazo a la ley suiza de 21 de diciembre de 2007 en materia de sustracción internacional de menores, en la que se acuñó una interpretación legal del concepto de situación intolerable que hubiera probablemente conducido, de haber estado en vigor, al Tribunal federal suizo a denegar el retorno del niño a Israel, como de hecho intentaron hacer valer los demandantes. Ello no es en absoluto casual pues este asunto es uno de los casos difíciles que motivó la elaboración de la norma (véase BUCHER, A., «The new Swiss Federal Act on International Child abduction», *Journal of Private international*, 2008, p. 141).

4. Como ya se ha adelantado, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos elude el pronunciamiento acerca de la compatibilidad de la decisión del Tribunal federal suizo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, claramente se dice en el párr. 145 de la sentencia que es dudoso que la injerencia en la vida familiar de la sustractora y el niño, que la orden de retorno significa, esté justificada y que la medida, según el tribunal, está «todavía» cubierta por el margen de apreciación del que gozan los Estados contratantes en la materia, lo cual parece indicar que se ha forzado dicho concepto.

5. El Tribunal elude, sin embargo, la consecuencia que deriva de esta conclusión y entiende que le corresponde enjuiciar si la ejecución de la orden de retorno suiza es a la luz de las circunstancias sobrevenidas con posterioridad al traslado compatible con el interés superior del niño, con lo que se aparta de decisiones previas. Se inspira para ello en su jurisprudencia en materia de expulsión de extranjeros, en virtud de la cual han de tenerse en cuenta las dificultades que el menor pueda encontrar en su país de destino y la solidez de sus vínculos con el Estado del que va a ser expulsado. Ello acaba conduciendo a dar un peso definitivo al transcurso del tiempo desde que se produjo el traslado ilícito, a pesar de que el pronunciamiento del Tribunal federal suizo fue ya muy tardío y pudo haber tenido en cuenta tal factor y de que es en gran medida el propio Tribunal Europeo quien creó más retrasos al ordenar a Suiza la suspensión de la ejecución de retorno. Muchas de las circunstancias que se aducen, como el hecho de que el Sr. Shuruk había contraído un nuevo matrimonio del que había nacido otro hijo también sustraído por su madre en un contexto de nuevas alegaciones de violencia doméstica, ya eran conocidas por el Tribunal federal. Por tanto, finalmente la decisión acaba sorteando el pronunciamiento acerca de la compatibilidad de la aplicación del Convenio de La Haya realizada por Suiza con el Convenio Europeo de Derechos

Humanos. Se abre, sin embargo, camino la tesis de que el interés superior del niño, que ha de ser determinado en función de las circunstancias del caso, prevalece sobre consideraciones generales como la evitación de las sustracciones de menores.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2.1. Reglamento 2201/2003, 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) núm. 1347/2000

2010-20-Pr

REGLAMENTO 2201/2003.—Medidas cautelares y provisionales.—Alcance. Reconocimiento y ejecución.—Restitución e interés del menor.

Preceptos aplicados: art. 20 R 2201/03; art. 13.b) del CH 1980; art. 10 del R 2201/03; art. 11.8 R 2201/03; art. 42 del R 2201/2003; art. 47 del R 2201/2003

STJ (Sala 3.^a) de 1 de julio de 2010. As. C-211/10. D. Povse c. M. Alpago. Ponente: E. Juhász.

F.: <http://curia.europa.eu>.

El artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la citada disposición, 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.

El artículo 11, apartado 8, del Reglamento núm. 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.

El artículo 47, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento núm. 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor.

La ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior

del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.

Nota: 1. Las medidas cautelares o provisionales adoptadas en el ámbito del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (R 2201/03) siguen provocando cuestiones prejudiciales que obligan al Tribunal de Justicia (TJUE) a acotar su alcance. El asunto *Povse c. Alpagó* que nos ocupa es una buena prueba de ello.

Los hechos, sucintamente narrados, muestran el traslado ilícito de un menor en el sentido de los arts. 3.1 del CH 1980 y 2.11 del R 2201/03, enmarcado en un proceso de responsabilidad parental. La madre (austriaca) abandona la residencia habitual común de la pareja (Italia) con el menor en contra de la voluntad del padre (italiano) y de una resolución judicial italiana que de manera provisional otorgaba la patria potestad a ambos y prohibía su salida del país. Conforme al art. 10 del R 2201/03 la competencia para conocer sobre el fondo del asunto en el momento de la sustracción era del Tribunal italiano del lugar de residencia del menor. El padre solicita la restitución del menor en Austria, mientras el Tribunal italiano dicta una resolución provisional mediante la que retira la prohibición de salida del territorio a la madre, concede el derecho de custodia conjuntamente a ambos progenitores y permite a la madre que el menor por el momento se quede con ella en Austria. La madre solicita ante el Tribunal cantonal de *Judenburg* que prohíba el contacto del padre con el menor e inicia un proceso paralelo sobre la custodia. La restitución del menor demandada por el padre en Austria es desestimada con arreglo al art. 13.b) del CH 1980. Tal desestimación es confirmada en el subsiguiente recurso. Esta vez el Tribunal austriaco fundamenta su decisión en la medida provisional del Tribunal italiano que había posibilitado que el menor se quedara con su madre. El padre vuelve a recurrir y el *Landesgericht de Leoben* estima el recurso e invoca la aplicación estricta del R 2201/03, ante lo que la madre interpone recurso de casación al *Oberster Gerichtshof* que plantea cinco cuestiones prejudiciales al TJUE.

2. Lo primero que pregunta el órgano jurisdiccional remitente es si en una situación de traslado ilícito de un menor una medida provisional adoptada en este caso por el tribunal competente para resolver sobre el fondo puede ser considerada dentro del art. 10.b.iv R 2201/03 y equipararse a una «resolución judicial que no implique la restitución del menor», puesto que ello supondría una posible transferencia de la competencia sobre el fondo de los tribunales italianos hacia los austriacos, y una razón para denegar la restitución del menor a Italia. La pregunta es si en el contexto del art. 10.b.iv R 2201/03 una resolución provisional emitida por el tribunal que conoce sobre el fondo causa los mismos efectos que una resolución definitiva. Se suscita una cuestión similar a la planteada en el asunto *Deti ek* resuelto por STJUE de 23 de diciembre de 2009 (véase REQUEJO ISIDRO, M., «El art. 20 Reglamento (CE) núm. 2201/2003 ante el TJCE», *Diario La Ley*, núm. 7.479, 30 de septiembre de 2010; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «REDI, 2009-26-Pr», *REDI*, 2009-2, pp. 498-500; CARO GANDARA, R., Nota, *AEDIPr* 2009, pp. 1089-1091) si bien esta vez no se centra en si el tribunal requerido puede utilizar una medida provisional comprendida en el ámbito del art. 20 R 2201/03 para rechazar la restitución del menor al Estado de origen, sino en si puede ampararse en la adopción de una resolución provisional de no restitución emitida por el tribunal competente para resolver sobre el fondo para considerar realizada la transferencia de la competencia y denegar dicha restitución: ¿se puede transferir la competencia sobre el fondo a los órganos jurisdiccionales del Estado al que ha sido

trasladado el menor como consecuencia de una resolución provisional? o ¿una resolución provisional de no restitución equivale en este caso a una resolución definitiva sobre la custodia que no implique restitución?

En esta ocasión se trata de equilibrar el interés del menor y la restitución automática que instituye el art. 10 del R 2201/03 pero también la competencia general en materia de responsabilidad parental del tribunal de origen y con carácter subsidiario la competencia especial del art. 11.8 R 2201/03. En el asunto *Povse* si dotamos en ese sentido de carácter definitivo a una resolución judicial provisional de no restitución emitida por el tribunal competente para conocer sobre el fondo promocionaríamos el comportamiento del sustractor perjudicando el ansiado equilibrio entre el interés del menor y los objetivos del R 2201/03. De una resolución provisional no debe desprenderse la intención del tribunal de origen de transferir la competencia al tribunal donde ha sido trasladado el menor cuando todavía no ha resuelto sobre el fondo. De ella no se deriva la plena conformidad del órgano jurisdiccional de origen con la nueva residencia del menor, fundamental para que se produzca el traslado de la competencia. Si una resolución provisional condujera a la pérdida de la competencia sobre la cuestión de la custodia del menor coartaría el poder de actuación del órgano jurisdiccional competente «que podría verse disuadido de adoptar tal decisión aun cuando los intereses del menor lo exigieran» (apdo. 47 de la Sentencia). Por tanto las posibilidades de transferir la competencia sobre el fondo del asunto al tribunal donde ha sido trasladado el menor del art. 10 R 2201/03 deben ser interpretadas de manera restrictiva (véase asunto C-195/08 *Rinau* y apdos. 52 y 45 de la sentencia). Y una resolución provisional no puede utilizarse como medio de adquisición de la competencia de los tribunales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado.

3. La siguiente cuestión planteada al TJUE es si la ejecución de una resolución de restitución del menor depende de la existencia o no de una resolución definitiva sobre su custodia. Es decir si se puede ordenar la restitución del menor en virtud del art. 11.8 R 2201/03, a pesar de que anteriormente se haya dictado una orden de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 CH 1980, apoyándose en una medida provisional posterior dictada por el tribunal que conoce del fondo o si por el contrario este artículo debe basarse en la existencia de una resolución definitiva. El *quid* está en si una medida provisional adoptada por el tribunal competente para resolver sobre el fondo de la que se deriva la restitución del menor prevalecerá sobre una medida anterior emitida por el tribunal del lugar donde ha sido trasladado el menor que la denegaba atendiendo al art. 13 del CH 1980. El TJUE no encuentra ningún fundamento en el enunciado del art. 11 del R 2201/03 del que se desprenda la necesidad de que en este caso la resolución emitida deba ser definitiva. De hecho el apartado 8 del art. 11 del R 2201/03 se refiere «a cualquier resolución posterior», así que concluye que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor goza de la autonomía suficiente para no depender de la existencia o no de una resolución definitiva (apdos. 56 y 67 de la sentencia y asunto C-195/08 PPU, *Rinau*, apdos. 63 y 64). Al igual que había hecho con anterioridad en el asunto *Deti ek* el TJUE en aras a garantizar ante todo el buen funcionamiento del Reglamento prescinde de la posibilidad de que tal argumentación juegue en detrimento del interés del menor.

4. La tercera pregunta no es contestada porque depende de la respuesta de las dos anteriores así que seguidamente el TJUE procede a referirse a la cuarta y quinta pregunta que giran en torno al reconocimiento y la ejecución de una resolución de custodia provisional y al valor del certificado del art. 42 del R 2201/2003 en relación con el art. 47.2, así como a las posibilidades de recurso. Más concretamente la cuarta

pregunta se refiere a si una resolución que atribuye la custodia provisional del menor incompatible y dictada con posterioridad a una resolución certificada del tribunal de origen que ordena la restitución del menor puede comportar su no ejecutividad. La respuesta es clara, prima la restitución del menor. Una resolución certificada goza de fuerza ejecutiva y no es posible oponerse a su reconocimiento ni cabe recurso alguno por parte del tribunal de ejecución. La preeminencia de las medidas adoptadas por el tribunal de origen en calidad de órgano competente frente al tribunal del Estado del lugar donde ha sido trasladado el menor no deja lugar a dudas.

5. El difícil equilibrio entre los intereses del menor y los objetivos del R 2201/2003 sobre todo en lo que respecta a la importancia de asegurar su rápida restitución surge de nuevo cuando el proceso se dilata en el tiempo y conduce a preguntarnos sobre la posible flexibilización del sistema. Así, la quinta cuestión insiste en este tema al referirse a si el Estado de ejecución puede denegar la ejecución de la resolución emitida por el tribunal de origen cuando de ella se desprenda un claro menoscabo del interés del menor o si tal modificación debe invocarse ante los órganos jurisdiccionales del propio Estado de origen. A tales efectos, el TJUE continúa en la línea apuntada y concluye que una modificación significativa de las circunstancias en relación con el interés del menor constituye una cuestión de fondo que en su caso podría conducir a la modificación de la resolución de restitución del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo pero no a una denegación de su ejecución por parte del órgano de ejecución que lo único que podrá hacer es presentar una eventual demanda de suspensión de la ejecución ante el órgano jurisdiccional de origen (apdo. 81). En caso de discrepancia entre el tribunal que conoce el fondo y el tribunal del lugar donde ha sido trasladado el menor el TJUE ha optado claramente por subrayar el papel del primero frente al segundo y reforzar el protagonismo que el R 2201/2003 le otorga, limitando estrictamente los motivos de no reconocimiento en el Estado miembro de ejecución (véase asunto C-491/10 PPU, *J. A. Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*, STJUE de 22 de diciembre de 2010).

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

2010-21-Pr

REGLAMENTO (CE) 2201/2003.—Medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el art. 20 del Reglamento.—Reconocimiento y ejecución.

Preceptos aplicados: arts. 20 y 21 del Reglamento (CE) 2201/2003.

STJ (Sala 2.^a) de 15 de julio de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*.
Ponente: Sr. D. A. Rosas.

F: <http://curia.europa.eu>.

Las disposiciones de los artículos 21 y siguientes del Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el artículo 20 de dicho Reglamento.

Nota: 1. En el año 2010 el TJUE ha interpretado el mismo número de veces los Reglamentos 44/2001 (RBI) y 2201/2003 (RBII bis), lo que indica la relevancia que el RBII bis está empezando a adquirir en el espacio judicial europeo. El impacto de esta jurisprudencia no sólo se debe a la cantidad de casos resueltos sino a la presencia de dos variables que inciden directamente en su resolución. Por una parte, la urgencia con la que se exige la respuesta al tratarse de supuestos en los que está en juego el desarrollo de un menor y su derecho a relacionarse con ambos progenitores; por otra, el hecho de que la cuestión prejudicial se plantee en el marco de un litigio relativo a la custodia en caso de sustracción de menores, supuesto que carece aún de un tratamiento claro desde el punto de vista legislativo y judicial. Tras los asuntos C-403/09 *Dețiçek* (REDI 2009-26-Pr, nota RODRÍGUEZ PINEAU, E.) y C-211/10 *PPU Povse* (REDI 2010-20-Pr, nota MAGALLÓN, N.), llega ante el TJUE el asunto C-256/09 *Purrucker*, en el que se plantea si las medidas cautelares adoptadas en virtud del art. 20 RBII bis podían beneficiarse del sistema de reconocimiento y ejecución favorecido de los arts. 21 ss RBII bis. El TJUE establece que no es posible ya que «las disposiciones de los arts. 21 y ss no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el art. 20 del RBII bis».

2. Presentemos el caso: una pareja hispano-alemana con residencia en España tiene gemelos que nacen prematuramente en 2006 y deben permanecer ingresados durante unos meses. Dado el deterioro de la relación entre los progenitores, a principios de 2007 éstos deciden extinguir su convivencia y regular la relación con los menores mediante documento notarial que debía ratificarse posteriormente por vía judicial. Según este documento ambos tenían patria potestad sobre los hijos, pero la custodia se concedía a la madre y un derecho de visita al padre. Cuando el niño es dado de alta, la madre, amparándose en dicho documento, marcha a Alemania con el menor. El padre permanece en España con la niña y plantea ante los tribunales españoles una demanda de medidas cautelares previas y urgentes, solicitando la custodia sobre sus dos hijos, la restitución del niño y la condena a la madre al pago de alimentos. Sus peticiones son atendidas y el padre acude entonces ante los tribunales alemanes para que ejecuten la resolución española de «medidas provisionales y urgentes». Con posterioridad, inicia un procedimiento sobre la custodia en España. Por su parte, antes de que el tribunal español decidiera sobre las medidas provisionales, la madre había iniciado en Alemania otro procedimiento solicitando la atribución del derecho de custodia sobre los mismos menores. La cuestión prejudicial se suscita en el marco del procedimiento de reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales españolas en Alemania.

3. Es de sobra sabido que el tribunal que conoce a título principal del litigio puede adoptar todas las medidas provisionales que precise, incluso con alcance extraterritorial, pudiendo ejecutarse dichas medidas en otro Estado miembro tras la obtención del correspondiente *exequatur* según las reglas de los arts. 21 y ss. Por su parte, el art. 20 RBII bis establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar ante los tribunales de otro Estado miembro distinto de aquel donde se está litigando el proceso principal en las estrictas condiciones que prevé, *i. e.* siempre que los bienes y personas sobre los que se adopta la medida se localicen en su territorio, que se trate de supuestos de urgencia y con un carácter temporalmente limitado, ya que cesará de producir efectos en cuanto el tribunal competente para el fondo dicte la medida que la sustituya. Con estas condiciones, en coherencia con lo previsto en los antecedentes legislativos del RBII bis, se ha entendido que el alcance del art. 20 es *territorialmente limitado*, por lo que las medidas adoptadas no deberían ser objeto de reconocimiento o ejecución en otros Estados miembros (FUCHS, L., y TÖLG, I., «Die einstweiligen Maßnahmen nach der EheVO (EuGVVO II)», *ZfRV*, 2002, pp. 95 y ss., p. 101).

4. Esta aproximación en línea teórica encuentra su piedra de toque en la realidad de los tribunales —así ha sido en el caso *Purrucker*— ya que éstos no necesariamente identifican cuál es la base de su competencia judicial internacional (CJI) para adoptar una medida provisional. En este sentido, vistas las consecuencias que la asunción de CJI por una u otra vía tiene en sede de reconocimiento y ejecución, lo primero que debería determinar un tribunal es conforme a qué regla asume la CJI para adoptar una medida provisional. La opinión de la A. G. Sharpston (núms. 144-145) establece la conveniencia de que se ponga de manifiesto este dato, no tanto por controlar la CJI de los tribunales como porque estas medidas se adoptan en un ámbito de confianza mutua y existen cauces en el RBII bis para articular dicha comunicación de autoridades. La A. G. considera que, si perviviera la indefinición, la CJI para adoptar las medidas provisionales habría de entenderse asumida *ex art. 20* (núm. 155). Ambos aspectos son aceptados por el TJUE (cdos. 75-76). El Tribunal introduce una regla de cierre basada en una presunción: en la medida en que no se pruebe que hay competencia a título principal (*ex arts. 3-14*), la CJI para adoptar la medida cautelar deberá entenderse asumida de conformidad con la normativa de los Estados miembros en virtud del art. 20. Esta presunción deja abierta la cuestión de qué ocurre cuando esas medidas se plantean como provisionalísimas, *i. e.*, con anterioridad a la asunción de competencia sobre el fondo pero como parte del mismo litigio, dado que la CJI del tribunal no derivaría del art. 20 sino de la hipotética competencia del tribunal para el litigio principal. Sobre este punto ha de volver el TJUE en su segunda sentencia *Purrucker* (véase REDI 2010-23-PR en esta misma Crónica).

5. Asumida la CJI para adoptar medidas cautelares *ex art. 20*, el TJUE confirma la imposibilidad de reconocer y ejecutar dichas medidas según las reglas del RBII bis. La respuesta del TJUE se fundamenta en la premisa de que el art. 20 no constituye una regla de CJI. Así, lo que determina si las medidas están comprendidas en dicho artículo es «el hecho de que hayan sido adoptadas por un órgano jurisdiccional cuya competencia no se fundamente en otra disposición del mismo Reglamento» (cdo. 64). Ahora bien, no se trata de una remisión indiscriminada a la normativa nacional, pues deben cumplirse las condiciones previstas en dicho artículo para comprobar que la resolución adoptada entra dentro de su ámbito de aplicación (cdos. 76-78). Dentro de estos requisitos se encuentra el alcance territorial limitado de estas medidas tal y como había recogido el Informe Borrás respecto del inmediato antecedente de esta norma, el art. 12 CBII (cdo. 84). Además, dado que el alcance material de dichas medidas puede exceder el ámbito de aplicación del Reglamento, permitir el reconocimiento de dichas medidas conforme a las reglas del RBII bis podría suponer una infracción de reglas de competencia exclusiva previstas en otros textos comunitarios (cdo. 86). Finalmente, se concluye que «las medidas del art. 20 no forman parte de las resoluciones judiciales adoptadas con arreglo a las reglas de competencia previstas en el Reglamento, que se acogen, por tanto al sistema de reconocimiento y ejecución establecido por éste» (cdo. 87). En consecuencia, si procede dicho reconocimiento y ejecución, debería hacerse por vías convencionales o nacionales siempre que se respete el RBII bis (cdo. 92).

6. Aunque la respuesta del TJUE pueda parecer razonable atendiendo a un supuesto ordinario de adopción de medidas provisionales de carácter territorial, parte del razonamiento que la sustenta no es asumible. Además, el TJUE cierra toda vía de flexibilización para supuestos extraordinarios lo que no se compadece con el esquema y función del RBII bis. Así, es llamativo que considere la asunción de CJI *ex RBII bis* como requisito para que la medida pueda ser objeto de reconocimiento según las reglas del RBII bis. Salvo en el caso del Reglamento 1346/2000, de insolvencia (RI), ninguno de los Reglamentos «Bruselas» excluye de las reglas de reconocimiento

resoluciones que hayan sido dictadas al amparo de normas de CJI autónomas. Lo relevante es la proveniencia de otro Estado miembro. Y ello en virtud del principio de confianza mutua, que debería asumirse igualmente para las medidas provisionales *si respetan las condiciones del art. 20*. En otros términos, no tiene ningún sentido establecer qué medida tiene la consideración de tutela provisional comunitaria (aunque sea sobre base jurisdiccional nacional) si luego va a ser excluida de la aplicación del Capítulo III. Ciertamente existe un condicionante espacial en el art. 20 que podría salvarse si entendemos que la restricción territorial se impone para adoptar la medida provisional pero no para su ejecución cuando *excepcionalmente* ésta no pudiera verificarse en el Estado miembro cuyo tribunal la adoptó (como sucede en el art. 18 RI respecto de las medidas adoptadas en los procedimientos territoriales sobre bienes desplazados con posterioridad a otro Estado miembro).

En segundo lugar, como apunta la A. G. Sharpston (núms. 169-171), no se entiende por qué deben tratarse de distinto modo en sede de reconocimiento las medidas adoptadas por el tribunal competente en cuanto al fondo y las del art. 20. Aunque la A. G. finalmente decida excluir las medidas adoptadas *ex art. 20 RBII bis* en atención a los antecedentes legislativos (*i. e.*, el art. 12 CBII/RBII), en la construcción del espacio judicial europeo, entre un criterio de interpretación histórico y uno teleológico, debería prevalecer este último: si lo relevante es la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia fundamentado en el reconocimiento y la confianza mutuas, el hecho de excluir las medidas provisionales de dicho espacio (en particular cuando se trata de procedimientos de menores) genera precisamente el efecto contrario, más aún cuando, dadas las condiciones del art. 20.2, el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de una medida provisional tendría efectos temporalmente limitados pues habría de ser sustituida en el Estado requerido por la adoptada por el tribunal principal.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2010-22-Pr

PROTECCIÓN DE MENORES. Interpretación del Reglamento 2201/2003. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Concepto de custodia y concepto de traslado ilícito.

Preceptos aplicados: Arts. 2.9 y 2.11 Reglamento 2201/2003; arts. 7 y 24 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

STJ de 5 de octubre de 2010 (asunto C-400/10), J. McB y L. E. Abogado General Sr. N. Jääskinen.

F.: <http://curia.europa.eu>.

El Reglamento (CE) núm 2201/2003 [...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedita la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor, no casado con la madre de éste, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del art. 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de éste.

Nota: 1. En el presente caso el TJUE resolvió una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del Reglamento 2201/2003 a la luz de la Carta de los De-

rechos Fundamentales de la UE (Carta). El litigio principal se sustanció en Irlanda, a raíz del traslado que realizó una madre de sus tres hijos al Reino Unido. El padre biológico se dirigió a la autoridad competente en el Reino Unido para pedir la restitución de los tres menores a Irlanda, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CLH 1980) y en el Reglamento 2201/2003 (Reglamento). El tribunal británico, de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 15 del CLH 1980, solicitó al padre la presentación de una decisión o certificado de la autoridad irlandesa competente, donde se declarara la ilicitud del traslado según el art. 3 del mencionado Convenio. La High Court irlandesa estimó que el traslado no había sido ilícito en el sentido del CLH 1980 y del Reglamento, tras comprobar que el padre no tenía derechos de custodia sobre los menores en el momento del traslado, pues no estaba casado con la madre ni existía una resolución judicial a su favor que le reconociera la custodia sobre sus hijos, tal y como exige la legislación irlandesa (según el cdo. 48, en el Derecho irlandés el padre biológico no casado con la madre no tiene derechos de custodia sobre su hijo, salvo si concluye un acuerdo con la madre u obtiene una resolución judicial que se los confiera). El padre interpuso una demanda ante el tribunal irlandés competente para obtener el reconocimiento de derechos de custodia sobre sus tres hijos; sin embargo, el traslado de los menores al Reino Unido tuvo lugar antes de que la demanda le fuera notificada formalmente a la madre, por lo que, de acuerdo con el Derecho procesal interno irlandés, el proceso no estaba aún iniciado. Declarada la licitud del traslado de los menores por la High Court irlandesa, el padre recurrió esta decisión ante la Supreme Court, que decidió suspender el procedimiento para plantear la cuestión prejudicial. En concreto, se le preguntó al TJUE si es contraria al art. 2.11 del Reglamento 2201/2003 interpretado de conformidad con el art. 7 de la Carta, el Derecho de un Estado miembro que exige obtener una resolución judicial para el reconocimiento de derechos de custodia al padre no casado con la madre.

2. Antes de entrar en el fondo, el TJUE se detuvo en el análisis de su competencia para el conocimiento de esta cuestión prejudicial; las dudas surgieron porque el litigio principal tiene origen en el procedimiento del art. 15 del CLH 1980. Tanto la Comisión como el gobierno alemán pusieron de manifiesto que, a su juicio, la calificación del traslado se debía realizar conforme al art. 3 del CLH 1980, de tal forma que no sería una normativa comunitaria la afectada por la norma irlandesa interna que exige una resolución judicial al padre biológico para la obtención de derechos de custodia. Ante esta situación, el TJUE, con una postura favorable a la afirmación de su competencia, da una serie de razones por las que debe entrar a conocer, poniendo especial énfasis en la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales que le someten los tribunales nacionales y en la primacía del Reglamento sobre el CLH 1980 en aquellas materias en las que el campo de aplicación coincida. Por último, el TJUE hizo referencia a la existencia de una norma irlandesa que dispone la aplicación del art. 2.11 del Reglamento para la calificación del traslado, en los casos en los que los países afectados por el procedimiento del art. 15 del CLH 1980 sean Estados miembros.

En el caso concreto, esto implica que la calificación del traslado de unos menores de un Estado miembro a otro, pese a precisarse en el marco de un procedimiento únicamente previsto en el CLH 1980, se debe realizar conforme al art. 2.11 del Reglamento (con la consiguiente doble forma de aplicación del Convenio en función del carácter intracomunitario o extracomunitario del traslado; sobre este doble régimen, véase GONZÁLEZ BELFUSS, C., «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores» en VV.AA., *La sustracción interparental de menores*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 81-103, esp. p. 86). En la sentencia el TJUE no aclara si este «salto» al Regla-

mento para la calificación del traslado se produce en toda situación intracomunitaria o únicamente por la existencia de una norma nacional irlandesa que así lo establece. A nuestro juicio, el art. 2.11 del Reglamento debe tener un ámbito de aplicación genérico, de tal forma que se aplique siempre y cuando hubiera que calificar un traslado de menores entre Estados miembros y con independencia del procedimiento de que se trate. De lo contrario, no se garantizaría el respeto de la coherencia interna en la aplicación del Reglamento, dado que el juego de dos conceptos distintos de traslado ilícito, esto es el del Reglamento y el del Convenio, puede dar lugar a resultados incoherentes.

3. La resolución del fondo del asunto puede dividirse en dos partes: una primera, en la que el Tribunal realizó una interpretación exegética de los arts. 2.9 y 2.11 del Reglamento, limitándose a señalar que la ilicitud del traslado de un menor depende exclusivamente de la existencia de una lesión de un derecho de custodia reconocido por el Derecho nacional aplicable; y una segunda parte, que constituye el núcleo de la sentencia, en la que el TJUE reinterpretó el Reglamento tomando en consideración un nuevo elemento valorativo, esto es, los derechos fundamentales recogidos en la Carta. En esta parte, el Tribunal se puso como cometido determinar si la interpretación del art. 2.11 del Reglamento es acorde con la Carta; en la práctica, lo que realmente realizó es una confrontación directa de la norma irlandesa con la Carta, valorando si la exigencia de una resolución judicial al padre biológico no casado con la madre para la obtención de derechos de custodia es contraria a los derechos fundamentales del padre y de los menores.

El TJUE analiza la cuestión desde tres puntos de vista. La mayor parte de los argumentos que utiliza el TJUE son desde la posición del padre, confrontando la normativa irlandesa con el derecho al respeto de la vida privada y familiar recogido en el art. 7 de la Carta y siguiendo muy de cerca la jurisprudencia del TEDH. Partiendo de la preferencia de las legislaciones en la atribución de la responsabilidad parental a la madre (que según reiterada jurisprudencia del TEDH no es contraria al derecho a la vida privada y familiar del padre; véase decisión *Dazin c. France*, de 12 de abril de 1996 y decisión *Guichard c. France*, de 2 de septiembre de 2003, ambas disponibles en www.echr.coe.int), el TJUE llega a la conclusión de que el reconocimiento de derechos de custodia por vía judicial no es una exigencia, sino una oportunidad para el padre (TEDH, caso *Zaunegger c. Alemania*, de 3 de diciembre de 2009). En segundo lugar, el TJUE se sitúa en la posición de la madre y concluye que el traslado de los menores de un Estado miembro a otro es un ejercicio lícito de su libertad de circulación y del derecho a determinar el lugar de residencia de sus hijos como titular de los derechos de custodia. Por último, el TJUE confronta la norma irlandesa con el derecho del menor a mantener periódicamente relaciones personales y contacto directo con su padre y su madre, recogido en el art. 24 de la Carta. A este respecto, el TJUE señala que la vía judicial para el reconocimiento de derechos de custodia no se opone al art. 24 de la Carta, puesto que permite atender al interés superior del menor en cada situación, al ser una oportunidad para examinar las circunstancias del caso concreto (véase en este sentido, TEDH decisión *Guichard c. France* y decisión *Dazin c. France*).

4. El TJUE no toma en consideración, a nuestro juicio, todos los elementos pertinentes a la hora de realizar la valoración de la norma irlandesa. En concreto, omite toda referencia al hecho de que el padre hubiera iniciado los trámites oportunos ante la autoridad judicial competente para solicitar en Irlanda el reconocimiento de derechos de custodia, asumiendo sin más el sistema procesal irlandés que exige para la apertura de este proceso que la demanda haya sido notificada a la demandada, la madre. Esto significa que la madre puede evitar unilateralmente el inicio del proceso

sobre el fondo de la custodia trasladando a los menores a otro Estado desde el momento en que tiene conocimiento de los trámites iniciados por el padre y siempre antes de que se le haya notificado la demanda. Si bien la apertura del proceso no implica la calificación de ilícito del traslado de los menores, sí es relevante su pendencia desde el momento en que permite la adopción de medidas que, en su caso, el tribunal estime oportunas para evitar el traslado de los menores hasta la resolución del fondo del asunto (véase JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 41). Por otro lado, el traslado de los menores a otro Estado miembro puede implicar una nueva residencia habitual de éstos que dé como resultado un cambio en la competencia judicial internacional; en el caso, la nueva residencia habitual conllevaría que el padre tendría que dirigirse a las autoridades inglesas competentes para pedir el reconocimiento de los derechos de custodia.

5. En definitiva, el TJUE, tras despejar toda duda sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial con su habitual predisposición al conocimiento del fondo del asunto, realiza una confrontación de la normativa irlandesa con la Carta, apoyándose en la interpretación del art. 2.11 del Reglamento. En la confrontación vemos, de nuevo, una fuerte influencia de la jurisprudencia del TEDH, lo que hace previsible la conclusión a la que llega el TJUE de conformidad de la legislación irlandesa con la Carta o, desde la perspectiva formalista que el Tribunal vuelve a retomar en el fallo de la sentencia, la no contrariedad de la normativa irlandesa con la interpretación del Reglamento.

Como puntos débiles de la sentencia, cabe señalar, por un lado, la falta de aclaración del alcance de la primacía del Reglamento en aquellos casos en los que el traslado intracomunitario de un menor se deba calificar en el marco de un procedimiento únicamente previsto en el CLH 1980. Por otro lado, es de lamentar que el TJUE, a la hora de valorar la normativa irlandesa, haya omitido toda referencia al sistema procesal irlandés en lo que se refiere al proceso de custodia, pues siendo la vía de la resolución judicial una oportunidad para el padre de que se le reconozcan derechos de custodia sobre sus hijos, tal posibilidad debe ser efectiva.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ

2010-23-Pr

REGLAMENTO (CE) 2201/2003.—Medidas cautelares.—Litispendencia.

Preceptos aplicados: arts. 19 y 20 del Reglamento (CE) 2201/2003.

STJ (Sala 2.^a) de 9 de noviembre de 2010, *Bianca Purrucker c. Guillermo Vallés Pérez*. Ponente: Sr. D. A. Rosas

F.: <http://curia.europa.eu>.

Lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento 2201/2003 no es aplicable cuando a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se ha presentado en primer lugar una demanda para que se adopten medidas en materia de responsabilidad parental sólo se le solicita que resuelva sobre las medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 de este Reglamento, y a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente para conocer del fondo del asunto, en el sentido de dicho Reglamento, se le

presenta en segundo lugar una demanda que tiene por objeto que se adopten las mismas medidas, sea con carácter provisional o sea con carácter definitivo.

El hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales o de que se adopte una resolución en el marco de un procedimiento de este tipo y que no se desprenda de ningún elemento de la demanda planteada, o de la resolución adoptada, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha incoado el procedimiento de medidas provisionales es competente, en el sentido del Reglamento 2201/2003, no excluye necesariamente que exista, según lo permita eventualmente el Derecho nacional de ese Estado miembro, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales y que contenga datos que demuestren que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto es competente, en el sentido de este Reglamento.

Cuando, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que demuestre, en particular, la competencia de este órgano conforme al Reglamento 2201/2003, y cuando, debido a circunstancias particulares, el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional, le compete a éste, después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas, continuar el examen de la demanda que se le haya planteado. La duración de este plazo razonable debe tener en cuenta el interés superior del menor en función de las circunstancias propias del litigio en cuestión.

Nota: 1. Los Purrucker alcanzan el dudoso honor de ser la segunda pareja que lleva dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE tras los esposos *De Cavel*. En esta decisión, cuyo planteamiento se vincula a la respuesta dada por el TJUE a la primera cuestión prejudicial relativa al art. 20, el BGH alemán solicita que se interprete si puede existir litispendencia entre el tribunal que asume la competencia a título principal y el que adopta las medidas cautelares *ex art. 20*. A esta cuestión prejudicial se añaden otras dos en las que se pregunta si puede hablarse de litispendencia cuando, en atención a lo resuelto por el TJUE en el asunto *Purrucker I*, una medida provisional adoptada *ex art. 20* no puede ser reconocida conforme a las reglas del RBII bis y si tiene alguna incidencia que el Derecho procesal del Estado donde se solicitan las medidas provisionales configure éstas como medidas previas al planteamiento de la demanda principal.

2. Para delimitar el concepto de litispendencia en el RBII bis el TJUE establece una serie de parámetros inspirados en su jurisprudencia relativa al art. 21 CB/27 RBI (y ello a pesar del consenso acerca de que «el objetivo y el resto de disposiciones de estos textos [RBII y RBI] son demasiado diferentes como para aplicar en el contexto del RBII bis, soluciones que puedan haberse adoptado en el marco del CB o del RBI», cdo. 62): se trata de un concepto autónomo (cdo. 66) que supone identidad de objeto (atendiendo a las pretensiones de los demandantes en cada litigio) y causa (hechos y norma jurídica invocados como fundamento de la demanda, cdo. 68). Dado que la litispendencia implica CJI para decidir sobre el fondo, lo que para el TJUE no sucede en el caso del art. 20, la conclusión alcanzada es obvia: no existe litispendencia entre el tribunal que asume la competencia a título principal y el que adopta las medidas cautelares *ex art. 20*, tal y como había sido defendido por la doctrina (FUCHS, I., y TÖLG, L., «Die einstweiligen Maßnahmen nach der EheVO (EuGVVO II)», *ZfRV*, 2002, pp. 95

y ss, p. 100 y citas ahí recogidas). La solución es razonable ya que, entendido de otro modo, bastaría una rápida adopción de medidas provisionales por un tribunal no competente para el fondo para «apropiarse» del caso manipulando el sistema.

3. Así pues, sólo dos procedimientos en cuanto al fondo sobre el mismo menor podrían activar el art. 19 RBII bis. Pero si el primer procedimiento en el tiempo no se abre a partir de una demanda sobre el fondo sino de una solicitud de medidas previas ¿estamos ante una auténtica litispendencia? El TJUE indica que la adopción de las medidas provisionales puede dar inicio a la litispendencia si de las pretensiones del demandante o de los hechos contenidos en la demanda ante el primer tribunal se desprende que la demanda se interpuso ante un órgano jurisdiccional que, a primera vista podría ser competente para conocer del fondo del asunto (cdo. 78). Pero si la aparente competencia para el fondo no resulta claramente establecida a la hora de adoptar la medida provisional, no se puede considerar que la adopción de tal medida implique la existencia de una demanda sobre el fondo (cdo. 79). Por ello habrá que estudiar si esa situación procesal equivale o no a un procedimiento sobre el fondo, investigación que el TJUE encomienda al segundo juez (cdo. 80). De este modo, siguiendo la invitación del A. G. Jääskinen, se introduce un añadido al art. 19 en el sentido de que, para suspender el procedimiento y esperar a que el primer juez se declare competente, el segundo tribunal tiene que confirmar la competencia del primero respecto del fondo. Si este aspecto no es comprobado —a través de los mecanismos que pone a disposición el RBII bis y en un plazo de tiempo razonable medido en atención al interés del menor—, entonces el segundo tribunal podrá entender que el primer tribunal carece de competencia y seguir con el procedimiento (cdos. 82-83). El TJUE insiste en que esto no implica un control de la CJI sino sólo una comprobación de que se trata de un litigio sobre el fondo.

4. Dos breves consideraciones: en primer lugar, esta decisión sanciona la posibilidad de adoptar medidas *ante causam* en los procedimientos del RBII bis, si bien el TJUE no aclara cuál es la regla que permite asumir la CJI en este supuesto. En el caso de que se tratara del hipotético tribunal competente para conocer del fondo, debería adoptarlas en virtud de la misma regla de CJI que le permita declararse competente para el fondo del litigio. Pero resulta llamativo que en *Purrucker I* se establezca que, si «con arreglo al RBII bis la competencia sobre el fondo del asunto de un órgano jurisdiccional que ha adoptado medidas provisionales no se desprende, sin duda alguna, de los datos de la resolución adoptada o cuando esta resolución judicial no incluya una motivación [...] acerca de la competencia de este órgano jurisdiccional sobre el fondo [...] cabe concluir que dicha resolución judicial no ha sido adoptada conforme a las reglas previstas por dicho Reglamento» (cdo. 76), mientras que para determinar la litispendencia en *Purrucker II* «el hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de medidas provisionales [...] y no se desprenda de ningún elemento de la demanda planteada, o de la resolución adoptada, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha incoado el procedimiento de medidas provisionales es competente en el sentido del RBII bis no excluye necesariamente que exista [...] una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales» (FJ 2).

En segundo lugar, sorprende que el TJUE introduzca la comprobación por el segundo tribunal de la existencia de un litigio sobre el fondo en el primer tribunal. Esta verificación puede entenderse como un mecanismo de cooperación que coadyuva a alcanzar los fines que persigue la litispendencia, *i. e.* eliminar procesos que den lugar a decisiones contradictorias. Pero extraña que el TJUE lo haga recurriendo a un mecanismo (*v. gr.* la investigación por el segundo tribunal de las reglas procesales del primero) que fue origen de críticas en la anterior formulación de la litispendencia

del RBI o del RBII y objeto de reforma mediante la inclusión de una regla uniforme sobre la pendencia de los litigios en el ámbito de la UE. Resulta llamativo que, para facilitar la solución de los casos complejos de litispendencia, se añada al control de la CJI y de la prioridad temporal por el primer tribunal una verificación de la «unidad de procedimiento» por el segundo tribunal. Y ello porque la consecuencia atribuida a este mecanismo (*i. e.* considerar que el primer tribunal carece de competencia sobre el fondo si no confirma lo contrario en un tiempo razonable) no excluye que el primer tribunal prosiga con el primer procedimiento. Si el segundo tribunal hubiera continuado con su procedimiento y recibiera entonces notificación de la CJI del primero ¿qué debería hacer?

Dadas las reglas de CJI del RBII bis, la posibilidad de que se planteen dos litigios sobre el fondo respecto del mismo menor en la UE es mínima (aunque el caso *Purrucker* pruebe lo contrario), pero la hipótesis puede ser habitual en litigios matrimoniales. La decisión del TJUE dificulta establecer si existe litispendencia cuando ambos cónyuges soliciten con carácter previo a la demanda medidas de mantenimiento del *statu quo* o de protección de uno de ellos.

5. *Purrucker II* ayuda a aclarar algunos puntos sobre la interpretación del RBII bis pero lo hace con elementos susceptibles de perturbar el funcionamiento del Reglamento. Si hay que agradecer al tribunal alemán su concienzuda voluntad de entender y aplicar correctamente el RBII bis, también hay que reprochar a los tribunales y partes involucrados en este litigio que, cuatro años después de la separación de los padres, no se haya establecido qué tribunal debe conocer sobre la custodia de los gemelos, ignorando el tan manido interés superior del menor. La falta de adecuación del RBII bis a un supuesto como el del caso (*i. e.* gemelos localizados en dos Estados miembros) no puede justificar de ningún modo esta situación que bien habría podido decidirse con mayor voluntad de cooperación invocando, *v. gr.*, el art. 15 RBII bis.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2010-24-Pr

SUSTRACCIÓN DE MENORES. Reglamento (CE) 2201/2003. Responsabilidad parental. Derecho de custodia. Ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor dictada por órgano jurisdiccional competente. Posibilidad de denegación de la ejecución en Estado requerido: eventual vulneración de los derechos del menor.

Preceptos aplicados: art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2000; arts. 11, 21, 23, 42, 43 y 60 del Reglamento (CE) 2201/2003; art. 10 del Reglamento (CE) 1206/2001.

STJ (Sala 1.^a) de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, Aguirre Zárraga y Simone Pelz. Abogado General, Sr. Y. Bot.

F.: <http://curia.europa.eu>.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

En circunstancias como las del asunto principal, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución

certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen del que emana esta resolución ha vulnerado el artículo 42 del Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, interpretado conforme al artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

Nota: 1. Diez días antes de la publicación de la presente sentencia, el profesor Burkhard Hess adelantaba la importancia de la misma en orden a influir sobre la discusión a propósito de la abolición del procedimiento de exequátur y la implementación generalizada del principio de reconocimiento mutuo en la propuesta de modificación del Reglamento 44/2001 (véase entrada de 12 de diciembre de 2010 en *www.conflict-laws.net*). Dos días más tarde, la Comisión hacía pública su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM(2010) 748 final]. Como era previsible, una de las modificaciones estrella sobre la que se había debatido ampliamente durante la fase anterior fue, precisamente, la supresión del procedimiento de exequátur en el ámbito de aplicación del Reglamento, salvo en los supuestos de difamación y de acciones indemnizatorias colectivas. Esta supresión del exequátur se ve acompañada, eso sí, de garantías adicionales en la fase de ejecución, tendentes a la salvaguarda del derecho del demandado a un juez imparcial y sus derechos de la defensa consagrados en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la Carta), como se adelanta en el punto 3.1.1 de la Exposición de motivos de la Propuesta. El caso resuelto por el TJUE el 22 de diciembre de 2010 en el asunto *Aguirre Pelz* pone a prueba la fortaleza de esta opción en relación con la regulación de la Sección 4.^a del Capítulo III del Reglamento (CE) 2201/2003, en concreto, de su art. 42 que, como es bien sabido, regula la fuerza ejecutiva de la restitución de un menor; consecuencia de una resolución judicial que la ordene con arreglo al art. 11.8 del mismo Reglamento y siempre que hubiere sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el propio art. 42. Y la pone a prueba en un contexto no siempre confortable para el intérprete: el de su valoración a la luz de los derechos consagrados en la Carta: en este caso, los derivados de su art. 24, que hace alusión a los derechos del menor en general y a su derecho a expresar su opinión en los asuntos que le conciernan [es la segunda sentencia en el plazo de tres meses llamada a interpretar el Reglamento 2201/2003 a la luz de la Carta; véase STJUE de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10 PPU, J. McB., y el comentario de RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «Secuestro intracomunitario de menores: ilicitud del desplazamiento y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Comentario a la STUE de 5 de octubre de 2010)», *Diario La Ley*, núm. 7.538, Sección Tribuna, 30 de diciembre de 2010, año XXXI (*La Ley*, 15199/2010)]. De hecho, el órgano remitente (alemán) es plenamente consciente del funcionamiento ordinario del procedimiento previsto, pero augura (realmente pregunta deseando una respuesta positiva) la posibilidad de una excepción (no legalmente prevista) para los supuestos de vulneración grave de los derechos humanos.

2. Un repaso somero de los hechos nos enfrenta a un supuesto más o menos típico de retención ilícita de una menor por parte de su madre, que ostentaba un derecho de visita concedido por un juez español, al finalizar un periodo de vacaciones. La residencia habitual de la niña se encontraba en España y la retención se produjo en Alemania. Como consecuencia de este hecho se sucedieron diversos procedimien-

tos judiciales, tanto en España como en Alemania. En España para resolver de forma definitiva sobre la custodia de la menor y los derechos de visita: el 16 de diciembre de 2009 el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Bilbao atribuyó la custodia exclusiva de la menor al padre. La madre recurrió la resolución ante la Audiencia Provincial. En Alemania se inició un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980: se estimó en primera instancia pero esta decisión se revocó en apelación con base primordial en la opinión de la menor. El segundo procedimiento se inició en virtud de un certificado expedido en España el 5 de febrero de 2010 conforme al citado art. 42 del Reglamento 2201/2003 y en virtud de la referida sentencia de 16 de diciembre de 2009. En primera instancia, el *Amtsgericht* de Celle rechazó la ejecución porque el juzgado de Bilbao no había oído a la menor antes de pronunciarse. Recurrida esta decisión, el *Oberlandesgericht* de Celle somete a consideración del TJ dos posibles obstáculos a la ejecución: por un lado, el hecho de que la menor no fue oída (argumento ya presente en primera instancia), circunstancia especialmente grave, según el órgano judicial de remisión, a la luz del art. 24.1 de la Carta; y, por otro lado, el hecho de que el certificado expedido por el juez español contenía datos «manifiestamente inexacto(s)». Encontrándose los derechos del menor en liza, y poseyendo éstos la fuerza argumental que tienen, el TJ podría haber hecho una interpretación *en interés del menor*, más garantista (la menor ya tenía 10 años) exigiendo la constancia de su opinión efectivamente emitida. Sin embargo su razonamiento fue más formal y pegado al sistema del Reglamento; agrupando las dos cuestiones prejudiciales en torno a su trasfondo (la posibilidad de introducir algún tipo de control para oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución del menor) el TJ responde negativamente. Y lo hace concediendo un peso argumental primordial al sistema instaurado por el Reglamento (3) y un, a mi juicio correcto pero secundario papel a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (4), incidiendo en mayor medida en la dimensión de a quién corresponde su control, como una manifestación del principio de mutua confianza comunitaria (5).

3. El primer acercamiento del TJ a la resolución del caso está pegado al sistema positivo instaurado por el Reglamento y a su finalidad. En los considerandos 42 a 57 se pone de manifiesto que en supuestos como el del asunto principal el sistema se alimenta y es alimentado por tópicos como «la utilización de los procedimientos más expeditivos», la «finalidad de alcanzar una ejecución rápida», la «celeridad de la ejecución» o el «riesgo para la eficacia del sistema» que entrañaría conceder al juez del Estado miembro de ejecución la facultad de un control sobre las condiciones de emisión del certificado previsto por el art. 42 del Reglamento 2201/2003. Mas este tono no está huérfano de un contexto valorativo: el TJ, no de forma inocente, comienza señalando que en el asunto principal nos encontramos ante una «retención ilícita» (cdo. 43) y que el punto de partida del Reglamento es que un desplazamiento o retención ilícitos «menoscaban gravemente los intereses de dicho menor» (cdo. 43). Cabe dudar de la pertinencia de estos alegatos a los efectos de emitir la respuesta final, pero, quizá por ello, nos adelantan el talante del TJ frente al asunto globalmente considerado.

Podemos decir que en estos considerandos el TJ no hace sino reafirmar la eficacia del sistema instaurado, con ausencia de procedimiento intermedio alguno y de control por parte de la autoridad del Estado de ejecución, en orden a la consecución de los objetivos del Reglamento.

4. En el considerando 58 el TJ baja de la descripción del sistema y de cómo ha de interpretarse para que sea eficiente con carácter general hacia el caso concreto. El pórtico de su razonamiento comienza con el claro reparto de competencias que esta-

blece el Reglamento 2201/2003 entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución y con la *premisa* de que ambos respetan las obligaciones derivadas de la Carta. Entrando ya en la concreta objeción sobre el derecho de audiencia de la menor, el TJ hace varias afirmaciones: una de orden estrictamente sustantivo, cuando afirma que el art. 24 de la Carta no se refiere a la audiencia del menor en cuanto tal sino a que el menor tenga la posibilidad de ser oído (cdo. 62; ya destaca este aspecto HESS, B., *loc. cit.*; el Juzgado de Bilbao había citado a la menor para ser oída, aunque ésta no se presentó). Otra, más vinculada a la discrecionalidad del juez a la hora de actuar este derecho: incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución apreciar la oportunidad de la audiencia del menor, cuyo interés superior puede justificar incluso que no se le dé audiencia (cdo. 63).

A esta obviedad, le siguen unas consideraciones interesantes sobre el nivel de implicación del juez en la utilización y puesta a disposición de todos los medios necesarios para practicar la audiencia del menor, una vez que haya decidido que es pertinente su audiencia (cdos. 65 a 68). En la sentencia alemana (accesible en la entrada citada del profesor Hess) el *Oberlandesgericht* de Celle venía a decir que el derecho a ser oído se había vulnerado porque el juez español no había adoptado todas las posibilidades que tenía a su alcance para oír a la menor: video conferencia, la audiencia en el marco de la asistencia judicial mutua, el desplazamiento del juez español a Alemania u otras. Y el TJ parece ir en la misma dirección en los considerandos últimamente citados: necesidad de adoptar «todas las medidas apropiadas [...] ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresarse» con recurso a todos los instrumentos propios de la cooperación transfronteriza, incluyendo, en su caso, el Reglamento 1206/2001. Sin embargo, rápidamente vuelve al principal hilo conductor de su discurso: la competencia para decidir corresponde al órgano judicial del Estado miembro de origen.

5. El TJ concluye su argumentación separándose del aspecto sustantivo vinculado al derecho del menor a ser oído y volviendo a centrarse en el reparto competencial articulado por el Reglamento 2201/2003, echando mano del «principio de la confianza recíproca» (cdo. 70) para concluir que las partes deben acudir al ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen para impugnar la legalidad de una resolución certificada en virtud del art. 42 del Reglamento, incluyendo la posible vulneración del derecho del menor a ser oído. A esta conclusión le suma el hecho, vinculado al supuesto concreto, de que en España aún está pendiente un recurso ante la Audiencia y que siempre cabría un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

6. La Sentencia anotada es simple y contundente en su fundamento. La fuerza argumental de los derechos humanos, del inefable interés del niño y de su más definido derecho a ser oído en relación con los asuntos que le afecten, no fueron tópico bastante para que el TJ admitiese una excepción no contemplada en el mecanismo del art. 42 Reglamento 2201/2003. Es verdad que cuando el Alto Tribunal analiza en concreto el derecho del menor a expresar su opinión en el asunto de autos encuentra el bálsamo de la oportunidad judicial que se dio a la menor de ser oída (más alambicado es el que encuentran las conclusiones del Abogado General Y. Bot); mas no es menos cierto que el nivel de exigencia hacia el Juez, en orden a hacer tal derecho real (y no meramente nominal) utilizando todos los medios a su alcance, es alto. En cualquier caso, todo ello sucumbe ante la constatación de una confianza recíproca de la que deriva un reparto de papeles (y de competencias de control) en el que los temores y las objeciones del órgano judicial de ejecución corresponde juzgarlos al órgano del Estado miembro de origen. Podemos leer entre líneas que incluso si el derecho controvertido no hubiese sido respetado por parte de las autoridades del

Estado miembro de origen, seguiría correspondiendo a éstas la competencia para reponerlo o respetarlo. Si es verdad que este caso estaba llamado a desempeñar un importante papel en el futuro del Derecho procesal civil europeo (HESS, B., *loc. cit.*) solo puede entenderse en el sentido de profundizar en la liberación de obstáculos (aunque vengan de los derechos humanos consagrados en la Carta) a la libre circulación de resoluciones.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2010-25-Pr

REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003.—COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Desplazamiento lícito de un bebé.—Procesos sobre el derecho de custodia.—Concepto de «residencia habitual» de un menor lactante.—Concepto de «institución u organismo» que tiene un derecho de custodia.—Procesos simultáneos sobre la custodia de un menor en Estados miembros distintos.

Preceptos aplicados: arts. 8, 10, 13 y 19 del Reglamento (CE) 2201/2003.

STJ de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU. *Mercredi*. Abogado General P. Cruz Villalón.

F.: <http://curia.europa.eu>.

1) *El concepto de «residencia habitual» a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento (CE) núm. 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) núm. 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso.*

En el supuesto de que la aplicación en el asunto principal de los criterios antes mencionados llevara al órgano jurisdiccional nacional a concluir que no puede identificarse la residencia habitual del menor, la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la «presencia del menor» en virtud del artículo 13 del Reglamento.

2) *Las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes.*

Nota: 1. Los supuestos vinculados al desplazamiento lícito o ilícito de menores dentro de los Estados de la UE parecen estar llamados a tener una muy frecuente presencia en la interpretación del Reglamento (CE) 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) núm. 1347/2000. El mismo día 22 de diciembre de 2010 vieron la luz la interesante Sentencia Aguirre Pelz (REDI 2010-24-Pr) y la que ahora brevemente anotamos. En la presente crónica, también se da cuenta de la STJUE (Sala 2.^a) de 15 de julio de 2010 y STJUE de 9 de noviembre de 2010 (*Purrucker* 1 y 2, anotadas ambas por RODRÍGUEZ PINEAU, E.); la STJUE (Sala 3.^a) de 1 de julio de 2010 (*Doris Povse* anotada por MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.); y la STJUE de 5 de octubre de 2010 (*J. McB y L. E.*, anotada por *Rodríguez-Uría Suárez, I.*), todas ellas con el trasfondo de un traslado o retención ilícitas (o lícitas), sin perjuicio de los diferentes temas suscitados por cada una.

La que ahora nos ocupa da respuesta a tres interesantes cuestiones prejudiciales planteadas también con el trasfondo de un desplazamiento de un bebé lactante por su madre desde el Reino Unido a Francia. En este supuesto, el desplazamiento fue lícito (así se desprende de la interpretación más simple de la normativa y así se acepta sin más por el propio TJ), y las dudas que se proyectan sobre el caso giran en torno a la determinación de la «residencia habitual» de un lactante (2), la eventual consideración de un órgano judicial que conoce de una demanda de custodia como «institución u organismo» que tiene un derecho de custodia (3) y la aplicación de la competencia del art. 10 del Reglamento a los supuestos de traslado ilícito (4). En este último caso, sin embargo, la comprensión de la cuestión por parte del TJ hace que la respuesta ofrecida no se corresponda propiamente con la cuestión planteada.

El asunto principal muestra los siguientes hechos, típicos pero igualmente complejos: una pareja no casada de francesa e inglés residían en Inglaterra; de tal relación nació el 11 de agosto de 2009 una hija, de nacionalidad francesa; el padre no era titular de la responsabilidad parental según la ley inglesa y la madre era la única que ostentaba un «derecho de custodia»; una semana después del nacimiento la pareja (que ya no vivían juntos desde tiempo antes) se separa definitivamente; el 7 de octubre la madre abandona Inglaterra hacia la isla de Reunión (Francia); el 9 o 12 de octubre (véase para más concreción los hechos en la sentencia) el padre inicia un procedimiento en Inglaterra sobre responsabilidad parental y derecho de visita y el mismo 12 de octubre se ordenó el retorno de la hija a Inglaterra; el 28 de octubre la madre presentó una demanda en Francia para obtener la responsabilidad parental exclusiva; el 18 de diciembre el padre presentó una demanda de restitución de su hija a Inglaterra en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; la demanda fue rechazada por considerar no ilícito el traslado y no fue recurrida; el 23 de junio de 2010 el tribunal francés atribuyó la responsabilidad parental de la menor a su madre fijando su residencia en el domicilio de ésta; en el proceso iniciado en Inglaterra, que aún estaba pendiente, se decidió que desde el momento en que se inició el procedimiento el órgano jurisdiccional inglés tenía un derecho de custodia respecto de la hija, lo tenía también el padre por haberlo dictado así el juez y la hija seguía teniendo su residencia habitual en Inglaterra, desde que el juez inglés ordenó el regreso (12 de octubre de 2009). En el recurso de la madre se suscita la duda sobre la residencia habitual de la hija como criterio de determinación de la competencia judicial internacional para decidir en materia de responsabilidad parental, a los efectos de los arts. 8 y 10 del Reglamento y las otras a las que me he referido con anterioridad.

2. El grueso de la sentencia del TJ se dedica a volver sobre el tema de la «residencia habitual». El tema ya había sido abordado en el contexto del Reglamento por la STJUE (Sala 3.^a) de 2 de abril de 2009 (caso *A*), a la que la presente se remite reiteradamente (véase la nota de RODRÍGUEZ PINEAU, E., *REDI*, 2009-6-Pr; PIRRUNG, J., «Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes bei internationalem Wanderleben und Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen in Sorgerechtsachen nach der EuEheVO», *IPRax*, 2011-1, texto al que no he tenido acceso, salvo a su *abstract* en www.conflictoflaws.net, entrada de 12 de enero de 2011). A nadie se le oculta que la noción de residencia habitual en el ámbito de la protección de menores y, especialmente, en el del traslado ilícito de los mismos, tiene un componente funcional profundamente asentado que no se da —o no con la misma fuerza— en los supuestos de recién nacidos o, como en el asunto principal, de lactantes. El TJ es plenamente consciente y lo que hace es partir del citado caso *A*, reiterando que la residencia habitual es el lugar que revela una cierta *integración* del menor en un *entorno social y familiar* y que corresponde al órgano judicial nacional determinarla teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias. Mas entre estas dos afirmaciones los elementos o circunstancias a tener en cuenta pasan a centrarse más en la madre que en el propio menor. La orientación no es descabellada. Más directo en la jurisprudencia estadounidense el caso *Kijowska c. Haines*, (7th Cir. Sept. 8, 2006) interpretó el concepto de residencia habitual del menor en el caso de un recién nacido en Estados Unidos cuya madre se lo llevó inmediatamente a su país de origen (Polonia) identificándola con la residencia habitual de la madre, puesto que los datos hacían prever que ésta no tenía ninguna intención de instalarse en Estados Unidos (el texto completo lo he consultado en <http://openjurist.org/463/f3d/583/kijowska-v-l-haines>; última consulta 21 de noviembre 2010). Sin embargo el tema está adquiriendo cada vez mayor complejidad, como muestran las resoluciones compiladas en la base de datos INCADAT (www.incadat.com) y la propuesta de tratar de buscar una interpretación homogénea del concepto de residencia habitual (siempre considerando su especialidad cuando se trata de su determinación en el contexto de un traslado internacional de menores) que no suscite desajustes con la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores (PIRRUNG, J., *loc. cit.*) es absolutamente razonable (con igual o mayor razón debería promoverse el mismo objetivo en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre secuestro).

El TJ lleva esta vez al fallo la solución de cierre del art. 13 del Reglamento («presencia del menor») para los casos en los que el órgano jurisdiccional no pueda identificar la residencia habitual del menor de conformidad con los elementos ponderados; algo que ya se había adelantado en el considerando 43 del caso *A* (como destacó RODRÍGUEZ PINEAU, E., *REDI*, 2009-6-Pr).

3. La segunda cuestión prejudicial versaba sobre el interés de interpretar el concepto de «institución u otro organismo» que pueda tener un derecho de custodia a los efectos del Reglamento. En concreto, bajo la hipótesis manejada por el juez inglés de que el órgano judicial poseería el derecho de custodia desde el mismo momento en que el padre abría un procedimiento sobre la responsabilidad parental, de interpretar que dicha situación encajaba en lo dispuesto por el art. 10.a) del Reglamento podría influir en la determinación de la competencia de los propios órganos jurisdiccionales ingleses (el concepto también se emplea en el art. 11). La pregunta concreta quiso ser si podría considerarse al juez inglés «institución y organismo que tenga el derecho de custodia». El TJ esquivó una respuesta a una situación no exenta de importancia, si no en el asunto principal, sí en otros que pudieran suscitarse, puesto que podría determinar el mantenimiento o no de la competencia judicial en los casos de sustracción

de menores, interfiriendo, eso sí, en la plenitud y suficiencia el sistema instaurado por el Reglamento (véase JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, 2008, p. 151, especialmente). El TJ liquidó el tema señalando que dado que el traslado en el caso concreto no podía considerarse ilícito, el art. 10 del Reglamento, donde se inserta el concepto cuya interpretación se requería, no era de aplicación y, por lo tanto, no había lugar a responder a la segunda cuestión.

4. En lo tocante a la última cuestión prejudicial existe, como ya adelanté, una cierta distancia entre el contenido de la pregunta y la respuesta, al menos tal cual se deduce del texto de la sentencia. El tribunal inglés pregunta expresamente: *a)* si el art. 10 del Reglamento sigue siendo aplicable cuando el tribunal del Estado requerido ha dictaminado que el traslado fue lícito, y *b)* cómo debe resolverse el conflicto entre una apreciación de traslado no ilícito por parte del tribunal del Estado requerido frente a una contraria (ilicitud del traslado) por parte del tribunal del Estado requirente (siempre en interpretación de los arts. 3 y 5 del Convenio de La Haya de 1980). La cuestión de juzgar sobre la licitud o ilicitud del traslado en sentido estricto es algo que, a mi juicio, sólo correspondería al juez del Estado del traslado (requerido en la terminología de la cuestión prejudicial) dentro del procedimiento de retorno previsto por el Convenio de La Haya de 1980. Ninguna disposición del Reglamento 2201/2003 ni del Convenio de La Haya de 1980 atribuye competencia a ningún otro órgano judicial para decidir cuándo un traslado ha sido lícito o ilícito (de otra opinión véase ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, 2007, p. 139). En tal sentido, al regular el art. 10 del Reglamento un supuesto de hecho de «traslado o retención ilícitos de un menor», siendo lícito el traslado la eventual competencia del tribunal inglés en el caso considerado habrá de ajustarse a la norma general del art. 8 (en otros supuestos en los que fuese pertinente, también el art. 9) y no a la del art. 10 al que se refiere la pregunta del órgano judicial inglés (JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, pp. 179-180 y 219). Esta podría haber sido una respuesta a la primera parte de la tercera cuestión prejudicial.

El TJ no es claro al respecto, aunque implícitamente ratifica esta visión, al responder que la decisión de no restitución de la menor pronunciada por el Tribunal francés no afectaría *al fondo de su custodia*, por lo que si el juez inglés fuese competente «en virtud del art. 8 del Reglamento» (y no de su art. 10, como preguntaba el órgano remitente) la decisión francesa *sobre la licitud del traslado* no afectaría a la resolución *sobre el fondo* que el propio juez inglés pudiese adoptar.

A continuación, el TJ enfrenta los procedimientos sobre *el fondo* de la responsabilidad parental seguidos en Inglaterra y en Francia (no ya el procedimiento francés sobre el retorno de la menor) para echar mano sumariamente del art. 19.2 del Reglamento y responder al Tribunal inglés remitente que si se considera competente en virtud del art. 8 del Reglamento el tribunal francés no podría pronunciarse sobre la responsabilidad parental y los efectos a ella vinculados (dado que el juez inglés estaba conociendo con anterioridad de dicho aspecto).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

2.2. Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

2010-26-Pr

REGLAMENTO 44/2001.—COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contratos celebrados por consumidores.—Presentación del viaje y del hotel en una página web. Concepto de actividad «dirigida».—Criterios. Accesibilidad.

Precepto interpretado: Art. 15, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

STJ (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C 585/08 (Pammer) y C 144/09 (Hotel Alpenhof). Abogada General Sra. V. Trstenjak

F.: <http://curia.europa.eu>.

2) *Con el fin de determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 44/2001, procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprende que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos.*

Los siguientes elementos, cuya lista no es exhaustiva, pueden constituir indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios.

En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor.

Nota: 1. En esta sentencia, el TJUE interpreta, por primera vez, el concepto de «actividades dirigidas» por el profesional al país del domicilio del consumidor, incluida en art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 («Bruselas I», en lo sucesivo) para atender

comercio electrónico. La sentencia era esperada. Por una parte, su interés alcanza tanto a la competencia como al derecho aplicable, al ser retomada la noción en el art. 6.1.b), del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (en lo sucesivo, «Roma I»). Por otra parte, el Consejo y la Comisión, en una Declaración conjunta, adoptada al hilo de la aprobación del Reglamento 44/2001 y cuyos términos repite el considerando 24 del Preámbulo del Reglamento «Roma I», habían espoleado más que calmado las dudas suscitadas al respecto, de manera que las dificultades de interpretación de esta noción han venido siendo destacadas por la doctrina (DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La tutela de los consumidores en el mercado global: Evolución del marco normativo», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-44). Cabe traer a colación, además, que el texto del futuro Reglamento «Bruselas I» [COM (2010) 748/3, de 14 de diciembre de 2010] no ha añadido nada nuevo sobre este extremo, aunque se ocupe de los consumidores al extender la protección a los litigios que impliquen a países que no pertenecen a la UE. La interpretación de la noción de actividades dirigidas por el TJ era esperada.

Sin embargo, el interés de la sentencia que nos ocupa, no reside tanto en la respuesta a la cuestión prejudicial planteada —si basta con que la página web del vendedor sea accesible desde el Estado miembro del consumidor para afirmar que se cumple la exigencia de que el empresario *dirige su actividad* al país del consumidor— sino el que el fallo del TJUE acompañe la respuesta negativa, con una serie de criterios y precisiones sobre la noción ambigua de «actividad dirigida». Cabe extraer de éstas un método y unos índices pertinentes que los tribunales nacionales sopesarán para cada caso concreto.

2. La noción de *actividad dirigida* implica que los tribunales aprecien, caso por caso, la intención del profesional, de atraer al consumidor examinando las peculiaridades de su portal comercial antes de la celebración del contrato. El concepto es próximo a la teoría llamada de la «focalización» (CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, *passim*), que se inspira en la jurisprudencia norteamericana (BATALLA TRILLA, A., *El concepto de actividades dirigidas en el R. 44/2001*, Memoria DEA, Barcelona, UPF, 2002, y DRAETTA, V. U., «Internet et commerce électronique en droit international des affaires», *Rec. Cours, La Haye*, 2005, t. 314, p. 215).

Respecto al elenco de criterios a tener en cuenta, el fallo de la sentencia —reproducido más arriba— aporta varios, sin darles un carácter exhaustivo. Todos ellos manifiestan la intención o voluntad del profesional, antes del contrato, de invitar a contratar al consumidor. La lista no es completa o exhaustiva, y algunos de los criterios tienen en su punto de mira el orientar al órgano jurisdiccional nacional con respecto a los asuntos acumulados, *Pammer* y *Alpenhof*. En éstos los consumidores desistieron de subir al crucero o de quedarse en el hotel, respectivamente, al no cumplirse las expectativas ofertadas en la página web de profesional. En este sentido, el TJ destaca el carácter internacional de la actividad «turística», la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor (aunque el que el TJ considere neutros los dominios «eu» y «com» no estaría al abrigo de toda crítica) y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros con testimonios de dichos clientes.

Se unen a los anteriores, los criterios más controvertidos del empleo de las lenguas y de las divisas, sobre los que el TJ da una solución adaptada. Considera que pueden

ser índices relevantes siempre que no se correspondan con la empleada habitualmente en el Estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el profesional, lo que sucede en los dos asuntos acumulados o *in casu*, al compartir Alemania y Austria la misma lengua y moneda. Es de destacar que, con tal afirmación, el TJ relativiza lo señalado en la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión, que se limitaba a minusvalorar la lengua y la divisa como elementos pertinentes. En definitiva, los elementos relevantes variarán según el caso y, cabe añadir, los cambios tecnológicos (SPENCER, A. B., «Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts», *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 71-126, pp. 97-98).

Asimismo, la STJUE hace una aportación adicional (arts. 77, 78 y 91) al señalar los índices que no son pertinentes. En concreto, la mención en el sitio web de la dirección electrónica o postal del vendedor; la indicación de su número de teléfono sin prefijo internacional (pues si figurara cabría tenerlo en cuenta) o la utilización de una determinada lengua cuando es la lengua del empresario o profesional (lo que sucede en los dos asuntos acumulados). El motivo principal de la exclusión de los datos relativos a la dirección y número de teléfono del vendedor es que entran dentro de los deberes de información que, antes de celebrar el contrato, ha de proporcionar el prestador del servicio al destinatario de conformidad con el art. 5 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (art. 10 LSSI española).

3. El art. 15.1.c), de «Bruselas I» se centra en el portal del profesional y no en la actitud del consumidor. Se centra en la voluntad o intención del profesional, al configurar su portal comercial, de dirigir sus actividades al país del consumidor. De invitar, atraer o captar clientes en dicho país. No se centra el examen en la actitud del consumidor como hacía su predecesor (art. 13.3 del Convenio de Bruselas). Este análisis del portal comercial, y sobre la intencionalidad o la voluntad del prestador del servicio, es lo que permite responder el que la mera accesibilidad de la página web no es una condición suficiente, aunque sea un presupuesto o condición necesaria. No se exigen al profesional los *disclaimers* (limitación del riesgo jurídico por el propio profesional descartando algunos países) y se descarta una interpretación extensiva de la noción de actividades dirigidas. El gobierno luxemburgués invoca, incluso, el art. 20 de la Directiva 2006/123/CE de servicios, que alude al principio de no-discriminación en el mercado interior. Punto éste que el Abogado General descarta invocando que la directiva no incide en las normas de DIPr. (pt. 97 y nota núm. 83). Se extrae de todo ello que el que el profesional acepte contratar con un consumidor que reside en otro país no implica automáticamente el que dirija su actividad hacia dicho Estado. Han de concurrir otros índices con las consiguientes dificultades de prueba por parte del consumidor.

No escapan al lector las cuestiones político-jurídicas que subyacen a la ambigüedad del concepto de actividad dirigida (véase PALACIO VALLELERSUNDI, A., «Le commerce électronique, le juge, le consommateur et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le marché intérieur», *RDUE*, 2001, pp. 5-26, favorable a la ley de origen). Es el fruto de un compromiso por potenciar el e-comercio no desalentando ni al consumidor ni al profesional respecto al «riesgo jurídico» que asumen en un medio accesible, y en el que es difícil trazar la línea entre la contratación interna y la internacional. Tampoco escapan al lector las dificultades vinculadas a la seguridad jurídica. A la concreción del concepto *in casu* —o para una justicia en el resultado— están más habituados los países de *common law* que los continentales. Por todo lo anterior, es de superar las ambigüedades sobre la protección del consumidor, mediante el arreglo de

diferencias y la revisión del acervo comunitario [PE 2009-2014-*Documento de trabajo sobre la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores* COM(2008) 614/3 *Informe Schwab*, p. 2], seguirá siendo una labor pendiente en las instituciones comunitarias.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Eficacia en España de resoluciones extranjeras

2010-27-Pr

EXEQUÁTUR.—LAUDO EXTRANJERO.—Reconocimiento y ejecución en España.—Extralimitación del árbitro al pronunciarse sobre cuestiones no sometidas a arbitraje.—Alcance material de la cláusula arbitral.—Alcance subjetivo de la cláusula arbitral.

Preceptos aplicados: art. 956 LEC 1881; art. V.1.c) Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 21/2010, de 23 de febrero de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010/167315.

Tercero: [...] el laudo arbitral resolvió la controversia surgida en torno al (in) cumplimiento del contrato de 1 de agosto de 2003, sin hacer ninguna referencia a la liberación del depósito del código fuente. Por esta razón, concluimos que el árbitro resolvió sobre una controversia respecto de la que INFOR: PYME SOLUTIONS, S. L., no se había sometido a arbitraje. Consecuentemente, hemos de estimar el motivo de oposición previsto en el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York, revocar el auto apelado y declarar la improcedencia del reconocimiento y la ejecución del laudo.

Nota: 1. La resolución que anotamos resuelve un recurso de apelación contra un auto que acuerda el exequátur de un laudo arbitral extranjero emitido en Chile. Las claves del supuesto, tal y como se desprende de la resolución, son las siguientes: la empresa chilena Schaffner celebró un contrato de prestación de servicios con SiiMCA (entidad encargada de comercializar el producto de software fabricado por la empresa española PYME en Chile) que contenía una cláusula arbitral en virtud de la cual las partes acordaban acudir al arbitraje para resolver cualquier controversia que surgiese en relación con el contrato. En el contrato se incluyó como anexo una declaración unilateral realizada por PYME que recogía su compromiso frente a Shaffner de cumplir con la obligación asumida por SiiMCA, en los términos que ambas contrataron, para el supuesto de incumplimiento de esta última. Además, PYME realizó con posterioridad una declaración unilateral, recogida en un acta notarial, en la que estableció su voluntad de someterse al arbitraje frente a Shaffner para una cuestión muy concreta, las condiciones de liberalización del depósito del código fuente del programa de software objeto de comercialización cuya elaboración le correspondía. Ante la aparición de problemas no especificados Schaffner instó procedimiento arbitral frente a PYME obteniendo un laudo que condenaba a esta última al pago de cierta cantidad

a Shaffner y resolvía el contrato de prestación de servicios entre ambas. El exequátur del laudo fue otorgado por Auto de 8 de marzo de 2008 y recurrido por PYME, en esencia, con base en el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York, por considerar que el árbitro había decidido sobre cuestiones no sometidas a arbitraje. Por su parte, Shaffner se opuso contradiciendo los motivos de fondo y alegando la inadmisibilidad del recurso de apelación de conformidad con el art. 956 LEC 1881.

Dejaremos al margen el tema de la inadmisibilidad del recurso, basado en el evidente anacronismo del antiguo tenor literal del art. 956 LEC 1881, que ya había sido solventado por doctrina y jurisprudencia mediante la aplicación del art. 455 LEC en estos supuestos para posibilitar la apelación y que ha sido definitivamente resuelto por la nueva redacción del precepto otorgada por la Ley 13/2009, de Reforma de la Legislación Procesal para la implementación de la nueva Oficina Judicial; y analizaremos la denegación del exequátur por parte de la Audiencia y la oportunidad de una solución alternativa a la vista de los hechos concretos que concurren en el caso.

2. La Audiencia denegó el exequátur con base en el art. V.1.c) CNY, al considerar que el árbitro había decidido sobre materias no sometidas a arbitraje. La particularidad del supuesto analizado reside en la concurrencia de dos potenciales cláusulas arbitrales: la contenida en el contrato de prestación de servicios, a la que podemos denominar principal, y la recogida en el acta notarial. Esta circunstancia provoca la necesidad de determinar, con carácter previo al análisis de la eventual extralimitación del árbitro, cuál es la que debe ser tomada como referencia para analizar tal circunstancia. En este sentido, la Audiencia Provincial descartó la vinculación de PYME con la cláusula arbitral contenida en el contrato de prestación de servicios y se centró en la manifestación recogida en el acta notarial y, en concreto, en su alcance material. La Audiencia determinó que PYME no se encontraba obligada por la cláusula principal por dos motivos: el primero, expresamente recogido en el auto, que no formó parte del contrato en el que se incluyó el convenio arbitral y, por tanto, no suscribió la cláusula. El segundo, tal y como se infiere de las declaraciones vertidas en la resolución, la no extensión de los efectos de aquella cláusula arbitral a PYME.

Tras descartar la vinculación de PYME con la cláusula arbitral principal, la Audiencia se centró en la declaración unilateral de voluntad recogida en el acta notarial, referida a una cuestión concreta, las condiciones de liberalización del código fuente, y determinó que, de conformidad con la misma, el árbitro se había extralimitado al decidir sobre cuestiones no sometidas al arbitraje de conformidad con el art. V.1.c) CNY, denegando así el exequátur del laudo.

3. Si bien parece evidente que, tomando como referencia la declaración unilateral de PYME recogida en el acta notarial, el árbitro se extralimitó al decidir sobre cuestiones que no fueron sometidas al arbitraje, consideramos que la cuestión de la vinculación de PYME con la cláusula arbitral principal posibilita una solución más matizada o, al menos, exige un análisis más profundo. Así, a pesar de las razones aportadas para no contemplar la extensión de la cláusula arbitral, la posición de PYME, su compromiso económico y su real participación en el contrato entre Shaffner y SiiMCA son factores que pudieron haber sido contemplados para plantearse una posible extensión de la cláusula arbitral y analizar con mayor detalle la trascendencia de la declaración unilateral de PYME (sobre la asunción de específicas obligaciones) incluida como anexo en el contrato. La eventual extensión de la cláusula resulta trascendente ya que la denegación del exequátur, factible de conformidad con la declaración del acta notarial, no parece posible de conformidad con la cláusula principal, referida a la solución de cualquier controversia relacionada con el contrato. En definitiva, el supuesto de

hecho cuenta con elementos suficientes para, al menos, valorar la posible extensión personal de la cláusula arbitral contenida en el contrato principal a este aparente tercero contractual, de conformidad con una práctica arbitral cada vez más abundante (véase VAN DEN BERG, A. J., «New York Convention of 1958: refusals of enforcement», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, núm. 2, 2007, pp. 28 y ss.).

Esta práctica muestra dos grandes acercamientos al tema: valorar la extensión en el marco de un ordenamiento jurídico nacional o hacerlo mediante los principios generales y los usos del comercio internacional (véase AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, De conflicto Legum, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 40 y ss.). El sucinto análisis que realizaremos se ciñe a esta segunda visión, debido a su mayor flexibilidad y a la dificultad que tendría la ubicación del supuesto en un ordenamiento determinado. Ésta es, también, la perspectiva que asume la Audiencia en el auto anotado. El análisis se centrará, además, en el momento en el que el problema se plantea, el exequátur del laudo, y a partir de la normativa que rige la materia, el CNY.

4. El CNY recoge, en su art. II, los requisitos formales con los que ha de contar el acuerdo arbitral: su constancia por escrito y la firma de las partes. La posibilidad de extender la cláusula arbitral a terceros depende de la interpretación más o menos estricta de estos requisitos. En este sentido, ambos han sido objeto de una interpretación cada vez más flexible hasta el punto de que lo relevante para determinar la vinculación de las partes es que exista la voluntad de someterse y que quede constancia de esta en cualquier forma (véase la nueva redacción de la Ley Modelo de la CNUDMI y la Recomendación relativa a la interpretación del art. II y del art. VII CNY, aprobados en la 64.^a sesión plenaria de la Asamblea General de 4 de diciembre de 2006). El factor fundamental en nuestro caso, para determinar si era factible la extensión de la cláusula, reside en si se puede considerar que la asunción de PYME frente a Shaffner de las obligaciones de SiiMCA para el supuesto de incumplimiento, implica, también, la asunción de la posición jurídica de esta última y, por tanto, su voluntad de someterse, o si simplemente asume una específica obligación de hacer. Teniendo en cuenta la casuística en la materia de supuestos análogos, en los que un tercero a la cláusula arbitral asume frente a una de las partes las obligaciones de otra, la práctica se muestra no categórica: de un lado, las soluciones son divergentes ante supuestos similares (véase en este sentido las Sentencias del Tribunal Federal Suizo de 18 de diciembre de 2001, citada en VULLIEMIN, J. M., «La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral versus convenio arbitral?», *Spain Arbitration Review. Revista del Club español de arbitraje*, núm. 5, Sección Artículos, segundo cuatrimestre de 2009, *La Ley* 13536/2009; y de 18 de agosto de 2008, *Revue de l'arbitrage*, núm. 4, 2009, pp. 842-844) y, de otro, se hace necesario atender a la concreta posición de este tercero y a las circunstancias de cada caso concreto para determinar la extensión. En este sentido las claves que en nuestro caso podrían apuntar hacia una posible extensión son las siguientes: en primer lugar, la inserción de la declaración unilateral en el propio contrato en el que se contiene la cláusula; en segundo lugar, la asunción por PYME de las obligaciones asumidas por SiiMCA con carácter subsidiario; y, por último, la asunción de la obligación en los *términos contratados* por SiiMCA. Sin embargo, y a pesar de la concurrencia de estos factores, la excepcionalidad de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral, tendente a garantizar la seguridad jurídica en el comercio internacional, exige cautela en estos supuestos y recomienda la extensión sólo en aquellos casos en los que quede constancia de una voluntad indubitada del tercero a someterse, algo que no ha entendido la Audiencia en el supuesto que nos ocupa.

5. En definitiva, probablemente la solución a la que hubiese llegado la Audiencia Provincial de llevar a cabo un examen más exhaustivo del alcance personal de la cláusula principal hubiese sido idéntica: considerar la no vinculación de PYME con la misma y denegar el exequátur a la luz de la declaración unilateral recogida en el acta notarial. No obstante, el carácter pro ejecución del CNY, unido a la relevancia de la determinación de la voluntad real de las partes en estos supuestos, hubieran recomendado en este caso un análisis más profundo del alcance subjetivo de la cláusula que el que llevó a cabo la Audiencia Provincial, para establecer si resulta conveniente la denegación del exequátur o si, por el contrario, es posible extender los efectos de la cláusula principal y, por tanto, determinar el reconocimiento y ejecución del laudo.

Paula PARADELA AREÁN

2010-28-Pr

DOBLE EJECUCIÓN. Reconocimiento de sentencia de condena dineraria y despacho de ejecución, omitiendo el solicitante su carácter definitivo y la ejecución provisional en Francia.

Preceptos aplicados: arts. 398, 525.2, 583.2 Ley de Enjuiciamiento Civil; arts. 34, 35, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 53 Reglamento (CE) núm. 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Auto de Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), núm. 62/2010, de 26 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Félix Almazán Lafuente.

F.: JUR 2010/195040.

[...] Siendo cierto que el Reglamento CEE 44/2001, traslada el debate fundamental sobre la procedencia de la ejecución al recurso establecido en su artículo 43, es evidente que el Tribunal ante el que se solicita la ejecución, debe llevar a cabo un previo examen de los requisitos del artículo 53, lo que, necesariamente ha de comportar que el solicitante de ejecución aporte todos los datos concurrentes en el proceso cuya ejecución se pide, lo que no ha ocurrido en el presente caso, en el que, consciente o inconscientemente, se ha omitido en el escrito inicial cualquier dato referente a la ejecución provisional, omisión que a nuestro juicio es relevante pues, cuando menos, es una cuestión discutible la procedencia de la ejecución provisional de las sentencias extranjeras, a la vista de lo dispuesto en el artículo 525.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que sienta, como regla general, la inejecución provisional de estas sentencias, salvo que «expresamente» se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España, declaración expresa que no consta en el Reglamento CEE 44/2001, a no ser que se considere como tal la falta de referencia a la firmeza de las resoluciones cuya ejecución se regula, falta de firmeza que, en cualquier caso, conforme establece el artículo 46, puede condicionar definitivamente la ejecución, cuando el recurso contra la resolución ejecutada, puede dar lugar a la suspensión de dicha ejecución.

También es significativa la diferencia, en el presente caso, del alcance y requisitos de la ejecución provisional, según se llevara a cabo en el país de origen o en España, siendo relevante que, a la postre, lo acordado en Francia, ha sido la ejecución provisional parcial de la sentencia, tras prestarse la correspondiente fianza, solución imposible en España, de haberse instado la ejecución únicamente aquí.

Esta situación de doble ejecución, aparte de poner de manifiesto la peculiar situación reseñada, aporta un dato fundamental para desestimar el presente recurso y confirmar la resolución de instancia, pues en todo caso, es inaceptable que, al amparo del Reglamento CEE 44/2001, se inste simultáneamente la doble ejecución provisional de una resolución. La parte ejecutante puede instar la ejecución en el país de origen o aquel otro que el citado Tratado le permita, pero lo que no puede hacer es iniciar un doble proceso de ejecución, duplicidad que una vez constatada, ha de dar lugar al archivo de uno de los procedimientos con la subsiguiente condena, a la ejecutante, en cuanto a las costas causadas en el mismo.

Nota: 1. La revisión del Reglamento CE núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil [COM (2010) 748 final], en adelante RB I, apunta a un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin exequátur, situación que convierte a todas las sentencias de condena, firmes o definitivas, en ejecutables en todo Estado miembro en el que se plantee la correspondiente solicitud y de acuerdo con la *lex fori processus*. La reducción de costes procesales que mueve esta reforma puede traer consigo un efecto colateral, el que plantea el auto que aquí se comenta y en el que los tribunales españoles lidian con una sentencia recurrida en Francia, donde se concede su ejecución provisional bajo caución del solicitante, quien también pide y obtiene su ejecución en España, *ergo* generándose el riesgo de una doble ejecución. En esta decisión se advierte el temor a un doble pago, cuestión que trataremos en último término 3), abordando previamente el *iter* procedimental que lleva al tribunal de apelación a desestimar la declaración de ejecutividad solicitada y, con ello, la ejecución en España con base en argumentos que denuncian la supuesta omisión de información en la solicitud presentada por el recurrente en apelación 2).

2. En este auto llama la atención el que el recurrente es el solicitante de la declaración de ejecutividad de la sentencia francesa, cuya petición es estimada en primera instancia, procediéndose al despacho de ejecución, hasta que el demandado en exequátur señala al juzgado de ejecución que ya había sido planteado recurso en Francia al tiempo de presentar esta solicitud, sin que el solicitante lo hubiera advertido. Ello conduce al juzgado de primera instancia a dictar auto por el que se pone fin a la ejecución ya iniciada, alegando un vicio de nulidad en el título ejecutivo, así como la mala fe procesal del ejecutante, a quien se imponen las costas procesales por haber omitido el carácter definitivo de la decisión extranjera. El ejecutante recurre este auto de acuerdo con el art. 43 RB I, donde se señala expresamente que sólo cabe poner fin al procedimiento allí previsto por alguno de los motivos recogidos en los arts. 34 y 35 RB I. El tribunal de apelación responde que el art. 53 RB I también forma parte del examen y allí no se explicita el que una sentencia definitiva sea título ejecutivo, razón por la que desestima el recurso (art. 525.2 LEC).

Esta motivación es, sin embargo, rechazable, por cuanto el art. 32 RB I deja bien claro que cualquier resolución puede ser objeto de reconocimiento y ejecución, también las definitivas (véase, por todos, KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozeß recht*, 8.ª ed., 2005, Frankfurt am Main, pp. 391-392); en el marco del procedimiento previsto en los arts. 38 y ss. RB I topamos, además, con que no se prevé una intervención del órgano de primera instancia como la reseñada y sí que el tribunal de apelación podrá, «a instancia de la parte contra la que se solicitare la ejecución, suspender el procedimiento si la resolución extranjera hubiese sido objeto de recurso ordinario en el Estado miembro de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado» (art. 46.1 RB I). En estos supuestos y de acuerdo con el RB I, el órgano de primera instancia ha de limitarse a constatar la ejecutividad de la decisión extranjera y a des-

pachar su ejecución, a la espera del recurso previsto y de la posible intervención del tribunal de apelación a la luz del art. 46 RB I, para, en su caso, suspender la ejecución o subordinarla a la prestación de caución. En el ínterin, el RB I entiende que la protección del deudor está garantizada a través del art. 47.3, donde se especifica que entre la declaración de ejecutividad y el recurso ante la Audiencia Provincial «solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiera solicitado la ejecución», o, como más claramente señala la versión inglesa, «no measures of enforcement may be taken other than protective measures against the property of the party against whom enforcement is sought», o la alemana, «darf die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht über Maßnahmen zur Sicherung hinausgehen». Cuáles sean éstas viene determinado por la *lex fori processus*, si bien su adopción deriva directamente del art. 47.3 RB I, de manera que no puede sujetarse a, por ejemplo, una autorización expresa del juez de ejecución o a su petición en un plazo determinado (véase STJCE de 3 de octubre de 1985, asunto 119/84, *Capelloni*, puntos 20, 30, 34), a salvo la impugnación autorizada por el art. 43.5 RB I (véase STJCE de 3 de octubre de 1985, punto 35).

3. Ambos tribunales reaccionan ante el dato de que en Francia no sólo se había planteado recurso, sino que el aquí solicitante de ejecución también lo había hecho allí, donde la ejecución provisional había sido concedida por el importe total de la condena y sujeta a aval bancario (véase FJ 3 AP Madrid, de 26 de marzo de 2010); ello da razón de un riesgo que, de prosperar la revisión del RB I, va a aumentar en el espacio europeo de justicia, el del doble pago. Sin embargo, la territorialidad del proceso de ejecución, que informa, por ejemplo, el art. 22.5 RB I, ampara la posibilidad de dobles ejecuciones, o, más bien, la posibilidad de que un ejecutante intente cobrarse acudiendo a distintas jurisdicciones (véase KROPHOLLER, J., *op. cit.*, pp. 447 y 487). La posibilidad será, obviamente, legítima, siempre y cuando no desemboque en situaciones de enriquecimiento injusto y para las que se prevén excepciones a la ejecución como el pago, esto es, su control ha de proceder de acuerdo con la ley rectora del proceso de ejecución, la *lex fori processus*.

De acuerdo con la LEC, la suspensión o finalización de la ejecución sólo procede por pago o cumplimiento del ejecutado; a ello ha de añadirse el supuesto prescrito en el art. 46.1 RB I (sólo porque lo determine el tribunal de apelación) y que reitera el art. 39.3 de la propuesta de revisión del RB I con una variación importante: será el propio juzgado de ejecución el que decida sobre la citada suspensión. El art. 44 de la propuesta prevé alguna medida más, como transformar las medidas ejecutivas en cautelares, condicionar la ejecución a la prestación de garantías o la suspensión, pero sólo en el caso de que el demandado plantee revisión porque no fue notificado de la demanda, o se ha producido un caso de fuerza mayor, o se sospecha de la parcialidad del tribunal (arts. 45 y 46). El vigente art. 47 RB I, en la propuesta art. 60, sólo pervive para los supuestos en los que es necesaria declaración de ejecutividad, puesto que su lógica está pensada para el plazo de recurso ante el tribunal de apelación que, con la propuesta, desaparece como regla general; en caso de recurso en el Estado de origen, la solución a una doble ejecución (o una sin fundamento) es su suspensión ordenada por el propio juez de ejecución. Y si el doble pago se produce, sólo queda reclamar por enriquecimiento injusto, para lo que se abre jurisdicción en el Estado de ejecución (art. 5.3 RB I), presumiblemente de acuerdo con la ley del mismo [art. 10 Reglamento (CE) núm. 864/2007, 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]. En definitiva, la territorialidad de la ejecución procesal ampara la duplicidad de actuaciones, siempre y cuando no conduzcan a un doble pago, para lo que tanto el vigente RB I como su propuesta de revisión prevén mecanismos de

contención, ciertamente ignorados en el auto aquí comentado en contra de uno de los principios básicos que inspira la normativa europea: facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales.

Laura CARBALLO PIÑEIRO

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4. 1. Filiación: gestación por sustitución

2010-29-Pr

FILIACIÓN POR MATERNIDAD DE SUSTITUCIÓN.—Filiación establecida con arreglo a Derecho extranjero.—Inscripción registral.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

F: BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieren presentado; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; e) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Nota: 1. Un órgano como la DGRN puede asumir decisiones políticas y orientar la interpretación de las normas a un resultado determinado; no en vano es improbable que, en cualquier situación, sólo quepa una respuesta jurídica correcta. Pero, precisamente por ello, toda interpretación debe basarse en el Derecho y sólo en él, para optimizar la certeza jurídica, evitar la arbitrariedad y facilitar la planificación de la conducta (cfr. AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, núm. 8, 1990, pp. 23-38); y no creo que esto haya ocurrido en la fundamentación de las directrices arriba reproducidas. La DGRN pretende favorecer el reconocimiento de determinadas relaciones de filiación creadas conforme a leyes extranjeras a través de la *maternidad* de sustitución (en la *gestación* de sustitución la comitente es la madre genética), pero en el estado actual de las normas (con base en el Derecho y sólo en él) esta finalidad no puede alcanzarse; o al menos no sin generar un escenario de inseguridad jurídica importante. La DGRN limita el reconocimiento a determinados supuestos, en contra de lo previsto en la normativa registral (§ 2) y establece condiciones específicas para el reconocimiento incidental (§ 3), sin tener presente que la inscripción probablemente no supere un control jurisdiccional (§ 4).

2. La DGRN establece dos directrices como caras de la misma moneda: (primera) la inscripción de la filiación derivada de maternidad de sustitución sólo cabe si ha sido establecida a través de decisión judicial y ésta se presenta con la solicitud; de manera que (segunda) no es posible inscribir sobre la base de la certificación registral extranjera o de la declaración con certificación médica *en la que no conste la madre gestante*. En relación con esta última vía, la cursiva trata de llamar la atención sobre una posible motivación, por más que no sea esgrimida por la DGRN: y es que en el RC español no cabe inscripción de parto anónimo. El TS en su Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6944) declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas registrales que, por entonces, permitían que no constara la identidad de la madre biológica. No se inscribirá un nacimiento a partir de la mera declaración de interesado si el parte médico no hace mención de la madre. Obsérvese que, en este caso, la filiación no se habría determinado aún, y que a tal fin resultaría de aplicación la ley española (*ex art.* 9.4 Cc), toda vez que si los menores no fueran nacidos de español, y por tanto, españoles con arreglo al art. 17.1.a) Cc, el nacimiento (que ha tenido lugar en el extranjero) no tendría acceso al RC español. Cuestión distinta es que se inste la inscripción sobre la base de una certificación registral extranjera que acredite que, con arreglo a otro ordenamiento (por decisión de autoridad o *ex lege*), el nacido a través de esta técnica es hijo de españoles. En tal supuesto la cuestión debe ser abordada desde la óptica del reconocimiento (de esa filiación), y no del conflicto de leyes (vide, más extensamente, mi trabajo «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en prensa), lo que debería excluir el control de conformidad con la ley aplicable (véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero: Derecho positivo y propuesta de cambio», en prensa, § 21; acceso al trabajo por gentileza del autor). En este marco, si la filiación se ha declarado por decisión judicial, ésta precisa de reconocimiento previo (art. 83 RRC), como bien indica ahora la DGRN (véase, en relación con su anterior Res. de 18 de febrero de 2009, QUINONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *Indret* 3/2009; *id.*, *REDI*, 2009, pp. 215-217; y mi Nota en *AEDIPr*, t. 9, 2009, pp. 1244-1252). Pero no parece que la exigencia de decisión pueda sustentarse, como afirma la DGRN, en el art. 10 de la Ley 14/2006, cuando, tras haber afirmado que el contrato de maternidad de sustitución es nulo de pleno derecho (apdo. 1.º) y que la madre es necesariamente la gestante (apdo. 2.º), prevé que es posible obtener

el reconocimiento de la filiación *paterna* a través del ejercicio de las correspondientes acciones (apdo. 3) (cfr. DE MIGUEL ASENSIO, P., <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5-de.html>). Resulta casi provocador invocar la norma en esta sede, teniendo presente que es la que impide que se den supuestos legales de maternidad de sustitución en España. La exigencia de decisión quizás podría justificarse *de lege ferenda* en la conveniencia de que una autoridad haya verificado la concurrencia de las condiciones previstas en la ley extranjera, y con ello, el cumplimiento de ciertas garantías; pero con este razonamiento no casa que la DGRN disponga un control de fondo de la resolución judicial (véase *infra* § 3). En todo caso, si la certificación extranjera que acredita el establecimiento de una filiación *ex lege* cumple con lo previsto en la normativa registral (arts. 23 LRC y 81 y 85 RRC), la filiación debería ser inscrita. Cuestión distinta es que sea difícil que se dé tal cumplimiento (véase, con diversos argumentos, los trabajos ya citados —y la posibilidad a que apunta ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, § 14— y la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, *La Ley*, 152885/2010).

3. Para favorecer la inscripción de la filiación creada a través de maternidad de sustitución, la DGRN afirma que es competencia de los encargados del Registro efectuar el correspondiente reconocimiento de la decisión judicial extranjera cuando el procedimiento al que haya puesto fin sea equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria y un convenio internacional no establezca lo contrario, esto es, en la gran mayoría de los casos. La afirmación no cuenta con sustento normativo pero, ciertamente, sigue la práctica habitual (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 196). Pero lo normal también sería que tal reconocimiento fuese material (cfr. *ibid.*, y, en este contexto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, § 16) y no procesal, como dicta la DGRN, estableciendo condiciones cuidadosamente elegidas para eludir ciertos inconvenientes: baste advertir que no menciona el control del orden público sustantivo (*ibid.*, y DE MIGUEL ASENSIO, P., *loc. cit.*). De las condiciones, no presenta particularidades la primera: regularidad y autenticidad del documento. Sin embargo, la segunda prevé un control de la competencia que podría obstaculizar el reconocimiento, ya que «conforme a criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española» se debería comprobar que existe un vínculo suficiente con el Estado de origen *que excluya el fraude*. En tercer lugar, se establece un control de la garantía de los derechos procesales, en particular de la madre gestante, que se tendrá por cumplido, ya que si el procedimiento ha sido «equivalente» a uno de jurisdicción voluntaria española, no habrá habido partes enfrentadas. En cuarto lugar, como antes avancé, se dispone un control de fondo de la resolución, que impone comprobar aspectos que cabe presumir que la autoridad extranjera ya verificó, referentes a la capacidad de la madre y al consentimiento emitido por ésta. Por último, además de la firmeza de la resolución, en relación con el consentimiento, se exige, también como condición propia (aunque común con la adopción extranjera), que sea irrevocable o que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la facultad de revocación por la madre.

4. Finalmente, interesa recordar que las inscripciones podrán ser recurridas ante la jurisdicción ordinaria, y que siempre cabrá impugnar la filiación (*v. gr.*, por la gestante). La situación de inseguridad jurídica es, así, palpable: nada nuevo ha añadido el legislador para que, llegado el caso, un órgano jurisdiccional adopte una decisión diferente a la tomada por el JPI núm. 15 de Valencia, cuando anuló la inscripción acordada por Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 (véanse los trabajos citados *supra*). No cabe duda de que ha llegado el momento de solucionar la problemática por medio de una reforma normativa.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

4.2. Crisis matrimoniales

2010-30-Pr

DIVORCIO INTERNACIONAL.—Aplicabilidad del Derecho español a las demandas de mutuo acuerdo.—Efectos de la petición de divorcio por ambos cónyuges en caso de procedimiento contencioso.

Preceptos aplicados: arts. 81.2, 86, 91 y 107.2 CC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.ª) de 15 de abril de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. José Luis Antón Blanco.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010/254057.

[...] Al margen de que ya el contenido del Derecho marroquí aparece como otros muchos en la página del Consejo del Poder Judicial al que se tiene fácil acceso, la solución de su improbatum no podría conllevar la desestimación por no tener Derecho que aplicar, dejando imprejuizada la pretensión deducida padeciendo la tutela judicial efectiva.

En nuestra Sentencia de 28 de mayo de 2008 dijimos: «La falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico [...]. Y ello, porque como precisa la STS de 17 de julio de 2001 «esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio [...], lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque [...].

Y por ejemplo, la SAP de Gerona en Sentencia de 9 de julio de 2008 razona que si bien este tribunal de apelación que no le incumbe proceder a averiguar de oficio las normas de Derecho extranjero con arreglo a las cuales debería resolverse la controversia suscitada, supliendo la total inactividad de las partes al respecto, esto no ha de desembocar en el resultado que dispensa la decisión de primera instancia de no dar lugar al divorcio por no haberse probado la Ley marroquí que se considera de aplicación, sino que ante tal omisión y falta de acreditación, lo procedente es acudir a la aplicación de las normas pertinentes del ordenamiento jurídico español, al objeto de no dejar imprejuizada la pretensión deducida en la demanda.

TERCERO.—No obstante se ha prescindido de dos datos de relevante interés para la aplicación de la norma de conflicto que reenvía a la legislación aplicable: Primero que antes de la actora y después el demandado están invocadas normas del CC español relativas al divorcio y a sus consecuencias; y en segundo lugar, que ambos de forma coincidente interesan el divorcio.

Pues bien, expresamente dispone el art. 107 del Código Civil, en su apartado 2, [...] que la separación y el divorcio se regirán por la Ley Nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda [...].

En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

«[...] b) Si en la demanda presentada ante el Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro [...]».

En el presente caso, aunque ambos cónyuges lo hayan hecho por separado en su respectiva demanda y contestación, dado que los dos están pretendiendo el divorcio, el caso evidentemente se reconduce al apartado b del precepto, de modo que debe aplicarse el Código Civil español, dando lugar al divorcio de conformidad con los arts. 86, 81.2, 91 y concordantes.

Nota: 1. La decisión comentada trae causa del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por un JPI de Castellón en un procedimiento de divorcio contencioso entre dos nacionales de Marruecos. La sentencia del JPI desestimó el divorcio solicitado por la esposa por falta de prueba del Derecho marroquí, considerando el órgano judicial que éste era el ordenamiento aplicable en tanto que ley nacional común de los cónyuges *ex art.* 107.2 CC. La demandante apeló ante la AP de Castellón, reiterando su *petitum* pero fundamentándolo en el Derecho español por dos motivos: primero, por resultar inaplicable el Derecho marroquí debido a su carácter discriminatorio para la mujer; y segundo, por la conformidad de ambos cónyuges en tal divorcio. La AP estimó el recurso por lo que respecta a este aspecto, y declaró el divorcio en base al CC.

2. Por desgracia, no queda claro cuál fue la postura procesal en segunda instancia del esposo apelado, puesto que la sentencia de la AP afirma por una parte que éste impugnó el recurso de apelación (antecedente de hecho segundo), y por otra que no contestó al mismo (FJ 1). Sea como fuere, no cabe duda de que en ambas instancias el procedimiento fue contencioso, dato que resulta fundamental para valorar correctamente la decisión de la AP.

En efecto, según la AP el Derecho aplicable debe ser el español en virtud del correctivo que la letra b) del segundo párrafo del art. 107.2 CC impone en algunos de los supuestos en los que el primer párrafo de la misma disposición remite a un ordenamiento extranjero —a saber, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España—. Así, la AP justifica la aplicabilidad de dicho correctivo alegando «[p]rimero que antes la actora y después el demandado están invocando normas del CC español relativas al divorcio y a sus consecuencias; y en segundo lugar, que ambos de forma coincidente interesan el divorcio». Concluye la AP que por ende, «aunque ambos cónyuges lo hayan hecho por separado en su respectiva demanda y contestación, dado que los dos están pretendiendo el divorcio, el caso evidentemente se reconduce al apartado b del precepto».

Queda patente, pues, que según el entendimiento del órgano de apelación el art. 107.2 CC, segundo párrafo, letra b), estaría determinando la aplicabilidad del Derecho español en caso de *professio iuris* por ambas partes, o bien cuando ambos cónyuges soliciten el divorcio; y ello, con independencia de la naturaleza contenciosa o acordada del procedimiento, bastando con que coincidan los *petita* de ambas partes en sus respectivos escritos procesales. Pues bien, en absoluto es éste el tenor de la norma, ni puede interpretarse la misma en este sentido. La disposición citada establece que, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, habrá de aplicarse la ley española si «en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro»: esto es, cuando se trate de una demanda presentada de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro. En consecuencia, si el procedimiento es, como en este caso, contencioso, no cabe acogerse a la citada letra b) del segundo párrafo del art. 107.2 CC, por mucho que ambos cónyuges coincidan en solicitar el

divorcio —o, en su caso, la separación—, y/o que lo hagan fundamentando su pretensión en la normativa del CC.

Cabe señalar que la toma en consideración de la autonomía de la voluntad para determinar la aplicabilidad del Derecho español, en sustitución del Derecho de la nacionalidad común de los cónyuges, se hallaba en la base de la reforma del art. 107 CC que se llevó a cabo mediante la LO 11/2003. En efecto, dicha reforma partió de una recomendación del Defensor del Pueblo en el sentido de permitir que, a petición de la parte demandante, la separación o el divorcio pudieran regirse por la ley española cuando ambos cónyuges residiesen en España (véase ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da USC, 2004, pp. 259-260 y 266-267). También la propuesta de redacción del 107.2 CC presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la tramitación de la reforma preveía la elección del Derecho español por ambos cónyuges en demandas de mutuo acuerdo, o por el demandante que hubiera residido en España los seis meses anteriores a la presentación de la demanda [véase ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 270; en general, para una visión crítica de la redacción final de esta letra b), véanse las pp. 269-274].

No obstante, la versión aprobada de la citada disposición excluye estas sugerencias, limitando la posibilidad —y obligación— de sustituir el Derecho de la nacionalidad común de los cónyuges por el Derecho español cuando la demanda se presente de forma conjunta; y no cuando, como en el caso examinado, el procedimiento sea contencioso, por mucho que ambos cónyuges coincidan en pedir el divorcio, y lo hagan en base al Derecho español.

3. De resultas, la única vía que podría haber utilizado la AP para excluir la aplicación del Derecho marroquí y sustituirlo por el español sería la de la letra c) del segundo párrafo del art. 107.2 CC, es decir, el hecho de que la regulación marroquí del divorcio fuese discriminatoria en perjuicio de la mujer, tal como apuntaba la apelante en su recurso. No obstante, ello obligaría a probar tal extremo, puesto que no debería efectuarse un mero juicio abstracto sobre el carácter discriminatorio del Derecho marroquí en lo relativo a la disolución del matrimonio —téngase en cuenta que, como se desprende de los arts. 78 y ss. de la *Mudawwana* o Código de Familia marroquí, dicho ordenamiento permite a la esposa, en determinadas circunstancias, poner fin al vínculo matrimonial—, sino que deberían examinarse las consecuencias de su aplicación al caso concreto. Y para tal prueba, como es obvio, resultaría necesario traer al proceso el Derecho marroquí.

Al respecto, debe señalarse que la inactividad de las partes ante el JPI en lo relativo a la prueba del contenido y alcance de dicho ordenamiento conllevó la desestimación del divorcio. La AP enmendó dicho razonamiento, recordando acertadamente que semejante solución vulnera la tutela judicial efectiva, y declaró que para no dejar imperejuzgada la pretensión debería haberse aplicado subsidiariamente la *lex fori*. Sobre este punto, merece la pena destacar que aunque la jurisprudencia citada por la AP es más bien restrictiva en cuanto al papel que debe adoptar el juzgador ante la inactividad probatoria de las partes por lo que respecta al Derecho extranjero, la propia AP parece querer reconocer al juez un cierto margen de actuación cuando subraya que «el contenido del Derecho marroquí aparece como muchos otros en la página del Consejo del Poder Judicial al que se tiene fácil acceso», abogando de este modo por un papel proactivo que casa mejor, a nuestro entender, con la dicción actual del art. 281.2 LEC. No puede olvidarse tampoco que la aplicación subsidiaria de la *lex fori* ante la

falta de alegación o prueba del Derecho extranjero implica una elección implícita de Derecho que es cuestionable en los ámbitos en los que no opera el principio dispositivo, tal como ha destacado alguna jurisprudencia [Sentencia de la AP de Baleares (Sección 5.^a) de 25 de octubre de 2001, *Westlaw*, JUR 2002/39779, FJ 2; en la doctrina véase GARAU SOBRINO, F. F., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, 2001, núms. 678-679 (marzo-abril, pp. 2343-2366, pp. 2348-2349)].

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

4.3. Compraventa de inmueble

2010-31-Pr

COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE.—Ley aplicable.—Bien inmueble situado en Francia.—Ley española rectora del contrato.—Omisión de los aseguramientos previstos por la ley de situación del bien inmueble.—Resolución del Contrato.

Preceptos aplicados: art. 3 Convenio de Roma de 1980; art. 10.1 Código Civil.

Sentencia núm. 450/2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) de 9 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. D. J. L. Valdivieso Polaino.

F.: JUR 2010/375904.

SEGUNDO.—Es evidente que en nuestro caso se celebró un contrato entre las partes. De acuerdo con el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, aplicable a las obligaciones contractuales, los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. En parecidos términos se expresa el artículo 10.5 del Código Civil.

El contrato a que se refiere el litigio no contiene una elección expresa del derecho aplicable. Pero sí hay una remisión expresa a una norma de nuestro derecho, que es el artículo 1.454 del Código Civil, mencionado y transcrito en el contrato. Hay, por tanto, una invocación concreta del Derecho español y ello conduce a entender aplicable nuestro derecho al aludido contrato.

No obstante ello, tiene razón el Juzgado respecto a la aplicabilidad de normas francesas, puesto que la vivienda objeto del contrato está en Francia. El artículo 10.1 del Código Civil determina que la propiedad sobre bienes inmuebles se regirá por la ley del país donde se encuentren situados. Por tanto, la concurrencia o no de los requisitos precisos para transmitir la propiedad de un bien inmueble debe juzgarse conforme a la legislación del país en el que esté situado.

Lo mismo debe afirmarse del conjunto de normas que atañen a los bienes inmuebles. Así, regirá la normativa del lugar de situación en todo lo referente a los requisitos que debe reunir cualquier inmueble, tanto en lo que se refiere a su construcción como en lo que atañe a los demás momentos de su vida. No nos parece que esto sea discutible.

Dentro de ese ámbito normativo reservado al derecho del lugar de situación deben incluirse las garantías relativas a la corrección del proceso constructivo. Si se construye una vivienda en España, los agentes intervinientes en el proceso deberán soportar la responsabilidad que les impone la legislación española. La responsabilidad de quienes, mediante la construcción, dieron vida al inmueble, forma parte del régimen jurídico de

éste. Por la misma razón, ha de aplicarse el derecho propio del país de situación a los seguros que deban constituirse para garantizar las responsabilidades derivadas de la construcción. Se trata de normas que se integran en el régimen jurídico de los inmuebles. Deben construirse los mismos con la solidez que exijan las normas del país en que estén sitos y esa solidez debe garantizarse conforme exijan esas mismas normas. Se trata, en definitiva, del régimen jurídico de los inmuebles, que tiene mayor o menor extensión dependiendo de los distintos ordenamientos.

No es imaginable, así, que en España se construya un inmueble sin que se constituyan los seguros que exige la Ley de Ordenación de la Edificación, por mucho que quienes contraten su compra y venta sean extranjeros. No accedería la obra nueva al registro de la propiedad ni las inicial o sucesivas transmisiones. Tampoco es admisible que, porque las partes en el contrato de compraventa se sometiesen al Derecho español, no rijan las garantías que, en materia de seguros, establece el Derecho francés para inmuebles situados en Francia. Los inmuebles radicados en Francia deben tener la solidez, física y jurídica, que imponga su legislación.

TERCERO.—[...] Es evidente que en Francia el adquirente puede renunciar a la existencia de los seguros a que hemos hecho referencia, al modo en que puede hacerlo en España, según previene la disposición adicional acabada de citar. Que la existencia de esos seguros es renunciable en el país vecino lo demuestra la circunstancia de que la casa a que se refiere el litigio fue vendida a terceras personas sin que existiesen los seguros, siendo autorizada dicha escritura por el notario, lo que no habría ocurrido de no ser renunciable el derecho a obtener el aseguramiento.

Se trata, por tanto, de un contenido natural del régimen jurídico de los inmuebles construidos en Francia. No es algo imperativo u obligatorio, porque el comprador puede renunciar a la existencia del aseguramiento. Pero es obvio que no puede ser obligado a renunciar, ni el vendedor puede obligarle a que acepte un inmueble que carezca de esa especie de cubierta jurídica que constituyen los seguros. Así pues en el contrato de compraventa que nos ocupa podría haberse pactado la exoneración del aseguramiento, en cuya circunstancia los compradores no habrían podido exigirlo ni ampararse en su inexistencia para resolver el contrato. Pero en el contrato privado de compraventa suscrito entre las partes nada se previó al respecto. Los señores Abel e Inmaculada no estaban obligados, por tanto, a aceptar una casa carente de la protección jurídica a que nos referimos.

La parte vendedora incumplió por tanto el contrato de compraventa al pretender entregar a los demandantes un inmueble carente de los requisitos jurídicos que exige la legislación del lugar donde estaba situado. Y la española, añadimos.

Nota: 1. La Audiencia Provincial declara resuelto un contrato de compraventa regido por la ley española porque el inmueble objeto del contrato y situado en Francia no está asegurado en las condiciones exigidas por la legislación francesa. La Sentencia plantea dos cuestiones interesantes: la consideración de la ley española como *lex contractus* y la incidencia de la ley francesa, a título de ley de situación del bien.

El tribunal parece asumir que, al transcribirse en el contrato el art. 1.445 del Código Civil español, se ha elegido tácitamente la ley española conforme al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley rectora de las obligaciones contractuales, aplicable, según parece, por razones temporales. En este sentido, es discutible que la transcripción de un precepto sea por sí sola suficiente para entender que se ha elegido un ordenamiento de forma cierta (art. 3.1 del Convenio de Roma). A falta de otros datos que avalen la elección tácita de ley, estaríamos ante una mera incorporación

material al contrato de un precepto. Como mucho, dicha incorporación, unida a la existencia de vínculos relevantes con España —residencia y nacionalidad de los contratantes y lugar de celebración del contrato—, sí podría otorgar al Derecho español la consideración del ordenamiento más vinculado al contrato, aplicable en defecto de elección de ley por las partes (véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 139-164, esp. pp. 156-157). Esta acumulación de contactos con España permitiría aplicar la ley española como excepción a la presunción del art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980, relativa a que la ley de situación del bien es la más vinculada.

Que la Audiencia estime la ley española como rectora del contrato no le impide dar por resuelta la relación, debido a que no se ha respetado la legislación francesa, que exige el aseguramiento del bien situado en Francia, salvo que el comprador renuncie expresamente en el contrato (véase FJ III). Comparto la conclusión del tribunal aunque no su argumentación. Las partes debieron tener en cuenta el seguro previsto en del Derecho francés, pero no porque éste forme parte del estatuto real del inmueble, como sostiene el tribunal invocando el art. 10.1 del Código Civil. No están en juego aspectos relativos a la transmisión de la propiedad, a la posesión del bien, al uso y disfrute de la cosa por otros derechos *in rem* oponibles a terceros o al carácter *extra commercium* del bien. Es cierto que la falta de aseguramiento puede incidir indirectamente en la transmisión de la propiedad, básicamente porque afecte a la celebración de contratos de compraventa. Pero esa incidencia indirecta no convierte a las obligaciones de aseguramiento en aspectos reales inherentes a la cosa.

2. Quizá la Audiencia debió explorar otros argumentos para «tener en cuenta» la ley francesa, al ser la ley del Estado donde se ejecuta la «puesta a disposición» del bien (art. 10.2 del Convenio de Roma). Aunque la *lex executionis* se circunscribe a las «modalidades de ejecución» y no puede afectar al cumplimiento mismo del contrato, sometido a la *lex contractus* [art. 10.1.b) del Convenio de Roma], dicha *lex executionis* podría establecer en un sentido más difuso el «modo» de ejecución (cfr. VIRGÓS SORIANO, M., «Obligaciones contractuales», en *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 144-206, esp. pp. 200-201). En este sentido, y reconociendo lo forzado de la interpretación, podría considerarse necesario respetar la idoneidad física y jurídica del bien exigida por la *lex loci executionis*. Ésta, al fijar las «condiciones» de puesta a disposición, mostraría un interés legislativo relevante, pues pretende, como señala la Audiencia, que, salvo pacto en contra, el comprador «[...] no pued(a) ser obligado a renunciar, ni el vendedor pued(a) obligarle a que acepte un inmueble que carezca de esa especie de cubierta jurídica que constituye los seguros» (FJ III). Avararía esta preferencia por la *lex loci executionis* frente a la *lex contractus* la constatación de que las normas de aseguramiento de la ley española rectora del contrato se limitan a inmuebles sitos en España y, por tanto, se desconectan del supuesto.

Circunstancia distinta, y que no concurre según la Audiencia (cfr. FJ III), es que el aseguramiento fuera obligatorio e indisponible por contrato según la ley francesa, en cuyo caso dicha previsión podría considerarse una ley de policía de un tercer Estado, aplicable cualquiera que fuera la ley rectora del contrato (art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980). Sería una ley de policía prevista por el Estado donde se tiene que ejecutar la puesta a disposición del inmueble, mostrando un vínculo estrecho con la relación (DE MIGUEL ASENSIO, P., «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid, Centro de Estu-

dios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882); afectaría, de hecho, a la «legalidad» de la ejecución del contrato, por utilizar el término del Reglamento «Roma I», llamado a sustituir al Convenio de Roma aplicable en el caso.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

4.4. Sucesiones

2010-32-Pr

SUCESIONES. Sucesión testamentaria.—Revocación de testamento mancomunado por testamento posterior.—Ley aplicable.—Irrevocabilidad.—No contradicción con orden público.

Preceptos aplicados: arts. 9.1 y 12.3 CC.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 602/2010, de 8 de octubre de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010/360798.

Ante todo, hay que partir de la norma de Derecho internacional sita en el artículo 9.1 del Código Civil que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige, entre otros extremos, la sucesión por causa de muerte [...]. En consecuencia, al presente caso es aplicable el Derecho alemán, ya que de tal nacionalidad es el causante de la herencia cuyos testamentos se discuten y deben aplicarse al B.G.B [...]. Y no es el supuesto de la especialísima norma que impone la irrevocabilidad, cuando se pretende hacer unilateralmente en el testamento mancomunado. Siendo así que el Derecho español, en el de Aragón, Cataluña y Navarra, admite el testamento mancomunado, cuyo irrevocabilidad en determinados casos —esencialmente la revocación por uno solo de los testadores y va insita en su mismo concepto—, no es posible que forme parte del orden público. Todo el concepto, por más que sea difuso, del mismo impide que la revocación o irrevocabilidad de un concreto testamento se considere de orden público: ni es un principio que inspira y preside nuestro ordenamiento, ni es una pauta para su funcionamiento concreto, ni es una de las condiciones mínimas a la que está subordinada la existencia de nuestro ordenamiento, ni es una condición que opera para la tutela de la integridad del mismo.

Nota: 1. El causante, de nacionalidad alemana, otorgó un testamento mancomunado en Alemania con su cónyuge en el que se instituyeron recíprocamente herederos universales y dispusieron que al fallecimiento del supérstite sería heredero final el hijo del causante; establecieron además una cláusula de revocación mancomunada, de tal forma que al fallecimiento de uno de ellos el testamento devendría irrevocable. Al fallecer la cónyuge, el causante volvió a contraer nupcias con la ahora demandante y otorgó un nuevo testamento en Palma de Mallorca, en el que la instituyó heredera universal y revocó todos los actos y disposiciones de última voluntad anteriores. Fallecido el causante se nombra en Alemania un executor testamentario para hacer valer los derechos sucesorios de la herencia del causante; es entonces cuando la viuda interpone una demanda por la que solicita la declaración de la revocación del testamento otorgado por el causante en Alemania y en cualquier caso su contradicción con el orden público español.

2. Para determinar la ley aplicable a esta sucesión *mortis causa*, el TS aplica el art. 9.1 CC basándose en la letra del mismo, que menciona expresamente la sucesión por causa de muerte. No es la primera vez que nuestros tribunales acuden al art. 9.1 CC para determinar la ley aplicable a una sucesión internacional (véase, a título de ejemplo, SAP de Lugo, núm. 310/1998, de 29 de abril, AC 1998/14708; STS núm. 1148/2004, de 2 de diciembre, RJ 2004/7908; SAP de Alicante, núm. 243/2006, de 6 de junio, JUR 2006/253497); sin embargo, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, pese a que el art. 9.1 CC mencione expresamente la sucesión por causa de muerte, ésta no se incluye en su ámbito de aplicación, al existir otra norma de conflicto específica para las misma, el art. 9.8 CC (véase AMORES CONRADI M. A., «Comentario al art. 9.1 CC», en *Comentarios al CC*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 76-79, esp. p. 77). Bien es cierto que, de haberse aplicado el art. 9.8 CC, el resultado hubiera sido el mismo, al no existir ningún cambio del punto de conexión entre el momento del otorgamiento del testamento mancomunado en cuestión y el fallecimiento del causante. En efecto, el causante era nacional alemán en el momento en que otorgó el testamento mancomunado y falleció ostentando la misma nacionalidad, lo que determina, de conformidad con el art. 9.8 CC, la aplicación de la ley alemana al conjunto de su sucesión, sin entrar en juego la previsión específica de este artículo para el caso de conflicto móvil.

El hecho de que en el presente caso todas las conexiones relevantes para el art. 9.8 CC (esto es, la nacionalidad del causante tanto en el momento del otorgamiento del testamento mancomunado, como en el momento del fallecimiento), se sitúen en Alemania habría impedido que, en el caso de haberse tenido en cuenta, se pusieran de manifiesto los problemas que podrían plantearse a la luz de la aplicación del competente art. 9.8 CC. En un testamento mancomunado con disposiciones recíprocas hay dos disponentes y dos sucesiones afectadas, dato a tener en cuenta a la hora de determinar la ley aplicable a su validez. Sin embargo, el art. 9.8 CC trata a los testamentos mancomunados, al igual que a los pactos sucesorios, como si fueran negocios jurídicos unilaterales, centrándose en la figura del causante (véase, sobre los pactos sucesorios, FONT SEGURA, A., «La ley aplicable a los pactos sucesorios», *InDret*, mayo 2009, esp. p. 18). Este tratamiento implica que el art. 9.8 CC no da solución alguna a la determinación de la validez del testamento mancomunado cuando los otorgantes no ostentan la misma nacionalidad (pensemos en la hipótesis de que la cónyuge otorgante hubiera sido nacional francesa, en vez de alemana). A falta de una solución expresa en la ley, la doctrina aboga por una solución cumulativa, esto es, cada una de las leyes sucesorias de los disponentes deben reconocer la validez del testamento mancomunado (véase ZABALO ESCUDERO, M. E., «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *RGD*, 1989, núms. 541-542, pp. 6351-6370, esp. p. 6364). Afortunadamente, el caso de autos no motiva este tipo de cuestiones.

3. Determinada la aplicación del Derecho alemán, el TS se remite al BGB y hace referencia al § 2271, que regula la revocación del testamento mancomunado, poniendo especial énfasis en la vinculación al mismo de los cónyuges que otorgan disposiciones recíprocas. En efecto, según lo dispuesto en el BGB, el causante tenía dos opciones en el momento en que su cónyuge falleció: renunciar a lo que se le había otorgado en el testamento mancomunado y recuperar la libertad de disposición *mortis causa* o aceptar la herencia de su cónyuge como heredero universal y mantener la vinculación al testamento mancomunado con la consiguiente pérdida (o limitación) de la libertad de disposición *mortis causa*. Puesto que en este caso el causante había aceptado expresamente la herencia de su cónyuge premuerto, su libertad de disposición *mortis*

causa quedaba limitada al no poder contradecir lo dispuesto en el testamento mancomunado, de tal forma que éste no pudo ser legítimamente revocado por el testamento posterior que otorgó en Palma de Mallorca.

4. Visto el contenido del Derecho alemán aplicable en lo que atañe a la real libertad del causante para disponer de su sucesión, al TS le restaba por analizar la alegada infracción del art. 12.3 CC en relación con los arts. 737 y 739 CC; según la demandante, la revocabilidad de un testamento es un principio de orden público, de tal forma que impediría la aplicación de la norma alemana que prevé la irrevocabilidad del testamento mancomunado. El TS da una serie de razones para argumentar que los testamentos mancomunados y su eventual irrevocabilidad no son contrarios al orden público. A nuestro juicio, de entre todos los argumentos consignados es decisivo aquel en el que el TS hace referencia a la admisión de testamentos mancomunados en determinados ordenamientos españoles; sin embargo, llama la atención el poco rigor con el que el TS señala los concretos derechos civiles autonómicos que admiten este tipo de testamentos, tanto por los mencionados, como por los obviados. En concreto, el Alto Tribunal menciona, por un lado, a Cataluña entre los ordenamientos que recogen el testamento mancomunado, cuando ocurre todo lo contrario; mientras que, por otro lado, se olvida de otros ordenamientos que sí lo admiten, como el Derecho civil de Galicia y los Fueros de Vizcaya y Guipúzcoa.

5. En la sentencia existe también una interesante cuestión relacionada con la legitimación pasiva que, pese a pasar desapercibida por la mínima atención que le presta el TS, es interesante que nos detengamos brevemente en ella. La demanda fue dirigida contra los nietos del causante como beneficiarios del testamento mancomunado, que se personaron y alegaron su falta de legitimación pasiva por estar la herencia sometida a ejecución testamentaria. El ejecutor testamentario, por su parte, se personó en calidad de demandado conforme al art. 13 LEC. Nada dice el TS sobre este modo de proceder que, por otro lado, nos parece ser el correcto. Como bien es sabido, los problemas que se refieren a la legitimación se rigen por la *lex causae*, constituyendo una de las excepciones a la regla *lex fori regit processum* (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Navarra, Civitas, 2009, pp. 258 y ss.). Esta excepción nos lleva en el caso al BGB, donde de acuerdo con el § 1984.1, en los casos en los que se haya nombrado un ejecutor testamentario, las pretensiones que se realicen contra la herencia se tendrán que dirigir únicamente contra éste y no contra los herederos (VON SAVIGNY, M., «Gerichtliche Auseinandersetzung über erbrechtliche Fragen», en HAUSMANN, R., y HOCHLOCH, G., *Handbuch des Erbrechts*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, § 30). La prescripción alemana se cumple, pues, en los procesos desarrollados en España.

6. Al margen de la solución dada por el TS, este tipo de supuestos resulta ideal para contrastarlo con lo que puede ser la futura normativa en ciernes. A la vista de la futura publicación de un Reglamento europeo en materia de sucesiones, creemos interesante hacer aquí una muy breve referencia a cómo se resolvería este mismo caso a la luz de la Propuesta europea de sucesiones y testamentos [COM (2009) 154 final] y a las diferencias que se darían respecto de la solución del CC. Dejando de lado el juego de la *professio iuris* que permite la Propuesta (pues no consta que en el caso el causante hubiera hecho elección de ley alguna) la ley aplicable vendría dada por la solución objetiva, lo que nos conduce directamente a tomar en consideración la residencia habitual del causante. Esto implica que en el ámbito de la Propuesta el caso dejaría de ser un caso alemán visto por los tribunales españoles (realmente así fue visto y resuelto por el TS), al haber un elemento, esta vez relevante, fuera del territorio alemán: la residencia habitual del causante en España en el momento de su fallecimiento. La ley

sucesoria pasaría a ser la ley española en virtud del art. 16, pues de los hechos puede deducirse que el causante se trasladó a España donde se casó de nuevo y pasó los últimos años de su vida. Sin embargo, lo que más nos interesa es la determinación de la validez y, por tanto, eficacia del testamento mancomunado. Para ello hay que acudir al art. 18 que si bien en el supuesto de hecho sólo se refiere a los pactos sucesorios, hay que entender que también se incluyen los testamentos mancomunados [la inclusión de dichos testamentos en el ámbito de aplicación de la Propuesta no deja lugar a duda, dado que se recoge un concepto de los mismos en el art. 2.d) de la Propuesta; las similares características de este tipo de testamentos y de los pactos sucesorios, así como el proceder del Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, nos lleva a entender que las disposiciones específicas de pactos sucesorios son también aplicables a los testamentos mancomunados y que la falta de referencia de los mismos en el art. 18 de la Propuesta fue un olvido del legislador]. Según el art. 18 la validez del testamento mancomunado se determinaría por la ley de la residencia habitual de cualquiera de los disponentes en el momento del otorgamiento, en el caso la alemana, lo que conllevaría su validez. De acuerdo con el art. 19, apartado k) de la Propuesta, dicha ley regirá además la validez, interpretación, modificación y revocación del testamento mancomunado, lo que nos llevaría al § 2271.2 BGB. De este artículo se deriva la irrevocabilidad del testamento mancomunado y, por tanto, la ineficacia del testamento posterior otorgado en España. Sin embargo, debemos tener en cuenta un matiz, cual es la cláusula de salvaguarda de los derechos legítimos de terceros ajenos al testamento mancomunado, que deberán respetarse de acuerdo con lo dispuesto por la ley sucesoria, que sería la española. Esta cláusula de salvaguarda, recogida en el apartado 4.º del art. 18 de la Propuesta, permitiría a la viuda del causante, y demandante en el caso, exigir los derechos que la ley sucesoria, la española, le reconozca. Esta posibilidad daría lugar a otro problema de aplicación de la ley llamada, tratándose España de un Estado plurilegislativo, pues habría que determinar qué concreto Derecho material de entre los españoles es el aplicable. Para solucionarlo, bastaría con acudir al art. 28.1 de la Propuesta que prevé una solución directa a la remisión a los sistemas plurilegislativos, lo que determinaría la aplicación de la Compilación de Derecho civil de Baleares, dado que el causante tuvo su última residencia habitual en Palma de Mallorca.

7. En definitiva, la sentencia anotada resulta de gran interés, no tanto por lo que dice, sino por el trasfondo de su supuesto de hecho, que, por otro lado, se repetirá con cierta habitualidad, dado el gran número de extranjeros que vienen a pasar sus últimos años de vida a territorio español. En efecto, al margen del evidente error en la aplicación del art. 9.1 CC a la determinación de la ley aplicable a una sucesión internacional y de la previsible solución en lo referente al orden público, el supuesto de hecho esconde una serie de problemas que se verán potenciados con la publicación del futuro Reglamento europeo en materia de sucesiones y la conexión objetiva de la residencia habitual.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ *

* La presente nota se enmarca en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia sobre (Ref. Incite09 202 150 PR); Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder [(Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)].

5. COMERCIO INTERNACIONAL

5.1. Propiedad intelectual

2010-33-Pr

PROPIEDAD INTELECTUAL.—*Droit de suite*.—Determinación de los causahabientes del autor.—Ley aplicable.—Ámbitos de aplicación de la *lex loci protectionis* y de la ley rectora de la sucesión.

Preceptos aplicados: art. 6.1 de la Directiva 2001/84/CE; art. L.123-7 del *Code de la propriété intellectuelle* francés.

STJUE (Sala 3.^a) de 15 de abril de 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí*. Ponente. J. Malenovský. Abogado General: Sra. E. Sharpston.

F.: <http://curia.eu.int>.

[...] el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los legatarios testamentarios. No obstante, a los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación.

Nota: 1. En septiembre de 1982, Dalí otorga un testamento instituyendo como heredero universal al Estado español. Sus derechos son administrados por la Fundación Gala-Salvador Dalí, que confirió a la VEGAP un mandato exclusivo, para todo el mundo, de gestión colectiva de los derechos de autor sobre la obra del pintor. Esta entidad está, a su vez, vinculada con ADAGP, su homóloga en Francia, que administra esos derechos en el territorio francés. Desde 1997, la citada entidad francesa ha venido abonando a VEGAP los derechos de explotación derivados de la obra de Dalí excepto el derecho de participación (*droit de suite*), que ha sido entregado a los herederos legales de Dalí (parientes colaterales del pintor) en cumplimiento del art. L.123-7 del *Code de la propriété intellectuelle* francés, que reserva el derecho de participación a los herederos legales, con exclusión de legatarios o causahabientes. Tal situación provocó que la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP demandaran a ADAGP ante el *Tribunal de Grande Instance* de París, quien acabó planteando al TJUE la compatibilidad de la citada norma francesa con la Directiva 2001/84. A partir de ahí, queda abierto el interrogante sobre si realmente el Derecho francés es el aplicable en este caso para determinar el régimen sucesorio de los derechos de participación (sobre esta cuestión puede verse un desarrollo más extenso en mi trabajo «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra?, *Noticias de la Unión Europea*, en prensa).

2. El régimen sucesorio de los derechos de participación enfrenta, en el asunto Dalí, a dos modelos: el español que, pese a ciertas propuestas anteriores, no establece ninguna especialidad respecto al régimen sucesorio general para la transmisión *mortis causa* de los derechos de participación (lo que, en principio, validaría la institución del Estado como heredero) y el francés, que permite la transmisión del *droit de suite* sólo a los herederos legales, sin reconocer eficacia a las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Tal y como ha declarado el TJUE, la Directiva 2001/84/CE no incide sobre el modo de transmisión *mortis causa* del derecho. El principio de subsidiariedad impone una actuación europea limitada a la consecución de su objetivo: el establecimiento de unas condiciones de competencia no falseada entre los Estados miembros que evite la deslocalización de las operaciones de reventa de las obras plásticas. Pues bien, este objetivo se logra con el reconocimiento y protección del *droit de suite* en todos los Estados, siendo irrelevante el concreto régimen sucesorio del mismo. La cuestión debe ser, por tanto, resuelta por el Derecho nacional aplicable.

A la ley francesa se llegaría en aplicación de la norma de conflicto rectora de los derechos de propiedad intelectual: la ley del Estado para cuyo ámbito se reclama la protección (*lex loci protectionis*), identificada en este caso por ser el Estado para el que se reclama la remuneración correspondiente por la reventa efectuada en el mismo [véase otra posición en relación con el Derecho aplicable al *droit de suite* en ERAUW, J., «Conflict of Laws with Folgerecht (“Droit de suite”) on the Sale of Works of Art in and out of Europe - alter the EC Directiva No. 2001/84», en BOELE-WOELKI, K., et al. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, pp. 779 y ss.].

A la ley española se llegaría, desde la perspectiva del Derecho internacional privado francés, aplicando la norma de conflicto sucesoria, en cuanto último domicilio del causante en España. Considerando que la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, no establece ninguna regla específica sobre la transmisión sucesoria de este derecho, será el régimen general aplicable en materia de sucesiones el que determine la validez de la disposición testamentaria y, por consiguiente, el carácter de causahabiente del Estado. Dado el carácter plurilegislativo de nuestro Estado, conforme a los datos de los que se dispone, todo apunta a que sería la legislación foral catalana la que, en última instancia, determinaría la validez de fondo de tal testamento.

3. Conforme a los respectivos ámbitos de aplicación de la *lex loci protectionis* y de la ley sucesoria, el punto de intersección entre ambas se produciría en relación con la cuestión de la transmisibilidad del derecho. El problema que pone de manifiesto el asunto Dalí es el que se deriva de la aplicación de la *lex loci protectionis* no sólo a la decisión sobre la transmisibilidad *mortis causa* del derecho sino también al «modo concreto» admitido de transmisión (sucesión testada o intestada, posibilidad de legados o no) y «quiénes» pueden ser causahabientes (sólo descendientes o cónyuge, o familiares hasta cierto grado, etc.). Tal solución, aunque ha encontrado algún apoyo doctrinal (véase KATZENBERGER, P., «Internationalrechtliche Probleme der Durchsetzung des Folgerechts ausländischer Urheber von Werken der bildenden Künste», *IPRax.*, 1983, pp. 158 y ss., p. 160), no encuentra acomodo en el ámbito de aplicación generalmente asumido por la *lex loci protectionis*. Resulta difícil entender equiparable la cuestión de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al hecho de si puede transmitirse (o no) por testamento: el primer aspecto entraría claramente dentro del ámbito de la *lex protectionis* por cuanto está estrechamente vinculado con la duración del derecho y a su existencia *post mortem* del autor (nada puede transmitirse si ya no

se tiene el derecho); sin embargo, el segundo no, porque en el pronunciamiento sobre si puede ir o no por testamento se incardina dentro del conjunto de la ordenación sucesoria del causante que compone las normas de conflicto aplicables al ámbito sucesorio (protección de determinados herederos, limitación a la voluntad testamentaria del causante, etc.).

El sometimiento del modo concreto de transmisión *mortis causa* del derecho de participación a la *lex loci protectionis* tampoco se concilia con una concepción unitaria de la sucesión, que aún haciendo alguna concesión a los regímenes «escisionistas», ha sido la opción por la que se ha decantado la Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones [Documento COM(2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009], sin que se alcance a ver la razón de excepcionarlo con la regulación específica sobre el derecho de participación. En efecto, aunque el art. 22 de la citada Propuesta permite el sometimiento de la sucesión a regímenes particulares por razones de protección a la familia o finalidad social, dentro de la concepción unitaria de la sucesión que mantiene el Reglamento, tal excepción merece una interpretación restrictiva en la que tendrían difícil cabida las especialidades del *droit de suite*. Ni su configuración territorial como derecho de autor ni su «especial» fundamentación justificarían una excepción a la aplicación de la ley sucesoria. Tradicionalmente se ha venido justificando el *droit de suite*, sobre todo en la regulación francesa, auténtica artífice de este derecho de autor, como institución protectora del autor y de su familia, que perdería su razón de ser si pudiera transmitirse a cualquier tercero (véase CASAS VALLÉS, R., «Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos (art. 24 LPI)», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 155 y ss., esp. pp. 157 y ss.). Aparte de los problemas teóricos y prácticos que tal concepción planteaba, esta especial fundamentación del *droit de suite* ha ido perdiendo fuerza. Por una parte, porque la idea de protección a la familia es una opción dependiente del régimen sucesorio general, a través de institutos como las legítimas. Por otra parte, porque la fundamentación actual del *droit de suite* se basa en su naturaleza como verdadero derecho de propiedad intelectual de carácter patrimonial que persigue una compensación económica al autor (y a sus causahabientes) en el ámbito de las artes plásticas de manera análoga a la remuneración percibida para otras obras (véase RICKETSON, S., y GINSBURG, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights (The Berne Convention and Beyond)*, vol. 1, Oxford/New York, Oxford University Press, 2005, pp. 671 y ss., apdos. 11.55 a 11.58). Por ello, tampoco la «singular» naturaleza del derecho de participación justificaría la excepción al funcionamiento de las reglas sucesorias generales.

4. El aspecto más relevante de la Sentencia del TJUE en el asunto *Dalí* es lo que silencia, advirtiendo expresamente que lo silencia: la cuestión de la ley aplicable para determinar los derechohabientes de Dalí en relación con los derechos de participación que se generen por las reventas de sus obras. El problema se plantea en Francia, cuya legislación es exponente de un régimen específico sucesorio para el *droit de suite* cuya aplicación al caso debe, sin embargo, cuestionarse. Tanto el acercamiento desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual como la aproximación desde la óptica del Derecho sucesorio impiden excepcionar éste por una particularidad del derecho que pretende transmitirse cuyo fundamento es, en la actualidad, más que cuestionable. Por tanto, debe ser el Derecho español, a título de ley rectora de la sucesión, el que determine la validez del testamento otorgado por el artista. No obstante, cabe ser escéptico con el hecho que el juez francés, quien finalmente va a decidir sobre el litigio, vaya a obviar el particularismo del *Code de la propriété intellectuelle* francés, pero será ésta una solución errónea que ni se confirma con la voluntad del artista en

su testamento ni con la tendencia asumida en la Unión Europea hacia una concepción unitaria de la sucesión.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

5.2. Competencia desleal

2010-34-Pr

COMPETENCIA DESLEAL.—Ley aplicable.—Carácter imperativo del art. 4 LCD.—Unilateralidad y alegación y prueba del Derecho extranjero.—Aplicación substitutiva del Derecho español.

Preceptos aplicados: art. 4 LCD; art. 281 LEC; art. 12.6 CC.

STS Sala de lo Civil (Sección 1.ª) núm. 603/2010, de 18 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010/366640.

PRIMERO.—El objeto de debate queda reducido en casación al de la reconvención, planteándose como cuestión más importante la aplicación de oficio de la norma de conflicto del art. 4.º de la LCD, que establece como ámbito territorial de la normativa especial que los actos de competencia desleal produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español. Se discute también sobre el incumplimiento de una transacción, cuya estimación se halla subordinada a que se aprecie la existencia de una deslealtad, la que se rechaza por la inaplicabilidad de la ley española y por falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero.

[...]

Recurso extraordinario por infracción procesal de Grupo Promer Mon Graphic, S. A. [...] SEGUNDO: En el motivo único del recurso, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, se denuncia vulneración de la obligación de congruencia de las sentencias recogido en el art. 218 LEC, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, productora de indefensión.

El motivo se fundamenta en que se produce una alteración de la «causa petendi» porque no existe conformidad entre los pronunciamientos de la sentencia recurrida y las pretensiones de las partes formuladas en el proceso. Las partes están de acuerdo en que si bien los hechos se produjeron en Argentina, las deslealtades producen los efectos en España, y se insiste reiterativamente en que ninguna de las partes ha discutido que los efectos de los actos que se imputan se producen en España.

El motivo debe desestimarse.

La resolución recurrida sienta de modo incuestionable que todas las actuaciones discutidas como posibles deslealtades concurrenciales han tenido lugar y «producen sus efectos en el mercado argentino» —«están orientados al mercado argentino [...] y las pretensiones de las partes operan en un contexto bien definido: el mercado argentino»—, no habiéndose producido efectos en el mercado español; y añade que el orden concurrencial protegido por la Ley de Competencia Desleal, según el art. 4.º, es el del mercado nacional, y ampara los intereses de quienes participan en este mercado.

La decisión adoptada por la Sentencia recurrida es plenamente conforme al ordenamiento jurídico porque:

a) *El art. 4.º de la LCD establece, bajo la rúbrica de «Ámbito territorial», que «la presente Ley será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español». Se trata de una norma de conflicto de carácter especial, unilateral y territorial, que atiende, en armonía con su finalidad de ordenación del mercado, a la proyección —resultado o eficacia— de los actos, y no al lugar de la realización de la práctica desleal.*

b) *El art. 281 LEC (que ni siquiera fue citado en el recurso) efectivamente dispone en su apartado tercero que «están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes» (hechos admitidos, o como decía el art. 566 de la LEC de 1881 «confesados llanamente en los escritos de alegaciones por la parte a quien perjudiquen»), pero explícitamente deja a «salvo los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»; y,*

c) *La materia de que se trata no es dispositiva, y por consiguiente no es aceptable que las partes puedan vincular al Tribunal respecto de que ha habido unos efectos sustanciales en el mercado español sin base alguna para ello, por lo que la falta del presupuesto normativo del precepto es apreciable de oficio (art. 12.6 CC).*

Por otro lado, habiéndose ejercitado también en la reconvenición la acción de incumplimiento negocial con referencia a una transacción celebrada en España, el hecho de que no se estime la pretensión reconvenicional no radica en la aplicación de la norma de conflicto antes referida, sino en que al no existir infracción de deslealtad, que es el antecedente, el pacto se mantendría incólume, que es el lógico consecuente.

Finalmente, en cuanto a la denuncia de la infracción del art. 24 CE su rechazo responde, en la perspectiva formal, a no haberse utilizado el cauce procesal adecuado (el del ordinal 4.º del art. 469.1) y desde la óptica de fondo, en que no puede haber infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ni producirse infracción, cuando la decisión judicial se fundamenta en una normativa imperativa (arts. 4.º LCD; 12.6 CC; y 281.3, «in fine» LEC). [...]

Recurso de casación de Grupo Promer Mon Graphic, S. A.

CUARTO.—En virtud de lo acordado en el Auto de esta Sala de 17 de febrero de 2009 han resultado inadmitidos los motivos referentes a las infracciones de los artículos 218 LEC y 4 LCD. Admitido el recurso de casación «en relación a las restantes infracciones», el contenido se resume en la denuncia de la infracción de los arts. 10.5, 1.902, 1.091, 1.093, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código Civil.

El motivo se desestima por falta de técnica casacional, dado que se acumulan preceptos heterogéneos, como son los relativos a las responsabilidades extracontractual (arts. 1.902 y 1.093) y contractual (arts. 1.091, 1.101, 1.256 y 1.258) y se invocan preceptos genéricos, sin perspectiva de aplicación específica o concreta (arts. 1.093, 1.101, 1.256 y 1.258), lo que está vedado en casación.

Por otro lado, y en aras de agotar la respuesta judicial, además de que la sentencia recurrida explícitamente declara la falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho argentino, y debe tenerse en cuenta que cuando ello sucede en relación con la demanda o reconvenición acarrea su desestimación por cuanto se trata de un hecho constitutivo, de modo que la aplicación subsidiaria del Derecho español es sólo para cuando la alegación y falta de prueba del Derecho extranjero se produce en relación con el demandado, en cualquier caso, en el supuesto que se enjuicia, que es exclusivamente el de la reconvenición, el objeto del debate se centra en dos acciones, la relativa a la aplicabilidad de

la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero, que, como se ha razonado, viene excluida por el art. 4.º de la propia Ley, sin que quepa sustituirla por la normativa de la responsabilidad extracontractual, que supone una causa petendi, y por lo tanto un objeto procesal, diferente, y la acción relativa al incumplimiento de la transacción, la cual afecta a la esfera contractual, pero carece de soporte fáctico porque, al hallarse subordinado su hipotético incumplimiento a la existencia de una deslealtad, la no estimación de ésta por la resolución implica que el pacto resulte incólume.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Nota: 1. Los antecedentes de la sentencia tienen origen en la demanda presentada por Promoidea, S. L., en la que se suplica se declare la comisión de un acto de denigración por parte de Grupo Promer Mon Graphic, S. A., y se reclama una indemnización como consecuencia de la condena por los daños y perjuicios causados así como de los daños morales provocados. La demanda generó a su vez una demanda reconvenicional por parte de Grupo Promer Mon Graphic, S. A., en la que se suplica se declare el incumplimiento de los compromisos y obligaciones frente a esta parte, la comisión de actos de competencia desleal y se condene a la demandada reconvenicional al cese de los actos de competencia desleal debidos a una determinada acción promocional que redundaba en unas ventas supuestamente ilícitas y al pago de una indemnización. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda interpuesta por Promoidea, S. L., y estimó la demanda reconvenicional planteada por Grupo Promer Mon Graphic, S. A., supuestamente en aplicación de la LCD española. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a ambas partes de las pretensiones ejercitadas, por considerar inaplicable la legislación española al supuesto litigioso y no quedar probado el Derecho del país extranjero en cuyo lugar tenían efectos los actos de competencia desleal, y ello aunque, según consta en el recurso interpuesto ante el TS contra esta resolución, ambas partes estaban de acuerdo en que los efectos se producían en España y era la legislación de este país la que procedía aplicar. Por ello, Grupo Promer Mon Graphic, S. A., recurre la sentencia de la AP de Barcelona ante el TS interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal, desestimado, y recurso de casación, inadmitido.

La sentencia del Tribunal Supremo confirma pues la sentencia de apelación de la AP de Barcelona que desestimaba la demanda por falta de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero. La resolución supone una excepción notable a la tradicional jurisprudencia del TS en la materia, pero existen elementos que justifican esta modificación puntual del criterio dominante. En efecto, la alteración se debe al carácter imperativo y unilateral de la norma de conflicto aplicable al supuesto litigioso. Se trata del art. 4 LCD, actualmente derogado por la Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios debido a la toma en consideración por parte del legislador español del efecto directo que tuvo la entrada en aplicación del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Estos rasgos —que desarrollaremos a continuación, en el numeral 2— determinan necesariamente un alejamiento del criterio habitualmente seguido por el TS conforme al cual se ampara la aplicación de la *lex fori* ante la falta de acreditación del Derecho extranjero. No obstante, puede apreciarse en el pronunciamiento del TS una precisión que quizá comporte una modificación en el razonamiento que usualmente acompaña las decisiones adoptadas hasta ahora en este punto. La falta de un aparato argumental más desarrollado impide por ahora una mayor concreción, pero en el numeral 3

de esta nota se intentará interpretar la enigmática frase «la aplicación subsidiaria del Derecho español es sólo para cuando la alegación y falta de prueba del Derecho extranjero se produce en relación con el demandado».

2. En contadas ocasiones fue aplicado el art. 4 LCD, y menos aún en conjunción con los arts. 12.6 CC y 281.3 *in fine* LEC, todos ellos caracterizados por su naturaleza imperativa. En efecto, el art. 4 LCD ha sido aplicado escasamente en la jurisprudencia española. No obstante, cabe poner de relieve que, en general, se trata de un precepto que ha sido correctamente aplicado. La simplicidad de la norma y su carácter unilateral bien pueden haber contribuido a este resultado. En efecto, estableciendo la aplicación del propio ordenamiento jurídico se evitan las dificultades y costes que podría conllevar la aplicación del derecho extranjero, pero además el fundamento de esta regulación unilateral es garantizar la aplicación al supuesto del Derecho español en defensa de unos determinados intereses o valores. La aplicación de un Derecho extranjero respecto de actos que tienen sus efectos en el mercado español supondría una distorsión en la ordenación de la competencia. La finalidad de la norma, por su carácter ordo-político, por su protección de la lealtad de la competencia en el mercado y por su protección de los consumidores y usuarios explica, su unilateralidad (véase VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993). Así, los tribunales españoles descartan la aplicación de la LCD española por no haber quedado afectado el mercado español (este es el caso de la SAP Valencia de 30 de abril de 2002 «luego no puede declararse un acto de competencia desleal cuando el efecto no se produce en España sino en Guatemala», FJ 7; SJ Mercantil Málaga de 25 de noviembre de 2005, FJ 8, desestimando la demanda porque «el efecto del asesoramiento y servicios de la hoy demandada, si ella fuera la contratante, no se produciría en España sino en Reino Unido, por lo que quedaría fuera del citado art. 4 de la LCD», aunque lo propio hubiera sido que antes de apreciar la deslealtad de los actos, el tribunal hubiera determinado si la LCD era o no de aplicación conforme al art. 4, en lugar de analizarlo en el último de los fundamentos jurídicos y así lo puso de relieve el TS en Sentencia de 14 de marzo de 2007 cuando declara que el art. 4 LCD «como norma de Derecho internacional privado, entra en juego en los casos que presenten elementos internacionales, a los efectos de determinar si la legislación española es aplicable al caso y no de concluir si la conducta es desleal o no») o bien aplican la legislación española pese a que el acto pudiera tener efectos también en el extranjero (SAP Valencia de 22 de abril de 2005, FJ 4, citando a la SAP Alicante de 26 de abril de 2002 —la licitud de los actos «se hace depender, de conformidad con el precitado art. 4, con independencia de la expansión o proyección territorial de la práctica restrictiva en sí, del resultado o efectos que pueda tener en el mercado nacional»—, igualmente, citando ambas sentencias, SAP Valencia de 27 de septiembre de 2006, FJ 2). En cualquier caso, por otra parte, vale la pena apuntar que los tribunales españoles comprenden que el art. 4 LCD es una norma que delimita el ámbito de aplicación territorial de la LCD y que no regula, en cambio, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles (este es el caso de la SAP Madrid de 17 de marzo de 2005, FJ 2, véase nota FONT I SEGURA, A., *AEDIPr*, 2005, pp. 677-680; claramente también la SAP Barcelona de 18 de enero de 2006; no obstante, confunde la función y el sector regulado por el art. 4 LCD, la SAP Madrid de 3 de septiembre de 2003 —«el art. 4 no es el que regula la legitimación activa, sino que es el que determina el ámbito de la aplicación de la ley española en esta materia [...], en definitiva el *forum delicti commissi*, permite que los tribunales españoles puedan llegar a conocer, aplicando la ley nacional, de actos realizados en el extranjero que incidan directamente en el mercado español»—).

Pero volvamos a las características que definen al art. 4 LCD. Como pone de relieve el TS en la sentencia objeto de esta nota —y a mi conocimiento, profundizando más de lo que había hecho hasta ahora la jurisprudencia española—, el art. 4 LCD es una norma de conflicto de carácter especial, en el sentido de que se desgaja de la norma de conflicto para determinar la ley aplicable al ilícito civil para regular el denominado ilícito concurrencial, sujeto a unas características estructurales y principales propias y autónomas que condicionan la formulación de la norma de conflicto. En este sentido, el precepto viene formulado unilateralmente en consonancia con la función y objetivos atribuidos a la LCD como referencia normativa para la disciplina del mercado español conforme a los principios que la presiden. La configuración distintiva del ilícito concurrencial y la finalidad imperativa para preservar una competencia leal en el mercado español determina una delimitación del ámbito de aplicación en el espacio fijada de acuerdo con el principio de los efectos. Así, la LCD será de aplicación en la medida en que el mercado español sea afectado por actos de competencia desleal. Su imperatividad asegura que los particulares no eludan la aplicación de la ley española a sus relaciones privadas. En la medida en que sea otro el mercado afectado, la LCD no tiene vocación de ser aplicada, puesto que su cometido se limita a establecer una disciplina en el propio mercado, de ahí también su territorialidad. Por consiguiente, será la ley del mercado afectado la que deberá establecer las condiciones de su aplicación. La cuestión que se plantea entonces es bajo qué parámetros se establece la aplicación de un Derecho extranjero cuando el mercado español no ha resultado afectado. Ante este dilema cobra fuerza esa aplicación e interpretación conjunta los arts. 4 LCD, 12.6 CC y 281.3 *in fine* LEC a la que hace referencia el TS y que merece ser analizada.

3. En los casos en que las partes han omitido la alegación y prueba del derecho extranjero y han fundamentado sus pretensiones jurídicas en base exclusivamente al Derecho español, el problema de la falta de acreditación del Derecho extranjero propiamente no se plantea, o mejor dicho se obvia a partir de la consideración procesal del Derecho extranjero como simple hecho que no ha sido introducido en el procedimiento. En reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo ha manifestado que en estos casos, e incluso aún habiendo sido alegado el Derecho extranjero por las partes, si éstas no procuran ninguna actividad probatoria para su acreditación, corresponde resolver el asunto de acuerdo con el Derecho español.

Ahora bien, la solución tradicionalmente adoptada por el TS ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, consistente en la aplicación substitutiva del Derecho español, casa mal con una norma unilateral, e imperativa, como el art. 4 LCD. La aplicación de la LCD, en calidad de Derecho español, sería contradictoria con este precepto cuando no se han producido efectos sustanciales en el mercado español. Ello es así puesto que no entra en la política legislativa de la LCD su aplicación al caso. Si respetamos de manera escrupulosa el art. 4 LCD, la ley española no debería ser aplicada, puesto que no existe ningún tipo de interés susceptible de ser protegido por la misma (véase FONT I SEGURA, A., *La protección internacional del secreto empresarial*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 244). De ahí, la auto-contención que deriva del carácter unilateral e imperativo del art. 4 LCD. Así, con mayor fuerza, se puede mantener en este caso que la omisión por las partes de la alegación y prueba del Derecho extranjero y la fundamentación de sus pretensiones jurídicas en base exclusivamente al Derecho español, conduce a la desestimación de la demanda ya que permite garantizar el carácter imperativo no tanto de la norma de conflicto cuanto de la propia LCD, y evitar que sea la voluntad de las partes la que distorsione la correcta aplicación de una norma ordo-política a un supuesto extranjero que no queda cubierto por ella. La solución de la AP, confirmada por el TS, es la de desestimar la demanda por falta de alegación y

prueba del Derecho extranjero. El motivo es que los actos de competencia desleal habían tenido sus efectos en el mercado argentino, no en el español, y por consiguiente no procede la aplicación de la LCD española ya que no tiene vocación de ser aplicada. El TS pone de relieve también que no procede la doctrina de los hechos admitidos ya que procede aplicar el art. 281.3 *in fine* LEC al tratarse de una cuestión que queda fuera del ámbito de disposición de las partes, punto confirmado por el art. 12.6 CC (aplicación imperativa de las normas de conflicto) y por el propio art. 4 LCD, calificado de imperativo. En otras palabras, «el círculo de Derechos con los que debe operar el tribunal debe venir delimitado por el actor en la demanda» (véase VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 130 y 144) y el Tribunal español no puede aplicar el Derecho español cuando constata, aunque sea de oficio, que el resultado de los actos no se produce sobre el mercado español. Todo ello no supone incongruencia alguna ni vulneración del art. 24 CE. Debe señalarse que tampoco se ha ido más allá, aplicación de oficio del Derecho argentino

La profunda y arraigada convicción del TS respecto al Derecho extranjero, concebido como un mero hecho que debe ser probado, explican probablemente la frase a la que me referí, «la aplicación subsidiaria del Derecho español es sólo para cuando la alegación y falta de prueba del derecho extranjero se produce en relación con el demandado». Esto es, la falta de acreditación del Derecho extranjero por la parte demandante o reconvenicional conlleva la desestimación de la misma, se supone que ante la acreditación del Derecho extranjero por la parte demandada. Por el contrario, si tanto el demandante como el demandado no acreditan el contenido del Derecho extranjero, aunque éste se haya alegado, comporta una resolución dictada en aplicación del Derecho español como solución substitutiva. La carga de la prueba recae pues en las partes dado que se trata de un mero hecho. Ahora bien, la cuestión relevante es que ello no conduce a la tesis conforme a la cual procede la desestimación de la demanda respecto de cualquier supuesto litigioso (solución sostenida por CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2010, pp. 346 y ss.), sino que en este caso, por el carácter imperativo de la LCD que viene refrendado en su art. 4, no procede la aplicación de la ley española. Esta es, a mi juicio, la clave de la decisión. La referencia del TS al art. 12.6 CC no obedece al carácter imperativo de la norma de conflicto, que es lo que propiamente proclama el precepto, sino a que, reproduciendo al TS, *la falta del presupuesto normativo del precepto es apreciable de oficio*, es decir, que el Tribunal resolverá conforme a las normas aplicables al caso y en virtud de las aportaciones de los hechos, pruebas y pretensiones de las partes, conforme a los arts. 216 y 218 LEC, aunque no hasta el extremo de concluir que el juez tenga plena iniciativa para aplicar el Derecho extranjero que corresponda (tal y como propugna ARENAS GARCÍA, R., «Nota a la SAP Madrid 21-2-2000 y a la SAP Barcelona 6-4-2000», *AEDIPr*, 2002, pp. 867-873) puesto que no deja de ser un hecho que debe ser probado por las partes, de acuerdo con la conocida jurisprudencia del TS.

Albert FONT I SEGURA