

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 DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—1.1. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones.—1.2. Ley aplicable.—2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Protección de menores.—4.2. Filiación natural.—4.3. Adopción internacional.—4.4. Obligaciones contractuales.—4.5. Sucesiones.

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2011-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2011. Colaboran en la presente crónica, Vésela Andreeva Andreeva, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Gilles Cuniberti (cuya nota ha sido traducida por Marta Requejo Isidro), Eva Lein, Ángel Espiniella Menéndez, Cristina González Beilfuss, Javier Maseda Rodríguez, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Crístian Oró Martínez, e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Barcelona, *Université de Luxembourg*, Complutense de Madrid, Oviedo, Santiago de Compostela y del *British Institute for International and Comparative Law* (Londres). Sin perjuicio de que otras contribuciones se puedan enmarcar en otras ayudas o proyectos específicos, las contribuciones de Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Javier Maseda Rodríguez e Isabel Rodríguez-Uría Suárez, han disfrutado de una Ayuda de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

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

1.1. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones

2012-1-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001.—Compra-venta de mercancías.—Tribunal del lugar de ejecución de la obligación contractual que sirviere de base a la demanda.—Lugar de entrega de las mercancías.—Contrato que contiene la cláusula «Entrega: franco fábrica».

Preceptos aplicados: art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a), de 9 de junio de 2011, asunto C-87/10. Ponente: E. Juhász.

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

El art. 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato.

A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms («international commercial terms») elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000.

Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa.

Nota: 1. El objeto de análisis e interpretación en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a), de 9 de junio de 2011 (asunto C-87/10), es, de nuevo, el controvertido art. 5.1.b) del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La decisión del TJUE tiene su origen en la cuestión prejudicial interpuesta por el *Tribunale ordinario* de Vicenza en el marco de un litigio entre *Electrosteel Europe, S. A.*, con domicilio social en Arles (Francia) y *Edil Centro SpA*, con domicilio social en Piovene Rocchette (Italia). Ambas empresas celebraron un contrato de compraventa de mercancías y, tras una disputa, la vendedora, *Edil Centro SpA*, presentó una demanda contra la compradora, *Electrosteel Europe, S. A.*, exigiendo la cantidad de 36.588,26 euros en concepto de pago de las mercancías adquiridas. La compradora interpuso una declinatoria alegando que su domicilio social está en Francia y por tanto, son competentes para conocer del litio los tribunales de este Estado. La parte vendedora, sin embargo, argumenta la competencia judicial de los tribunales italianos a la

cláusula «*Resa: franco nostra sede*» («Entrega: franco nuestro domicilio») referente al lugar de entrega de las mercancías, que corresponde a uno de los términos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, llamados «Incoterms», en concreto, el término «*Ex works*».

2. A causa de las diferentes interpretaciones del art. 5.1.b) RBI por los tribunales italianos y con el fin de aplicar correctamente dicho precepto, el *Tribunale ordinario* de Vicenza suspende el procedimiento y presenta una cuestión prejudicial al TJUE preguntando si el art. 5.1.b) RBI se ha de interpretar «que establece que el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, será el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías, en el sentido de que el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente, es el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato, o bien aquel en el que el vendedor cumple la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto, o cabe una interpretación distinta de la citada norma».

3. El TJUE analiza el litigio planteado y responde a la cuestión prejudicial haciendo referencia a la Sentencia de 25 de febrero de 2010, *Car Trim* (C-381/08). Las circunstancias de este caso son muy parecidas al litigio entre *Electrosteel Europe*, S. A., y *Edil Centro SpA*, lo que ha permitido al Tribunal fundamentar su decisión en la del asunto *Car Trim*. Declara el TJUE que en caso de contratos de compraventa por correspondencia, el art. 5.1.b), primer guión RBI se ha de interpretar en el sentido de que el lugar en el que, según el contrato, se deben entregar las mercancías habrá de determinarse por las disposiciones del contrato. Es decir, el lugar de entrega de las mercancías para los efectos del art. 5.1.b), primer guión RBI, es el lugar indicado en el contrato. Si las partes no han determinado de manera clara e inequívoca tal lugar, entonces, estima el Tribunal, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías.

4. Ahora bien, tal interpretación del art. 5.1.b), primer guión RBI, suscita una nueva pregunta de cómo se ha de interpretar la expresión «según el contrato» cuando de la redacción de las cláusulas contractuales no se desprende cuál es dicho lugar. Para responder a la pregunta, el Tribunal de Luxemburgo analiza la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad es un principio básico que rige las relaciones entre las partes en el comercio internacional. Por tanto, si las partes han elegido el lugar de entrega de las mercancías, este se ha de tomar en consideración a la hora de determinar el tribunal competente para conocer de la controversia, de acuerdo con el art. 5.1.b) RBI. En el presente caso, sin embargo, de la redacción de las cláusulas del contrato, no se establece con claridad dicho lugar. Lo que han hecho las partes es determinar el lugar de entrega a través de uno de los términos de los Incoterms, concretamente, «*Ex works*». Dicha norma establece que las mercancías se consideran entregadas en el domicilio de la vendedora que es *Piovene Rocchette* (Italia).

5. Los Incoterms de la Cámara Internacional de Comercio de París son ampliamente utilizados en el comercio internacional. Su aplicación en el comercio internacional es el punto de inflexión sobre el que el TJUE argumenta su decisión. En relación con la determinación de la competencia judicial, las prácticas en el comercio internacional se toman en consideración de manera expresa en el art. 23 RBI. De acuerdo con la letra c), la cláusula de sumisión es válida cuando en un contrato internacional que se ha hecho en una forma que se ajuste a los usos que las partes conocen o deberían conocer y que, en dicho comercio son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector

comercial considerado. En el sector de la compraventa internacional de mercancías el empleo de los Incoterms es una práctica habitual que las partes conocen bien. De hecho, el uso de tales prácticas entre los comerciantes ha llevado a la Cámara de Comercio Internacional a recopilarlas y codificarlas, de modo que hoy en día se han convertido en normas de *soft law*.

6. Tal interpretación es propia del art. 23 RBI. No obstante, el TJUE emplea las mismas consideraciones para justificar la aplicación del art. 5.1.b) en relación con el Incoterm «*Ex Works*». Es decir, para determinar el lugar en el que se han de entregar las mercancías y, consecuentemente, el tribunal competente, en primer lugar, se ha de comprobar si las partes lo han previsto en el contrato. En el caso concreto, Electros-teel Europe, S. A., y Edil Centro SpA lo han hecho a través del Incoterm «*Ex Works*». Dicho término significa que el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando pone las mercancías, en su establecimiento, a disposición del comprador. Es decir, debe suministrar la mercancía junto con toda la documentación correspondiente, en el lugar designado y en la fecha estipulada. Hasta que la mercancía no se ha entregado, el vendedor ha de soportar todos los gastos, incluidos los riesgos de pérdida y daño. El comprador, por su parte, ha de cargar la mercancía en el medio de transporte elegido por él mismo y correr con todos los gastos y riesgos desde el momento de la entrega material de las mercancías en el domicilio del vendedor.

7. La cuestión es si tal determinación se puede considerar válida en relación con el art. 5.1.b) RBI. En este contexto, el Tribunal de Luxemburgo hace una interpretación restrictiva siguiendo la opinión de la Comisión Europea que estima que para determinar el lugar de entrega de las mercancías son necesarios requisitos estrictos que han de «precisar con claridad la forma, la fecha y el lugar de entrega de las mercancías adquiridas». Consecuentemente, estima el TJUE, en el apartado 23 de la sentencia, que es imprescindible examinar si en el caso concreto los Incoterms fijan únicamente las condiciones de reparto del riesgo y los gastos o también designan el lugar de entrega de las mercancías. De acuerdo con las disposiciones del contrato, «dicha cláusula comprende no sólo las disposiciones de los puntos A5 y B5, titulados “*Transfer of risks*”, relativos a la transmisión del riesgo, y los puntos A6 y B6, titulados “*Division of costs*”, que tratan el reparto de los gastos, sino también, de manera diferente, lo dispuesto en los puntos A4 y B4, titulados respectivamente “*Delivery*” y “*Taking delivery*”, que se remiten al mismo lugar y permiten, por tanto, designar el lugar de entrega de las mercancías». De modo que, según el TJ, la cláusula del Incoterm «*Ex Works*» es vinculante para las partes, tanto en relación con la transferencia del riesgo y el reparto de los gastos, como con el lugar de entrega de las mercancías. En el supuesto concreto, el tribunal competente para conocer de la controversia, de acuerdo con el art. 5.1.b) RBI, sería el *Tribunale ordinario* de Vicenza, por ser el Tribunal del Estado miembro en el que se han de entregar las mercancías, de acuerdo con las disposiciones del contrato.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA
Universidad Autónoma de Barcelona

2012-2-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamento 44/2001.—Solicitud de ejecución: título declarativo de ejecutividad y ejecución material.—Carácter ejecutorio de la resolución.—Motivos de denegación en fase de recurso: tasados.

Preceptos aplicados: art. 45 R.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2011, asunto C-139/10, *Prism Investments BV c. Jaap Anne van der Meer*. Ponente: C. Toader.

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

El art. 45 R. [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal que debe pronunciarse sobre el recurso previsto en los arts. 43 o 44 de dicho R., deniegue o revoque el otorgamiento de la ejecución de una resolución por un motivo distinto de los mencionados en los arts. 34 y 35 del antedicho R., como la ejecución de la referida resolución en el Estado miembro de origen.

Nota: 1. Por Sentencia de 5 de diciembre de 2006, la *Cour d'appel de Bruxelles* condenó a la sociedad holandesa Prism Investments BV, a pagar una determinada cantidad a Arilco Holland BV, filial holandesa de Arilco Opportune. En 2007, Arilco fue declarada en quiebra, nombrándose síndico al Sr. van der Meer, el cual solicitó ante el *Rechtbank's Hertogenbosch* holandés y ex art. 38 R., el otorgamiento de la ejecución de la sentencia condenatoria de pago, que fue estimada. Prism recurrió esta resolución ex art. 43 R., solicitando la revocación de la declaración de ejecutividad: a su juicio, ya había cumplido por vía de compensación de créditos la obligación que tal sentencia le había impuesto. En 2008, el *Rechtbank* desestimó el recurso de Prism, alegando que, según el art. 45 R., el otorgamiento de la ejecución sólo puede revocarse por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35 R.: a su entender, la excepción de cumplimiento no está comprendida entre los motivos allí relacionados, por lo que no debe considerarse dentro del procedimiento de recurso contra la declaración de ejecutividad, sino en una fase posterior de ejecución efectiva. Prism recurrió en casación, alegando que conceder la ejecución vulneraba el orden público del art. 45 R., en relación con el art. 34.1 R., ya que la condena en cuestión había agotado sus efectos debido a su cumplimiento en Bélgica y que el cumplimiento en los Países Bajos no podía ser conforme a Derecho. Ante la duda, el *Hoge Raad* holandés planteó al TJUE una cuestión prejudicial en relación con el alcance del art. 45 R., en concreto, si un motivo basado en la ejecución en el Estado miembro de origen de la resolución judicial puede utilizarse no sólo en un litigio sobre la ejecución de dicha resolución, sino también en el procedimiento de otorgamiento de la ejecución.

2. Considerar un motivo de denegación de exequátur en fase de recurso ajeno a los relacionados en los arts. 34 y 35 R., en el caso, excepción material de cumplimiento de la pretensión por compensación de créditos, casa mal con un R. que, basado en la confianza recíproca en la justicia y en orden a facilitar que una resolución dictada en un Estado miembro distinto del requerido produzca aquí los mismos efectos que un título nacional de carácter ejecutivo, propone un sistema de reconocimiento y ejecución basado en los principios de eficacia, celeridad y uniformidad (FD 42; otros ordenamientos, como sucede con el alemán, sí admiten expresamente oponerse a la ejecución ya en sede de exequátur).

En efecto, coherente con lo expuesto, no extraña la exhaustividad de los motivos de recurso que pueden invocarse, limitados sólo a los relacionados en los arts. 34 y 35 R. (FD 33). No sólo porque el art. 45 R. se pronuncie en este sentido (el Tribunal «sólo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los arts. 34 y 35 R.»; también, considerando 18 R.), sino, fundamentalmente, porque operar de otro modo tiene difícil ajuste, como adelantábamos, con los

referidos principios de simplicidad, eficacia y celeridad que fundamentan el procedimiento de otorgamiento de la ejecución del R. (FD 27; considerandos 16 y 17 R.; apdo. 23, STJUE de 14 de diciembre de 2006, *ASML*). Si el art. 45 R., fiel a este espíritu, exige un pronunciamiento del juez de exequátur resolviendo un eventual recurso *en breve plazo*, considerar en esta fase una excepción material ajena a los arts. 34 y 35 R., retrasaría sin duda el proceso. Más todavía, como sucede en este caso, cuando la excepción de cumplimiento de la pretensión por compensación de créditos propuesta por el deudor contra el otorgamiento de la ejecución no solo no está clara sino que resulta rebatida de forma fundamentada, lo que obligaría a una verificación de los hechos que alargaría el proceso (FD 35; p. ej., posible petición del juez holandés de un dictamen sobre los requisitos y consecuencias de la compensación conforme al Derecho belga; apdo. 47, Conclusiones AG). Repárese, al hilo de esto, que, de permitirse esta verificación, sería un Tribunal superior (en España, las AP) el que se pronunciase en primera instancia sobre la excepción material, lo que no solo resulta extraño a la estructura del art. 45 R., sino que además privaría a las partes de una instancia en caso de plantear una eventual reclamación al respecto (apdo. 48, Conclusiones AG). A esta desaceleración, añádase, en fin, el riesgo a otro de los objetivos básicos del legislador comunitario, la uniformidad del procedimiento de otorgamiento de la ejecución en todo el territorio de la UE, que se vería comprometido de permitir que en un Estado miembro puedan tomarse en consideración excepciones materiales y en otros no.

3. El carácter restrictivo con el que deben ser interpretadas las condiciones de los arts. 34 y 35 R. (apdo. 55, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*) refuerza asimismo su exhaustividad: aleja una eventual ampliación de estas condiciones siquiera por vía interpretativa. Sirva el caso, p. ej., del art. 35 R., que limita el control de competencia del juez de origen a los casos señalados y que prohíbe ampliar su espectro de ubicar el resto de supuestos en el cajón de sastre del orden público del art. 34.1 R. (detrás de las dificultades que existieron para ubicar en el art. 34.2 R., ciertas garantías procesales ajenas a su tenor, y que aclaró la STJUE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*, se halla también este carácter interpretativo restrictivo). No debe olvidarse que el procedimiento tendente a la obtención de la declaración de ejecutividad no es un nuevo proceso y que introducir elementos en su desarrollo extraños a los propuestos por el R. no encaja con su naturaleza básicamente formal u homologadora alejada del fondo, como bien recuerda su art. 36 R., que prohíbe expresamente cualquier revisión en cuanto al fondo (así, p. ej., ATS de 23 de mayo de 2000 y de 6 de junio de 2000, que rechazaron la posibilidad de oponer al exequátur la alegación de prescripción vinculada a la acción causal; o AAP de Barcelona de 15 de marzo de 2010, en relación con defectos en el poder para pleitos o defectos formales en la solicitud de exequátur). Téngase en cuenta además que lo que busca el legislador comunitario con el R. es simplificar más si cabe los trámites relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, reforzando así su carácter formal. De ahí las modificaciones que en este instrumento se hicieron respecto de lo que proponía el CB, como, p. ej., en el carácter no contradictorio de la primera fase del procedimiento, donde se condiciona la obtención de la declaración de ejecutividad, como es sabido, ya no (como antes) a las condiciones de reconocimiento relacionadas en los arts. 34 y 35 R., sino (solo) a la verificación de las formalidades de presentación por el solicitante de una serie de documentos (copia auténtica de la resolución extranjera y certificación de las autoridades del Estado de origen; art. 53 R.), esto es, ausencia de cualquier tipo de examen sobre los elementos de hecho y de Derecho del asunto dirimido por la resolución cuya ejecución se solicita.

4. El R. no permite, pues, la introducción en fase de declaración de ejecutividad de motivos propios de la ejecución material, dada la naturaleza formal del procedimiento que propone y la exhaustividad de las causas a las que se remite el art. 45 R., sin que razones de economía procesal justifiquen otro comportamiento (p. ej., concentración de los motivos de defensa basados en la ejecución de la resolución en fase del procedimiento de recurso contra el otorgamiento de la ejecución, que evitaría en casos como este la fase suplementaria del procedimiento de ejecución material en el Estado requerido; FFDD 41 y 42). Todo ello, a menos que tales motivos puedan ser absorbidos o arropados en una de las causas taxativamente enunciadas en los arts. 34 y 35 R. para la denegación de la ejecutividad [Informe Schlosser, núm. 220.b)], p. ej., el orden público del art. 34.1 R., lo que no parece posible en el caso que nos ocupa.

Resta, no obstante, una consideración. Sobre la totalidad del procedimiento dirigido a la obtención de la declaración de ejecutividad planea una cuestión: el carácter ejecutivo de la resolución extranjera. Es sabido que en orden a evitar la atribución de derechos que no tiene en el Estado de origen o efectos que no produciría una resolución del mismo tipo dictada directamente en el Estado requerido (apdo. 66, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*; apdo. 11-11, STJUE de 4 de febrero de 1998, *Hoffmann*), la ejecución de una resolución extranjera en otro Estado sólo puede plantearse si el Derecho del Estado de origen le confiere carácter ejecutivo (art. 38.1 R.; apdo. 23, STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*). No lo sería, en consecuencia, respecto de las sentencias constitutivas o declarativas, y sí, en cambio, en relación con aquellas de condena (o declarativas y/o constitutivas con pronunciamientos de condena respecto de estos últimos). Por ello, aun cuando no caben más motivos de recurso que los propios de los arts. 34 y 35 R., sí cabría desestimar la solicitud de exequátur de verificarse la ausencia de este presupuesto. De ahí que se cuestione, tal como sucede en el caso que nos ocupa, si el hecho de que la pretensión de pago acogida en la sentencia haya sido cumplida entretanto mediante compensación elimina ya la *ejecutoriedad en el Estado de origen*, circunstancia que sí actuaría como oposición al otorgamiento de la ejecución (SAP de Baleares de 14 de octubre de 2004: alegación del pago de la deuda contenida en una resolución judicial alemana como motivo de denegación).

La respuesta es negativa: al margen de que ninguna disposición del R. permite denegar o revocar el otorgamiento del título declarativo de ejecutividad de una resolución a la que ya se dio cumplimiento, la ejecución de una resolución judicial no elimina su carácter executorio ni tampoco se le conceden, en el momento de su ejecución en el extranjero, derechos que no tienen en el Estado de origen; o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de los efectos de una resolución en el Estado requerido, objeto del procedimiento de otorgamiento de la ejecución, afecta a las características propias de la resolución de que se trate, haciendo abstracción de los elementos de hecho y de Derecho que atienden al cumplimiento de las obligaciones derivadas de tal resolución (FD 39; apdo. 18, Conclusiones AG). Piénsese que cuando el art. 38 R. habla del término *ejecutorias* lo hace desde un punto de vista *formal*, lo que elimina este carácter en resoluciones de condena contra las que se haya interpuesto un recurso o todavía quepa interponerlo y no hayan sido declaradas provisionalmente ejecutorias, o también, en algunos ordenamientos jurídicos, por la apertura de un procedimiento concursal en el Estado de origen (STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*), y no, en cambio, cuando la pretensión recaída en la sentencia ya ha sido cumplida (FD 37). Tampoco es relevante, esto es, no afecta a su carácter executorio, la circunstancia de si el cumplimiento de la pretensión en el Estado de origen puede oponerse ahí a la ejecución efectiva (véase también apdo. 70, STJUE de 28 de abril de 2009, *Apostolides*: no debe confundirse *ejecutoriedad* con las efectivas posibilidades de ejecución en el

Estado de origen, de ahí que una eventual dificultad para poder ejecutar una sentencia no elimine su carácter ejecutivo).

5. Que la excepción material de cumplimiento de la pretensión no constituya un motivo de denegación del título declarativo de ejecutividad de una resolución extranjera a efectos del art. 45 R. no significa que no pueda considerarse en el Estado requerido. A la fase del otorgamiento del exequátur que concede la declaración de ejecutividad y convierte la resolución extranjera en título ejecutivo para las autoridades nacionales le sigue el procedimiento propiamente dicho de ejecución material coactiva de la referida resolución. Y es aquí donde el cumplimiento de la pretensión puede tener su efecto: tal motivo puede estar sujeto al examen por parte del órgano jurisdiccional de ejecución del Estado requerido dado que, una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, las normas de su Derecho relativas a la ejecución material se aplican del mismo modo a como lo hacen respecto de las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales (FD 40, apdo. 18, STJUE de 2 de julio de 1985, *Deutsche Genossenschaftsbank*; apdo. 16, STJUE de 3 de octubre de 1985, *Capelloni y Aquilini*; apdo. 27, STJUE de 4 de febrero de 1998, *Hoffmann*). La tutela judicial del deudor se halla, pues, garantizada. Será, por tanto, el Derecho del Estado requerido (en España, art. 523 LEC) el que determine aspectos como la estructura de la actividad ejecutiva, los bienes incluidos y excluidos de la ejecución material, la prelación de los créditos o, en lo que ahora interesa, las causas de oposición y/o recursos a la ejecución (en la STJUE de 29 de abril de 1999, *Coursier*, p. ej., declaración de quiebra como obstáculo a la ejecución material). No es objeto de la cuestión prejudicial valorar en qué Estado miembro puede proponer la parte contra la que se solicita la ejecución la excepción de cumplimiento por compensación, en lo que no entra el TJUE, que podría responderse a través del art. 22.5 R., aunque su alcance no es tema pacífico. Al respecto, ténganse en cuenta la STJUE de 4 de julio de 1985, *Autoteile*, que impide *ex art. 22.5 R.* solicitar mediante una acción de oposición a la ejecución la compensación del crédito a ejecutar con un contracrédito litigioso sobre el que los Tribunales del foro no habrían sido competentes de ser interpuesta la acción a título principal.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2012-3-Pr

EJECUCIÓN DE UNA MULTA COERCITIVA POR INFRACCIÓN DE UNA ORDEN DE CESACIÓN.—Medida cautelar de cesación de infracción de una patente.—Concepto de «materia civil y mercantil».—Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I.—Costas del procedimiento de exequátur.

Preceptos aplicados: art. 1 Reglamento 44/2001, art. 890 *Zivilprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana —ZPO—) y art. 14 Directiva 2004/48.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, asunto C-406/09, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*. Ponente: M. Berger.

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

41. *En el caso de autos, si bien es cierto que, con arreglo al artículo 890 de la ZPO, la multa controvertida en el litigio principal reviste un carácter punitivo y la motivación*

de la resolución que la impone menciona expresamente el carácter penal de esa multa, no es menos cierto que el presente asunto se refiere a un litigio entre dos particulares cuyo objeto es la autorización para ejecutar en los Países Bajos seis resoluciones dictadas por el Landgericht Düsseldorf, en las que dicho tribunal, a raíz de una demanda presentada por Bayer y basada en una alegación de violación de patente, prohibió a Realchemie importar, poseer y comercializar determinados plaguicidas en Alemania. La acción así ejercida persigue garantizar derechos privados y no implica una manifestación de prerrogativas de poder público por parte de alguno de los litigantes. En otras palabras, la relación jurídica existente entre Bayer y Realchemie debe calificarse de «relación jurídica de Derecho privado», por lo que está comprendida en el concepto de «materia civil y mercantil» en el sentido del Reglamento núm. 44/2001.

42. *Es cierto que de la resolución de remisión resulta que la multa impuesta a Realchemie, con arreglo al artículo 890 de la ZPO, por el auto del Landgericht Düsseldorf debe abonarse, en caso de ejecución, no a un particular parte en el litigio, sino al Estado alemán, que la multa no es cobrada por el particular parte en el litigio ni en nombre de éste, sino de oficio, y que son las autoridades del órgano jurisdiccional alemán quienes proceden al cobro efectivo de la multa. Sin embargo, estos aspectos concretos del procedimiento de ejecución alemán no pueden considerarse determinantes por lo que se refiere a la naturaleza del derecho a la ejecución. En efecto, la naturaleza de ese derecho depende de la del derecho subjetivo cuya violación hizo que se ordenase la ejecución, es decir, en el presente asunto, el derecho de Bayer a la explotación exclusiva de la invención protegida por su patente, indudablemente comprendido en el ámbito de las materias civil y mercantil en el sentido del artículo 1 del Reglamento núm. 44/2001. [...]*

48. *En lo que atañe al artículo 14 de la Directiva 2004/48, esta disposición pretende reforzar el nivel de protección de la propiedad intelectual, evitando que una parte perjudicada pueda verse disuadida de iniciar un procedimiento judicial para proteger sus derechos.*

49. *Por lo tanto, interpretar esta disposición en el sentido de que también es aplicable a un procedimiento de exequátur y a las resoluciones sobre las costas de dicho procedimiento es coherente, tanto con el objetivo general de la Directiva 2004/48, que es aproximar las legislaciones de los Estados miembros para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo, como con el objetivo específico de esta disposición [...]. Conforme a tales objetivos, por regla general, quien haya violado unos derechos de propiedad intelectual debe cargar íntegramente con las consecuencias económicas de su conducta.*

Nota: 1. La existencia de importantes diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros de la UE en lo relativo a la configuración y naturaleza de las medidas previstas para la ejecución forzosa de los mandamientos judiciales de abstención o cesación de conductas puede plantear dificultades específicas cuando en el marco del Reglamento Bruselas I se pretende hacer valer la eficacia de ese tipo de decisiones en otros Estados miembros. Esta circunstancia resulta de particular relevancia en ámbitos en los que la tutela judicial es habitual que incluya ese tipo de mandamientos, como sucede con la protección de la propiedad industrial e intelectual —precisamente el litigio principal en este asunto es relativo a medidas provisionales adoptadas en relación con la infracción de patentes— pero también en otros ámbitos como la competencia desleal o la protección de los derechos de la personalidad.

Antes de abordar el tratamiento de esos aspectos en la sentencia reseñada, cabe dejar constancia de que en la misma el Tribunal se pronuncia también acerca de que las costas del procedimiento de exequátur deben considerarse comprendidas en el

ámbito del art. 14 Directiva 2004/48, que tiene su origen en los compromisos asumidos en el art. 45 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El art. 14 de la Directiva exige que los Estados miembros garanticen que las costas procesales y demás gastos en que haya incurrido la parte vencedora corran, como regla general, a cargo de la parte perdedora. Pese a que conforme al considerando 11 de la Directiva 2004/48 ésta no tiene por objeto establecer normas armonizadas sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil, el Tribunal alcanza ese resultado distanciándose de la propuesta formulada en las conclusiones del abogado general, al considerar que la norma impone que el infractor cargue íntegramente con las consecuencias económicas de la infracción, lo que incluye las costas de la ejecución en el extranjero de la decisión relativa a la infracción.

2. Retomando la primera de las cuestiones reseñadas, cabe destacar que esta sentencia reviste especial interés en relación con la eficacia transfronteriza de las resoluciones que imponen mandamientos judiciales de abstención o cesación de conductas, en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca de la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I de ciertas medidas de ejecución típicas de esas situaciones que presentan significativos elementos de Derecho público. Así sucede con las medidas previstas para el caso de que el demandado incumpla su obligación de no hacer o de tolerar un acto en el art. 890 ZPO, que prevé la posibilidad de imponer al deudor una multa civil, a petición del acreedor pero en beneficio del Estado alemán o, si tal multa no puede hacerse efectiva, la condena a una pena privativa de libertad. Precisamente, en el art. 890 ZPO se funda la multa impuesta por el tribunal alemán acerca de cuya ejecución en los Países Bajos trata el litigio principal.

En el origen de la cuestión prejudicial se encuentran las dudas que al órgano remitente le plantea la peculiar naturaleza de la multa impuesta al condenado como medida para lograr la ejecución forzosa, habida cuenta de su componente de Derecho público y de que una medida de esas características resulta desconocida en el ordenamiento neerlandés. Esa dimensión de Derecho público justifica la necesidad de precisar si el reconocimiento y ejecución de tales medidas se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I, que de conformidad con su art. 1 «se aplicará en materia civil y mercantil».

3. Frente al criterio sostenido por el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones de 5 de abril de 2011, el Tribunal concluye que, a partir de su jurisprudencia previa acerca de la interpretación como concepto autónomo del término «materia civil y mercantil» del art. 1 del Reglamento Bruselas I, este incluye «una resolución de un órgano jurisdiccional que contiene una condena al pago de una multa con el fin de hacer cumplir una resolución judicial dictada en materia civil y mercantil», incluso aunque la multa tenga importantes elementos de Derecho público y resulte como tal una medida de ejecución desconocida en el Estado requerido. La solución alcanzada por el Tribunal resulta en principio coherente, como destaca la sentencia (apdos. 39 y 40), con su jurisprudencia previa acerca del significado del término «materia civil y mercantil», en la que ya había afirmado que lo determinante a tal fin es el objeto del litigio o la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del mismo y que, en concreto, en el caso de las medidas provisionales lo determinante es la naturaleza de los derechos objeto de salvaguardia.

En consecuencia, cuando el litigio tiene por objeto la tutela de derechos de carácter privado, como es el caso de los litigios por infracción de patentes, se impone la inclusión de la resolución relativa a la cesación de los actos de infracción así como de las medidas

de ejecución de tales mandamientos dentro de la categoría «materia civil y mercantil», incluso si tales medidas tienen importantes elementos de Derecho público, pues el Tribunal no sigue el criterio del abogado general, quien se había manifestado partidario de entender que por el beneficiario (Estado alemán) y modalidades de recaudación (de oficio por el órgano jurisdiccional) en ese tipo de medidas son determinantes los elementos de Derecho público, ya que el litigio habría pasado de la resolución del litigio privado de base a una relación que presenta elementos de Derecho público destinada a sancionar el incumplimiento de una resolución judicial ejercitando la potestad del Estado de reprimir tales incumplimientos (apdos. 65 y 66 de las conclusiones).

4. Ahora bien, si la sentencia clarifica este aspecto y da respuesta de esa manera a las dudas acerca de la inclusión de tales medidas en el ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I, cabe considerar que el criterio adoptado por el Tribunal deja abierto otros elementos de incertidumbre. Un primer interrogante que deriva del criterio de que el Reglamento Bruselas I sí es aplicable a la ejecución de una resolución judicial que contiene una condena al pago de una multa como la prevista en el art. 890.1 ZPO tiene que ver con que la determinación de los mecanismos de ejecución a utilizar en el Estado requerido puede resultar especialmente compleja e incierta cuando se pretenden ejecutar medidas que, como en el asunto principal, presentan básicamente carácter de Derecho público y que resultan desconocidas en el Estado en el que se pretende la ejecución.

Así lo admite de manera expresa el propio Tribunal en el apartado 43 de la sentencia en relación con la posición expresada por el Gobierno neerlandés acerca de la incertidumbre sobre las normas que deberían aplicar sus tribunales para proceder a la ejecución de la medida en cuestión. No obstante, en la sentencia el Tribunal rechaza pronunciarse sobre este extremo al no haberlo planteado el *Hoge Raad* neerlandés en su cuestión prejudicial. Aunque en este contexto puede ser relevante el criterio general expresado en alguna otra ocasión por el Tribunal de Justicia según el cual cuando la legislación del Estado en el que se pretende la ejecución de una medida no prevea medidas análogas a la adoptada por el tribunal que adoptó la orden de prohibición «el tribunal requerido [...] deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de la prohibición dictada inicialmente» (STJ de 12 de abril de 2011, asunto C-235/09, *DHL Express France c. Chronopost*, apdo. 56), no cabe desconocer las dificultades específicas inherentes a la aplicación de las medidas de ejecución previstas en el art. 890.1 ZPO en otros Estados miembros.

5. Habida cuenta de que el asunto principal iba referido a la eventual eficacia de la multa, al margen de la sentencia queda la cuestión de cuál debe ser el tratamiento a los efectos del Reglamento Bruselas I de otras medidas que pueden ser adoptadas en el marco del art. 890.1 ZPO. En concreto, esta norma prevé que si la multa no puede hacerse efectiva cabe condenar al deudor a una pena privativa de libertad y además contempla que el juez puede optar por imponer directamente una pena privativa de libertad sin haber impuesto antes una multa civil. Se trata de una medida de ejecución que, al igual que la multa, puede ser impuesta en relación con litigios que se hallan claramente comprendidos en el concepto de «materia civil y mercantil» del Reglamento Bruselas I, como los relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual.

Aunque ciertamente el Tribunal no se pronuncia en relación con la pena privativa de libertad, la posición adoptada en la sentencia puede llevar a sostener que una pena privativa de libertad de ese tipo se halla comprendida en el ámbito de aplicación del

Reglamento Bruselas I cuando se impone en el marco de un litigio relativo a la infracción de derechos de carácter privado, como los derechos de propiedad intelectual e industrial. Si bien, en sus conclusiones (apdo. 49) el abogado general consideró «que tal supuesto queda evidentemente excluido» del Reglamento, lo cierto es que la sentencia, aunque no se pronuncia sobre ese concreto aspecto, no sigue en términos generales el planteamiento del abogado general. Una eventual aplicación a medidas de ese tipo del Reglamento Bruselas I haría surgir en este ámbito la cuestión del potencial alcance del orden público (art. 34.1 Reglamento) como límite a la ejecución de medidas adoptadas en el marco del art. 890.1 ZPO en otros Estados.

Precisamente, en la práctica española cabe reseñar el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 32/2010, de 15 marzo de 2010, relativo a la declaración de ejecutividad en España de una resolución alemana, que ya fue objeto de análisis en una crónica precedente [2011-10-Pr, *REDI*, 2011 (2), pp. 266-270]. La resolución del Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main ordenó a los infractores de ciertos derechos de propiedad intelectual que cesaran tal violación en su página web «apercibiéndoles que de no cumplir con la orden de cesación les podrá ser impuesta por el Tribunal mencionado una corrección disciplinaria económica de hasta 250.000 euros, alternativamente arresto sustitutorio o arresto sustitutorio de hasta seis meses, el arresto sustitutorio a ser ejecutado contra el gerente [...] para cada caso de contravención». Sin perjuicio de que el carácter ejecutorio de tales medidas en el Estado de origen —presupuesto de su eventual ejecución en el marco del Reglamento Bruselas I— puede en ocasiones resultar controvertido, en particular cuando se requieren ulteriores medidas que deben ser adoptadas con posterioridad al incumplimiento por el demandado del mandamiento de cesación de modo que pueden requerir una actividad adicional del tribunal que adopta la medida, cabe reseñar que la mencionada Audiencia Provincial en el FD 4.º del Auto de 15 marzo de 2010 consideró imposible la ejecución en España del arresto sustitutorio previsto en la resolución alemana con base precisamente en que conforme al art. 34.1 del Reglamento 44/2001 la ejecución de tal medida, en tanto impone una privación de libertad en el marco de un proceso en el orden jurisdiccional civil, resultaría contraria al orden público español.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

2012-4-Pr

REGLAMENTO 1346/2000.—Determinación del centro de intereses principales del deudor.—Presunción a favor del Estado del nuevo domicilio social en caso de traslado.—Indicios para desvirtuar la presunción.—Concepto de establecimiento secundario del deudor.

Preceptos aplicados: arts. 2 y 3 del Reglamento (CE) 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil c. Fallimento Interedil e Intesa*. Ponente: M. Berger.

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

2) *El concepto «centro de los intereses principales» del deudor, mencionado en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo*

de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión.

3) A efectos de determinar el centro de los intereses principales de una sociedad deudora, el artículo 3, apartado 1, frase segunda, del Reglamento núm. 1346/2000 debe interpretarse en los siguientes términos:

— El centro de los intereses principales de una sociedad deudora debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentren en el lugar de su domicilio social y de que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro.

— En caso de traslado del domicilio de una sociedad deudora antes de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de sus intereses principales se encuentra en su nuevo domicilio social.

4) El concepto de «establecimiento», en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que exige la presencia de una estructura que incluya un mínimo de organización y cierta estabilidad, con objeto de ejercer una actividad económica. La sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no satisface, en principio, esta definición.

Nota: 1. El Tribunal de Justicia recuerda la incompatibilidad de cualquier norma procesal nacional que imponga a un órgano inferior las apreciaciones de su superior cuando estas no son conformes con el Derecho de la UE. A partir de ello, analiza la competencia judicial internacional para abrir un procedimiento de insolvencia conforme al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, en el caso de que un acreedor solicite la quiebra en el Estado en el que se hallaba el domicilio social (Italia), una vez que este ya ha sido trasladado a otro Estado miembro (Reino Unido), con el solo propósito, parece, de proceder en este Estado a su liquidación (cfr. el apdo. 71 de las Conclusiones de la Abogada General J. Kokott).

A diferencia del orden seguido en la sentencia, analizaré, en primer lugar, la presunción de competencia de los tribunales del domicilio social del deudor, para comentar, a continuación, su posible ineficacia si se demuestra que el centro de los intereses principales del deudor, esto es, el lugar desde donde se administra la sociedad de forma habitual y reconocible por terceros, se halla en otro Estado (art. 3 y considerando 13 del Reglamento 1346/2000). En este sentido, la presunción a favor de los tribunales del domicilio social ha de determinarse en el momento de la presentación de la solicitud de quiebra, evitando, así, posibles traslados fraudulentos en el tiempo que medie desde la solicitud hasta la declaración del concurso (apdo. 56; STJCE de 17 de enero de 2006, asunto C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, Rec. pp. I-701 y ss.; y, en la doctrina, CARBALLO PINEIRO, L., «El traslado del centro de los intereses principales del deudor», *ADCo*, vol. 9, 2006, pp. 497-519). El problema es que en el caso la sociedad

había sido cancelada registralmente antes de solicitarse la declaración de quiebra, por lo que, en puridad, no existía domicilio social al tiempo de solicitarse el concurso. En estas circunstancias, es razonable que el Tribunal se refiera a los tribunales del Estado donde se hallaba el último domicilio social inscrito antes de la cancelación de la sociedad, porque este ofrece cierto grado de previsibilidad y seguridad jurídica, que son los objetivos de la presunción misma. No obstante, conviene matizar que el Reglamento no prejuzga si una sociedad cuya inscripción ha sido cancelada puede ser sometida a un concurso, cuestión que depende de la ley que regiría hipotéticamente su concurso. Asimismo, la presunción a favor de los tribunales del domicilio social sólo ha de jugar si éste ha sido correctamente determinado, siendo ineficaz en casos anómalos en los que se observen domicilios sociales en distintos Estados [véase mi opinión en «Competencia judicial internacional en materia concursal en caso de traslado del domicilio social (Sentencia de la *Corte de Casazione* de 18 de mayo de 2009)», *ADCo*, vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 359-375]. De hecho, conviene reparar en la dispar apreciación de los hechos de los distintos tribunales: mientras el tribunal de instancia considera que la sociedad había cancelado su inscripción en Italia tras el traslado al Reino Unido, la Corte de Casación sostiene que el traslado de domicilio no fue comunicado al Registro mercantil italiano (apdos. 10 y 16).

2. Si, en principio, se presume la competencia de los tribunales del último domicilio social, cabe la destrucción de esta presunción si se prueba que la sociedad tenía su centro de intereses principales en otro Estado. Como esta ya no tenía ningún tipo de actividad al tiempo de solicitarse el concurso, habrá que considerar competentes a los tribunales del lugar donde se hallaba el último centro de intereses principales de la sociedad. Esta solución deberá mantenerse, aunque el Tribunal no lo señale expresamente, en los casos en los que se solicita la declaración concursal de una sociedad sometida a liquidación judicial en otro Estado miembro conforme a las disposiciones del Reglamento 44/2001 («Bruselas I»). Las actividades relevantes a tener en cuenta para determinar el centro de intereses principales son, entonces, las propias de la actividad empresarial y objeto de la sociedad, siendo irrelevantes las operaciones meramente liquidatorias (véase mi opinión en «Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento», en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 129-155, a diferencia de lo apuntado en el apdo. 71 de las Conclusiones de la abogada general).

La destrucción de la presunción por hallarse el último centro de intereses principales del deudor en otro Estado exige estar a una apreciación de conjunto de las circunstancias objetivas y particulares de cada caso, de entre las que el Tribunal destaca tres, que son, ya adelanto, discutibles (apdo. 52). En primer lugar, el Alto Tribunal alude al «conjunto de lugares» en los que la sociedad ejerce una actividad económica. Este criterio ha de tomarse con cautela porque el centro de actividad alude al lugar donde se materializan las operaciones empresariales, pero no al lugar desde el que se administra dicha actividad social (véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, pp. 48-49). Lo mismo ocurre, en segundo lugar, con los lugares en los que la sociedad posea bienes, indicio que per se no desvirtúa la presunción a favor de los tribunales del domicilio social, máxime cuando, como apunta acertadamente la abogada general, la ubicación de los bienes no es un dato de fácil acceso para los terceros. En esta prueba indiciaria el Tribunal se refiere, en tercer lugar, al hecho objetivo de que existen varios bienes en Italia, respecto de los que se han firmado contratos de arrendamiento (apdo. 53). La celebración de contratos tampoco resulta un criterio definitivo salvo que se acompañe de una apreciación de conjunto y de otros indicios y,

muy especialmente, de la vinculación de esos contratos al objeto social. Así, no tiene la misma intensidad el que una sociedad de forma accesoria a su actividad arriende inmuebles de los que es titular que el que la sociedad tenga por objeto principal dedicarse a dichos alquileres.

3. Como se observa, ha de hacerse una valoración conjunta de los distintos indicios, de la que se puede derivar la reafirmación o la destrucción de la presunción a favor de los tribunales del último domicilio social en función de que este coincida o no con el lugar de operación de los órganos de «control y dirección» (*sic* apdos. 49-51, aunque sería más correcto «órganos de administración»). En cualquier caso, cabría abrir un procedimiento territorial limitado a los bienes radicados en el Estado de apertura, allí donde exista un establecimiento secundario del deudor, que implique una organización estable de recursos humanos y patrimoniales.

La correcta argumentación de la sentencia no exime de destacar dos cuestiones que hubieran requerido una mayor atención. Por un lado, conviene recordar que no basta con que el conjunto de indicios para destruir la presunción de competencia se localice fuera del Estado del domicilio social (indicios negativos), sino que deberá probarse también que esos indicios se localizan en un mismo Estado (indicios positivos), distinto al del domicilio. También se echa en falta una mínima alusión al lapso de tiempo que haya pasado desde el traslado del domicilio social hasta que se solicita el concurso. Es verdad que ello no altera la presunción (cfr. apdo. 48 de las Conclusiones de la Abogada General), pero sí su intensidad y los indicios necesarios para destruirla. Que en el caso hayan transcurrido dos años desde el traslado del domicilio hasta la solicitud de concurso hace que la presunción tenga cierta intensidad. Nada que ver con traslados inmediatamente anteriores a la solicitud del concurso, sin el transcurso de un periodo razonable en el nuevo Estado que permita la fácil identificación por terceros y la conclusión de que no ha existido un traslado fraudulento.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2012-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Régimen aplicable: internacionalidad del supuesto.—Demandado sin domicilio conocido.

Preceptos aplicados: arts. 2, 59, 16.2 y 26 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, *Hypotecni banka c. Lindner*. Ponente: M. Safjan.

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

1) *El Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de las reglas establecidas en dicho Reglamento presupone que la situación controvertida en el litigio del que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional de dicho órgano jurisdiccional. Tal situación se produce en un caso como el del litigio principal, en el que*

un tribunal de un Estado miembro conoce de una demanda presentada contra un nacional de otro Estado miembro cuyo domicilio desconoce dicho tribunal.

2) El Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que:

— en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del artículo 16, apartado 2, de dicho Reglamento, para conocer de esa acción en caso de que no logren determinar, con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea;

— dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una situación de denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado.

Nota: 1. El asunto *Hypotecni banka c. Lindner* (asunto C-327/10) permite al TJUE pronunciarse por primera vez acerca de una importante cuestión, la de la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I en la hipótesis de que el domicilio del demandado sea desconocido. Igualmente, el caso permite al Tribunal reafirmarse en la idea de que el Reglamento no se aplica más que a los litigios que presentan un elemento de extranjería, aunque lo hace adoptando una concepción extensiva de la internacionalidad del litigio que no resulta demasiado convincente.

2. *El demandado sin domicilio conocido.* El domicilio es una de las nociones centrales del Reglamento Bruselas I. Es, sin duda, el criterio de competencia más utilizado, ya sea en tanto que domicilio del demandando, foro de competencia general (aunque residual), o para proteger a la parte débil autorizándola a atraer a su adversario ante los tribunales de su domicilio, como ocurre con los consumidores a los que se refiere la Sección 4 del Capítulo 2. Pero el domicilio es también, y ante todo, el criterio que determina el ámbito de aplicación espacial del Reglamento, limitándolo, salvo excepción, a los litigios entablados contra demandados con domicilio en el Espacio Judicial Europeo.

Es, sin embargo, perfectamente concebible que el domicilio de una de las partes no pueda ser determinado en un caso concreto. La trascendencia del concepto obliga entonces a disponer de una noción alternativa. El Reglamento, no obstante, no ofrece ninguna. El caso *Hypotecni banka c. Lindner* (asunto C-327/10) proporciona al TJUE la oportunidad de poner remedio a esa laguna.

No sorprende en absoluto que la cuestión se haya planteado por vez primera en relación con una persona física. Se trataba de un consumidor de nacionalidad alemana, Udo Mike Lindner, establecido en la República Checa, en una localidad a unos 150 kilómetros de Praga. En agosto de 2005 el Sr. Lindner celebró un contrato de préstamo hipotecario con un banco checo. Tres años más tarde cuando el banco decidió demandar a su deudor, este había cambiado de domicilio, y no fue posible establecer su nueva residencia. Tal imposibilidad planteaba dos dificultades: en primer lugar,

no era posible dilucidar si el juez checo debía aplicar el Reglamento Bruselas I para examinar su competencia, por cuanto no se había probado que el demandado estuviera domiciliado en algún Estado miembro, tal como requiere el art. 2. En segundo término, en la hipótesis de que el Reglamento fuera de aplicación, podía ocurrir que la jurisdicción checa fuera precisamente la competente, en virtud del criterio del domicilio del demandado.

El TJUE ha decidido que en una hipótesis como la del supuesto es preciso tomar como referencia el último domicilio conocido de la parte concernida. Tal solución presenta indudables ventajas. Ante todo, es simple y clara. Tal y como subraya el propio Tribunal, la regla permite a las partes identificar la jurisdicción ante la cual puede ser entablado el litigio, ofreciéndoles seguridad jurídica. Por lo que se refiere en particular al demandante, la solución protege su derecho de acceso a los tribunales ofreciéndole una salida en un supuesto que habría podido conducir fácilmente a una denegación de justicia. Además, la regla disuade a los deudores recalcitrantes de intentar abandonar su domicilio para eludir sus obligaciones. Al decidir que el último domicilio conocido será el pertinente en el caso de que el deudor desaparezca sin dejar una dirección, el TJUE elimina el interés de cualquier maniobra tendente a jugar con la competencia basada en el domicilio del demandado.

Al intentar proteger los derechos del demandante el TJUE corre evidentemente el riesgo de descuidar los del demandado. Así, aquel demandado del que se diga que ha desaparecido sin indicar un nuevo domicilio será en la práctica un demandado rebelde: es grande el riesgo de que el actor desee plantear la acción en el lugar del antiguo domicilio, despreocupándose de indagar sobre otro posible, que podría incluso ser fácil de determinar. En realidad el Tribunal es totalmente consciente de ello, de ahí que insista sobre la necesidad de que «el órgano jurisdiccional que conozca del asunto debe cerciorarse de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar al demandado» (apdo. 52). Es de desear que esta indicación no quede en nada, pero tememos que el Tribunal no tenga ni los medios ni las ganas de asegurarse su efectivo respecto, y acabe descansando, como en el caso, sobre los jueces nacionales.

Nos gustaría pensar que el alcance de la decisión es general, y que la regla del último domicilio conocido del demandado se aplicará no sólo en el marco de las disposiciones protectoras de los consumidores, sino también de manera más amplia en cada uno de los supuestos en los que el Reglamento se apoya en dicho criterio. Los objetivos de claridad y protección de los derechos del demandante son ciertamente genéricos, y apoyan tal interpretación. Por desgracia, el Tribunal difumina su mensaje cuando finalmente enuncia, en el dispositivo de la decisión, que la regla del último domicilio conocido es aplicable cuando el demandado es «un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración», y además tal contrato «establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio». El TJUE no había basado su razonamiento en estos dos elementos, pero el fallo invita, sin ninguna razón aparente, a entender que el alcance de la decisión se limita a los contratos de préstamo inmobiliario que prevean la obligación de informar al co-contratante de cualquier cambio de dirección. Es evidente que las partes en futuros litigios esgrimirán este argumento para escapar a la competencia del juez del último domicilio, en particular en aquellas controversias que no impliquen a un consumidor.

3. *La condición de internacionalidad del litigio.* El asunto *Hypoteczni banka c. Lindner* planteaba otra cuestión de interés. En el momento de la conclusión litigiosa

ambas partes se encontraban domiciliadas en el mismo Estado miembro, que era además el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Pues bien, aunque el Reglamento no alude expresamente a tal cuestión, el TJUE decidió en el asunto *Owusu* (TJCE, de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, apdo. 25) que la aplicación del Convenio de Bruselas requería la exigencia de un elemento de extranjería. En el caso presente, el único elemento cierto de heterogeneidad era la nacionalidad alemana del demandado. ¿Podía ser considerada como suficiente a los efectos de calificar el litigio como «internacional» y desencadenar el juego del Derecho judicial europeo?

El TJUE entiende que así es. En efecto, el Tribunal afirma que en este caso la nacionalidad extranjera habría podido influir sobre la competencia del juez llamado a conocer, ya que en ausencia de domicilio conocido del demandado la jurisdicción de su nacionalidad habría podido declararse competente con apoyo en ese dato. La afirmación es cuando menos sorprendente, en la medida en que, por un lado, tal y como el propio Tribunal señala, la nacionalidad de las partes no es un criterio de competencia en el Reglamento, y por otro lado, el Tribunal decide precisamente que en ausencia de domicilio conocido el instrumento sigue siendo aplicable y otorga competencia al juez del último domicilio conocido del demandado.

A mayores, y esencialmente, la nacionalidad no parece un criterio pertinente a la hora de definir la internacionalidad de un litigio civil y mercantil. A partir del momento en que un sujeto, nacional extranjero, vive de forma permanente en un Estado miembro y celebra ahí un contrato de consumo con una finalidad puramente local, vemos mal por qué su nacionalidad debería influir sobre sus derechos y obligaciones. Los Reglamentos núm. 1896/2006, por el que se establece un procedimiento monitorio europeo, y núm. 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, requieren que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado diferente de aquel cuyos tribunales son llamados a conocer. Parece lógico que no se tome como criterios relevantes más que el domicilio (o la residencia habitual) de las partes, así como aquellos relativos al objeto del litigio. De no hacerlo así resultará difícil justificar la exclusión de otros elementos de heterogeneidad absolutamente desprovistos de relevancia: la nacionalidad de los progenitores, el domicilio anterior a la creación de la relación que origina la controversia actual, el lugar de vacaciones, etc. Si, en fin, la condición de internacionalidad del litigio se convierte en un dato puramente formal, habrá que dar la razón a los escasos autores que sostienen que no debería existir, sin más, y que las reglas de competencia judicial internacional deben ser aplicadas de forma sistemática (véase, p. ej., GEIMER y SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3.^a ed., 2010, EuGVVO art. 2, núm. 102).

Es preciso añadir que la nacionalidad plantea un problema añadido en un espacio regional integrado. Se podría sostener, en efecto, que tomar en consideración la nacionalidad extranjera de una de las partes es en realidad una discriminación, porque supone someterla a un régimen diferente (el del Reglamento Bruselas I) del que corresponde a los nacionales del Estado miembro local.

Con todo, es preciso indicar una vez más que el alcance de la decisión del TJCE en este punto se ve oscurecido por la voluntad del Tribunal de referirse en el fallo a las circunstancias particulares del supuesto concreto, en el cual el domicilio del demandado era desconocido. Es posible entender, entonces, que la solución queda restringida a la hipótesis ante el TJUE: esto es, al caso del demandado de nacionalidad extranjera cuyo domicilio se desconoce.

Gilles CUNIBERTI
Université du Luxembourg

2012-6-Pr

APERTURA DE PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA.—Requisitos de apertura de acuerdo con el Reglamento 1346/2000 y con la ley sustantiva aplicable, impidiendo esta la prosecución de un procedimiento principal.

Preceptos aplicados: Considerandos 12 y 17, arts. 3 y 29 Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), de 17 de noviembre de 2011, asunto C-112/10, *Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen c. Zaza Retail BV*. Ponente: M. Berger.

F.: <http://eur-lex.europa.eu>.

1) *La expresión «condiciones establecidas», que figura en el art. 3, apartado 4, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y que remite a las condiciones que —según la legislación del Estado miembro en cuyo territorio tiene el deudor su centro de intereses principales— impidan la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en dicho Estado, debe interpretarse en el sentido de que no se refiere a las condiciones que excluyen a algunas personas concretas del círculo de las facultadas para solicitar la apertura de tal procedimiento.*

2) *El término «acreedor», que figura en el art. 3, apartado 4, letra b), de dicho Reglamento y que se utiliza para designar al círculo de personas facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento territorial independiente, debe interpretarse en el sentido de que no incluye a una autoridad de un Estado miembro que, en virtud de su Derecho nacional, tiene como objeto actuar en interés general, pero que no interviene ni como acreedor, ni en nombre y por cuenta de los acreedores.*

Nota: 1. Con apenas un mes de diferencia, el TJUE nos ha regalado dos decisiones sobre la interpretación del art. 3 del Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. En ambas se aborda una problemática hasta ahora residual en su jurisprudencia, la que atañe al procedimiento secundario de insolvencia, si bien su tratamiento en *Interedil* (STJUE de 20 de octubre de 2010, asunto C 396/09) es, por así decirlo, derivado de la cuestión principal, que es interpretar el centro de los intereses principales del deudor; de hecho, los problemas que han salido a la luz en relación con el procedimiento territorial han surgido en supuestos en los que otro tribunal había asumido el procedimiento principal y la reacción en otro Estado miembro era abrir un procedimiento secundario, en particular, allí donde estaba situado el domicilio social de la entidad quebrada.

Zaza Retail, la decisión objeto de esta nota, sólo se ocupa de la interpretación del art. 3.4 del Reglamento, lo que no expulsa al procedimiento principal de la argumentación: no puede ser de otro modo, puesto que la propia existencia del procedimiento territorial de él depende, siendo ésta la clave del modelo de insolvencia transfronteriza que el Reglamento acoge. A efectos de comprender el citado precepto y, en consecuencia, la interpretación que de él hace el TJUE, es preciso remitirnos a este modelo y a la función que la regla analizada en el caso juega en el modelo. El problema que se plantea en el supuesto de hecho es que, a finales de 2006, el Fiscal del Tribunal de primera instancia de Tongeren, en Bélgica, solicita la declaración de insolvencia de la sucursal que *Zaza Retail* tiene en este país; esta sociedad tiene su centro de intereses

principales en Ámsterdam (Países Bajos) y, en el momento de la solicitud del citado fiscal, todavía no había sido abierto procedimiento universal sobre la misma, cosa que sí acaba sucediendo, pero sólo en julio de 2008. En primera instancia, se declara la quiebra de la sucursal, pero la decisión es revisada en segunda, por entender el tribunal de apelación que no existe competencia judicial internacional a tenor de lo dispuesto en el citado art. 3.4. El análisis de la decisión se ajusta a la estructura del propio precepto, que somete a dos condiciones la apertura de procedimiento secundario antes de la del principal: la imposibilidad de existencia de este último (2) y su incoación por los sujetos allí señalados y beneficiarios directos e inmediatos de su apertura (3).

2. El Reglamento contiene un compromiso entre dos modelos de insolvencia transfronteriza y, aunque persigue la eficiencia económica del que solo admite un único procedimiento de insolvencia de alcance universal (que comprende todos los bienes del deudor, con independencia del Estado miembro en que se encuentren, permitiendo, de este modo, una mejor liquidación/reestructuración de los activos), hace una importante concesión al otro modelo, de corte proteccionista: admite también la apertura de un procedimiento territorial sobre los bienes del deudor en el Estado de apertura. Obviamente, ello implica limitar severamente el alcance universal del primero, por lo que se establecen una serie de cautelas, entre las que destaca el que el segundo sólo se puede abrir allí donde el deudor tenga un establecimiento (y no bienes, como puntualiza *Interedil*, apdo. 62) y, además, esté «subordinado» al cumplimiento de los intereses del primero (considerando 12 del Reglamento); el lenguaje es toda una declaración de intenciones, distinguiendo el Reglamento entre procedimiento principal y secundario. El objetivo es, por supuesto, evitar la proliferación de procedimientos secundarios y, si fuera posible, impedir por completo su apertura.

La regla aquí examinada viene a profundizar en esta subordinación del procedimiento secundario al principal, incluso en el supuesto de que todavía no hubiera sido abierto uno; la filosofía es que sólo debería abrirse cuando ya hubiera sido iniciado uno universal. De este modo también se consigue reducir el *forum shopping* (véase Informe M. Virgós y E. Schmit, sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, núm. 84). Y aquí es donde entra en juego el art. 3.4, estableciendo en qué condiciones sí es posible abrir un procedimiento territorial, a pesar de que todavía no haya universal, porque, justamente, no puede haberlo a tenor de las condiciones establecidas por la *lex fori concursus*. Cuáles sean estas es una de las cuestiones que aquí se discuten, puesto que el Ministerio Fiscal belga alega su falta de legitimación para abrir el concurso universal sobre *Zaza* en los Países Bajos como una de las citadas «condiciones establecidas» que no concurren, determinadas, en este caso, por el Derecho holandés.

Tomando en consideración la citada filosofía, la interpretación de las reglas que componen la subordinación del procedimiento secundario al principal no puede ser más que restrictiva (véase *Zaza Retail*, apdo. 29), y ahí es donde entra en juego la imposibilidad de incoar un procedimiento universal que «debe ser objetiva y no puede variar en función de las circunstancias específicas en las que se solicita la apertura de tal procedimiento» (véase *Zaza Retail*, apdo. 21); excluyendo, en consecuencia, el que un sujeto particular, como el fiscal de otro país, no pueda solicitar su apertura, y apuntando antes bien a los presupuestos, subjetivo y objetivo, de la insolvencia como «las condiciones establecidas» por la *lex fori concursus*: quién puede ser deudor y qué se entiende por insolvencia (véase Informe Virgós y Schmit, núm. 85).

3. La segunda condición impuesta por el art. 3.4.b) tiene que ver con quién puede incoar un procedimiento secundario ante la imposibilidad de abrir uno principal: «un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento». En la misma dirección que la anterior, esta condición persigue evitar que se abra un procedimiento secundario, atendiendo sólo a los interesados de manera directa e inmediata en la reorganización del patrimonio del deudor; sus acreedores. Como apunta el TJUE, la restricción que impone esta condición se hace más evidente a través de su comparación con los sujetos a los que se refiere el art. 29, precepto que regula quién puede abrir un procedimiento secundario *tras* la apertura de uno principal. En aquel precepto sí cabe el supuesto que subyace a esta decisión, petición formulada por el fiscal; pero no en este otro. Aquí se trata de amparar a acreedores con vínculos estrechos con el país donde se ubica el establecimiento del deudor. De hecho y aunque formuladas en sentido alternativo, la lógica del precepto apuntaría a que ha de tratarse, en todo caso, de acreedores cuya relación derive de la actividad económica realizada con medios humanos y bienes por el deudor en el Estado en que se solicita la apertura del procedimiento secundario; la decisión del TJUE es, sin embargo, favorable a la alternativa: «Se trata de los acreedores establecidos en dicho Estado miembro y de los acreedores de dicho establecimiento» (véase *Zaza Retail*, apdo. 30. En el mismo sentido, Informe Virgós y Schmit, núm. 85). Este doble tratamiento es cuestionable a la luz de los parámetros que informan los límites impuestos a otros procedimientos distintos del principal, máxime cuando se deniega la intervención al Ministerio Fiscal en su calidad de defensor del interés general y de la legalidad que, en último término, viene a defender la estabilidad del mercado en su territorio, con el objetivo de reordenar las relaciones patrimoniales del deudor ligadas a su establecimiento.

4. Lo acertado de la decisión del TJUE no obsta a que queden al descubierto los problemas del tratamiento de la insolvencia transfronteriza en el marco de la UE: las diferencias entre Derechos nacionales de insolvencia y la interacción entre procedimiento de insolvencia principal y secundario alientan el *forum shopping* y dan lugar a vacíos de protección. Cómo se solventen los mismos ya no es una cuestión que quede sólo al albur de una posible revisión del Reglamento núm. 1346/2000 (iniciada, por ejemplo, en el marco del estudio de su aplicación al que obliga su art. 46), sino que puede requerir de medidas de armonización, como sugiere la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, que presenta una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE 2011/2006(INI), entre las que destaca la que apunta a la necesidad de armonizar a nivel comunitario las condiciones para abrir un procedimiento de insolvencia, recomendación que ya había sido sugerida por el Informe de expertos titulado *Harmonization of Insolvency law at EU Level*, avalado por el Directorado General para Asuntos Internos.

Laura CARBALLO PIÑEIRO
 Universidad de Santiago de Compostela

2012-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) 44/2001.—Competencia judicial «en materia delictual o cuasidelictual».—Lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.—Directiva 2000/31/CE.—Derecho aplicable a los servicios de la sociedad de la información.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001; art. 3 de la Directiva 2000/31/CE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising GmbH c. X y Olivier Martínez y Robert Martínez c. MGN Limited. Ponentes: U. Löhmus y M. Safjan.

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

1) *El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.*

2) *El artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), debe interpretarse en el sentido de que no impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes. Sin embargo, por lo que se refiere al ámbito coordinado, los Estados miembros deben garantizar que, sin perjuicio de las excepciones permitidas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2000/31, el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador.*

Nota: 1. En los casos acumulados *eDate Advertising* y *Martínez*, el TJUE se pronunció sobre la competencia judicial internacional en virtud del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, y sobre el papel del art. 3 de la Directiva 2003/31/CE (Directiva de comercio electrónico), para la determinación de la ley aplicable en los casos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de contenidos publicados en Internet.

La primera cuestión prejudicial, elevada al TJUE por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), se refiere a un particular, X, domiciliado en Alemania, condenado por un tribunal alemán como cómplice por la muerte de un famoso actor y que obtuvo la libertad en 2008. La empresa austriaca de noticias *eDate* colgó materiales de este caso en su portal de Internet, nombrando a X y a su cómplice. X inició un procedimiento contra *eDate* ante los tribunales alemanes por violación de su privacidad.

El segundo caso se interpuso contra MGM, una empresa editora del sitio web del periódico inglés *Sunday Mirror*, que había publicado el titular «*Kylie Minogue is back with Olivier Martínez*», junto con detalles de encuentros entre la cantante australiana y el actor francés. Olivier Martínez y su padre iniciaron un procedimiento ante los tribunales franceses por violación de su derecho a la intimidad.

2. La primera cuestión que abordan ambos casos es la interpretación del «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», contenido en el art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001, en el caso de alegación de la vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet.

En el asunto *Mines de Potasse d'Alsace* [C-21/76 (1976) ECR 1735], el TJ estableció criterios para la interpretación del art. 5.3, de conformidad con los cuales el «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» del art. 5.3 puede ser interpretado «bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante», dado que cada uno de estos lugares presenta una conexión significativa. En el caso de referencia relativo a los supuestos de difamación a través de prensa escrita, *Fiona Shevill v. Press Alliance SA* [C-68/93 (1995) ECR I-415, nota 33], el TJCE interpretó el art. 5.3 como atributivo de un fuero de competencia a los tribunales del Estado contratante «del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria» (no necesariamente equivalente a «domicilio» previsto por el art. 2 del Reglamento 44/2001), o, alternativamente, en cada Estado «en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación»; en este segundo caso, sin embargo, limitada al daño causado en el Estado del foro.

De conformidad con el TJUE, la particularidad de los presentes casos acumulados *eDate/Martinez*, comparados con *Shevill*, es que al colocar materiales *online* el emisor pierde el control tanto sobre el número cuanto sobre la localización o emplazamiento de los usuarios que pueden consultar esos materiales. Las publicaciones en web no pueden, por tanto, compararse con la distribución de prensa escrita a nivel regional, en la cual los lugares de difusión pueden ser determinados y la distribución puede ser controlada por el emisor (*eDate/Martinez*, considerando 45). El contenido *online* es distribuido en cualquier lugar desde donde es accesible. Consecuentemente, mientras que el lugar del establecimiento del editor sigue siendo un criterio válido de competencia judicial internacional en los casos de publicaciones *online*, la utilidad del foro en el «lugar de difusión» reconocido en *Shevill* resulta obsoleta cuando esta difusión es una cuestión global, y cuando el daño potencial causado a la víctima es difícil de localizar. Además, el TJUE enfatiza que, en los casos de difusión *online* de información sobre la víctima, el daño potencial sufrido puede incrementarse considerablemente debido a los efectos «globales» de una vulneración de la intimidad vía Internet. Parece insuficiente una limitación de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado miembro en el que la publicación fue distribuida a los solos daños causados en el foro (*eDate/Martinez*, considerandos 47, 48). Por ello, el TJUE establece un nuevo foro en los casos internacionales de vulneración de los derechos de la personalidad vía Internet: el «centro de intereses» de la víctima. El centro de intereses se corresponderá de ordinario con la residencia habitual de la víctima, excepto cuando otros factores, tales como su actividad profesional en el extranjero indiquen otra cosa. El TJUE destaca la previsibilidad de este factor de conexión para el demandado (*eDate/Martinez*, considerando 50). De conformidad con el TJUE, este foro está mejor situado para valorar el impacto de la información publicada *online* sobre los derechos de la personalidad de la víctima y *todo* el daño causado podrá reclamarse en este único foro. Debe resaltarse, en todo caso, que debido a la falta de claridad del considerando 48 de *eDate/Martinez* («[...] la víctima de una lesión [...] puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño»), no queda claro si el daño que puede ser reclamado se limita a la totalidad del daño causado en cualquier Estado miembro dentro de las fronteras comunitarias, o si este considerando 48 pretende más bien clarificar que el centro de intereses de la víctima tiene que estar situado en la UE.

No obstante, y a pesar de los argumentos esgrimidos en contra de la utilidad del segundo criterio consagrado en la decisión *Shevill* (lugar de difusión) en los casos de publicaciones *online*, el TJUE mantiene la opción para la víctima de plantear la demanda en cada uno de los Estados miembros en cuyo territorio el contenido *online* es o ha sido accesible, pero en este caso sólo respecto del daño causado en el territorio del Estado del foro. La sentencia *eDate/Martínez*, por tanto, no corrige los criterios de competencia establecidos en *Shevill* con respecto al art. 5.3, sino que añade uno adicional. Por supuesto, la víctima puede también presentar su demanda en el Estado del domicilio del demandado, de conformidad con el art. 2 del Reglamento 44/2001.

3. El razonamiento del TJUE en los casos relativos a la vulneración de derechos de la personalidad a través de publicaciones *online* debe, en principio, ser aprobado, en tanto en cuanto el TJUE establece un foro en el centro de intereses de la presunta víctima. El centro de intereses como criterio de competencia es mucho más previsible para ambas partes que lugares de difusión globalmente dispersos. El hecho de que la creación de este foro opere en favor del demandante se justifica por el daño exponencialmente más alto que puede ser causado por una violación *online* de los derechos de la personalidad y, por tanto, parece aceptable a luz del considerando 11 y el art. 2 de Bruselas I. El TJUE introduce el «centro de intereses», hasta hoy generalmente conocido a partir del Reglamento (CE) 1346/2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, como un nuevo criterio de competencia en Bruselas I, pero no en concordancia con el art. 4 del citado Reglamento de Insolvencia, donde se hace referencia al «centro de intereses *principales*». Probablemente la intención no sea que en casos de difamación pueda haber más de un centro de intereses de conformidad con el art. 5.3 de Bruselas I, pero la diferencia en la formulación entre el presente caso y el art. 3.1 del Reglamento de Insolvencia es desafortunada. Aunque los tipos de intereses (económicos o privados) enunciados en el art. 3.1 del Reglamento de Insolvencia y en *eDate/Martínez*, respectivamente, no son los mismos, se podría haber utilizado la misma formulación si en ambos casos se está pensando en un solo centro de intereses.

Además, no queda claro en relación con la dimensión potencial del daño sufrido, si debe excluirse que el tribunal del Estado miembro donde se localice el centro de intereses de la víctima puede pronunciarse sobre la compensación del daño sufrido a nivel mundial. El considerando 48, más atrás citado, parece más bien indicar un límite al daño sufrido dentro de la Unión Europea, a través de la imprecisa frase «[...] en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión». Pensamos que debería evitarse una tal imprecisión en la redacción de una sentencia del TJUE.

También resulta difícil entender por qué se ha mantenido el foro del *lugar de la difusión* y la limitación al daño causado en el Estado del foro vinculado a dicho daño (*Shevill*). No ha sido un criterio adecuado para los medios de comunicación escritos, y es aún peor en los casos *online*. En primer lugar, teniendo en cuenta que, conforme a la propia argumentación del TJUE, la «difusión» en los casos de publicaciones *online* puede ser declarada muy fácilmente, la demanda puede ser potencialmente interpuesta en cada uno de los Estados miembros, lo que plantea una vía abierta para el *forum shopping*. En segundo lugar, el mantenimiento de este foro consagrado en *Shevill* puede derivar en una acción de cesación limitada a la publicación del contenido dañoso solo en el Estado del foro. No está claro cómo puede conseguirse esto en la práctica en los casos de publicaciones *online*, cuando el sitio web en cuestión necesitaría bloquearse sólo para los usuarios del Estado del foro. También es poco claro cómo puede cuantificarse el daño experimentado *únicamente en el Estado del foro*. El mantenimiento del foro del Estado de «difusión» es también problemático a la luz del

actual proceso de revisión del Reglamento Bruselas I y su potencial extensión a los demandados domiciliados en terceros Estados. En los casos futuros con demandados domiciliados en terceros Estados, el art. 5.3 concedería competencia judicial internacional a los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el supuesto contenido dañoso distribuido *online* es accesible. Esta situación es altamente imprevisible para los demandados domiciliados en terceros Estados.

4. La segunda cuestión a la que se enfrenta el TJUE se refiere al largo y duradero debate sobre si la Directiva 2000/31/EC (Directiva de comercio electrónico) se aplica o no a situaciones jurídico privadas, incluyendo la violación de los derechos de la personalidad vía Internet, y si busca establecer, en su art. 3, una norma de conflicto aplicando la ley material del Estado de origen.

A la luz de su considerando 25 y su art. 1.4, el TJUE concluye que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca cuestiones de Derecho privado, incluyendo la vulneración de derechos de la personalidad a través de publicaciones *online*, pero que no incluye una norma que implique una transposición en una norma de conflicto nacional. Teniendo en cuenta la ausencia de una norma de conflicto relativa a tales temas en el Reglamento 864/2007 [«Roma II», véase su art. 1.2.g)], la ley aplicable vendrá determinada por la correspondiente norma de conflicto nacional sobre la vulneración de los derechos de la personalidad. El papel del art. 3 de la Directiva 2000/31/CE es asegurar que la ley declarada aplicable no imponga «requisitos más estrictos» a un proveedor de servicios *online* (considerando 68 de la sentencia) que el Derecho sustantivo de su Estado de origen habría impuesto (*eDate/Martinez*, considerandos 58f, 60f, 68), con algunas excepciones en el art. 3.4.

5. Obviamente, el razonamiento del TJUE sobre el art. 3 de la Directiva de comercio electrónico tiene impacto sobre la interpretación y la aplicación de la legislación nacional que implementa sus disposiciones a las violaciones de derechos de la personalidad cometidas por proveedores de servicios *online*.

La combinación de la variedad de foros puestos a disposición de la presunta víctima, de acuerdo con el art. 5.3, junto con el foro general del art. 2 del Reglamento 44/2001, parece estar compensada por el principio del país de origen, que juega un papel correctivo de la ley aplicable: asegura que el emisor de contenido *online* está protegido cuando respeta los criterios establecidos por la ley de su país de origen. Como el TJUE señala, un proveedor de servicios no debe estar sujeto a «requisitos más estrictos» bajo la ley aplicable que aquellos que tiene que respetar en virtud del estándar de su país de origen. Podríamos plantearnos cómo va a funcionar en la práctica la interacción entre la ley aplicable y las normas vigentes en el país de origen. ¿Qué son «requisitos más estrictos»? No está claro cómo va a resolverse un supuesto en el que la ley del Estado de origen y la *lex causae* diverjan de forma considerable, pero conduzcan a los mismos resultados, y cómo se resolverá el caso contrario en el que similares mecanismos en las dos leyes conduzcan a resultados divergentes.

Igualmente, debe también ponerse de manifiesto que si el Reglamento Bruselas I extiende su aplicación a demandados domiciliados en terceros Estados, estos no disfrutarían de los beneficios del principio del país de origen previsto en el art. 3 de la Directiva 2000/31/CE, dado que su ámbito territorial de aplicación está limitado al de los Estados miembros.

6. En conclusión, aunque la sentencia del TJUE ha clarificado puntos importantes, el mantenimiento del foro del «lugar de difusión» en las situaciones *online* es desafortunado y la aplicación de las normas nacionales implementando el art. 3 de la Directiva 2000/31/CE para ajustar ese estándar de protección de la *lex causae* son

aspectos que plantean diversos problemas prácticos. Además, la redacción de la sentencia no es lo suficientemente clara en relación con algunos temas importantes.

Eva LEIN

Herbert Smith Senior Research Fellow in PIL
British Institute of International and Comparative Law

1.2. Ley aplicable

2012-8-Pr

REGLAMENTO «ROMA II», SOBRE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES.—Ámbito de aplicación temporal.—Hechos acaecidos entre el momento de su entrada en vigor y el momento de su aplicación efectiva.—Acción directa contra el asegurador.

Preceptos aplicados: Arts. 31 y 32 del Reglamento Roma II; art. 297 TFUE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.^a), de 17 de noviembre de 2011, asunto C-412/10, *Deo Antoine Homawoo c. GMF Assurances SA*. Ponente: M. Berger.

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

Los artículos 31 y 32 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»), puestos en relación con el artículo 297 TFUE, deben interpretarse en el sentido que un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable.

Nota: 1. En los últimos tiempos, las cuestiones vinculadas a la aplicación temporal de las nuevas normas comunitarias tienen un protagonismo que no deriva tanto de su gran importancia y su intrínseca complejidad (como todo lo que afecta al llamado Derecho transitorio), cuanto de descuidos, tramitaciones apresuradas o falta de sensibilidad técnica por parte de nuestros legisladores europeos. El último episodio, hasta ahora (recordemos la necesidad de modificar —a través de una corrección de errores— el art. 28 del Reglamento Roma I para afirmar su ámbito de aplicación a los contratos celebrados «a partir» del 17 de diciembre de 2009, en vez de «después del...») lo proporciona la STJUE de 17 de noviembre de 2011 en el asunto C-412/10 (*Homawoo*). Se trata de la primera sentencia interpretativa 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», RR II en adelante), y, a mi juicio, es correcta. Ofrece la mejor de las soluciones posibles a una duda relevante en torno a la aplicación temporal de las reglas del Reglamento Roma II a hechos generadores de daño, acontecidos con *anterioridad a la fecha de su aplicación* y con *posterioridad a la fecha de su entrada en vigor*. La duda no es sorprendente y ya había sido objeto de tratamiento específico (p. ej., GLÖCKNER, J., «Keine klare Sa-

che: der zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung», *IPrax*, 2009, pp. 121-124, o en el mismo número, BÜCKEN, A., «Intertemporaler Anwendungsbereich der Rom II-VO», pp. 125-128). Tras señalar muy sucintamente los hechos que provocaron la cuestión prejudicial, centraré las coordenadas temporales relevantes y concluiré muy sumariamente con la respuesta otorgada por el TJ que, como he adelantado, considero acertada.

2. El caso es sencillo y aún podría estar llamado a repetirse en el futuro. De hecho, en la práctica británica, el procedimiento que dio pie a la cuestión prejudicial corrió paralelo a otro de similar estructura que concluyó de forma distinta, según narraré. Se trata de una acción directa contra la aseguradora planteada ante los tribunales británicos por la víctima de un accidente de circulación ocurrido en Francia. La competencia de los tribunales ingleses viene dada por los arts. 11.2 y 9.1.b) del Reglamento 44/2001 en su interpretación otorgada por el TJUE [STJCE de 13 de diciembre de 2007, asunto C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV c. Jack Odenbreit*, con nota de CARBALLO PIÑEIRO, L., *REDI*, 2007-22-Pr y STJCE (Sala 3.^a), de 17 de septiembre de 2009, en el asunto C-347/08 (*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*) con nota crítica de GARAU SOBRINO, F., *REDI*, 2009-25-Pr]. El demandado tiene su domicilio en Francia y aunque la ley aplicable a la responsabilidad sería la francesa, tanto en aplicación de las normas del Reglamento Roma II, cuanto siguiendo la solución conflictual inglesa, una notable diferencia hace surgir el conflicto: la valoración del daño corresponderá a la ley francesa si se aplica Roma II [art. 15.c)] y a la ley inglesa si se aplica la solución conflictual nacional.

Los elementos temporales del caso motivan la duda: el accidente se produjo el 29 de agosto de 2007; la acción se interpuso el 8 de enero de 2009; el RR II entró en vigor el 20 de agosto de 2007; el RR II comienza a aplicarse el 11 de enero de 2009; la acción estaba pendiente tras la fecha de aplicación del RR II. En esencia, se trata de saber si el RR II determina la ley aplicable a la responsabilidad surgida de hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor y con anterioridad a su fecha de aplicación.

La jueza que entiende de la cuestión sobre la aplicación del RR II al caso [*Homawoo c. GMF Assurance SA* (2010) EWHC 1941 (QB)] es de la opinión de que la seguridad jurídica, con independencia de la situación de los procedimientos abiertos, aconsejaría tomar como fecha decisiva el 11 de enero de 2009 (fecha de aplicación), pero a la vista de la claridad del tenor del art. 31 del RR II, y tras realizar un inusual examen doctrinal de la cuestión (núms. 18 y ss. de la resolución, donde incluso se hace alusión a la Sentencia del Tribunal Federal Alemán, de 9 de julio de 2009, que pasó de refilón sobre el tema: véase su considerando 20 en *Lexetius.com/2009,2518*, considera que es necesario un pronunciamiento del TJUE (puntos 50 a 52 de la resolución, que puede verse en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/1941.html>). Efectivamente, el mencionado art. 31 dispone que «el presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor». Ello motivó, por ejemplo, que en otro procedimiento, *Bacon c. Nacional Suiza* (2010) EWHC 1941 (QB), solo tres días después de la decisión en *Homawoo*, el Juez Tomlinson considera exactamente lo contrario: que el RR II es aplicable a la acción directa contra la aseguradora en el caso de un accidente de circulación acaecido en España el 7 de septiembre de 2007. Aunque el problema de la valoración del daño no llegó a plantearse, pues el juez consideró que no existía responsabilidad por parte del causante del daño (la responsabilidad había sido exclusiva de la víctima atropellada) a los meros efectos «académicos» (así se expresa en los apdos. 37 y ss. de su decisión: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2010/2017.html>), entró en el tema y dio preferencia a una literal interpretación del citado art. 31 del RR II.

En este contexto, la cuestión prejudicial fue del siguiente tenor: «¿Deben interpretarse los arts. 31 y 32 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), en relación con el art. 297 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el sentido de que exigen que un tribunal nacional aplique Roma II y, en particular, su art. 15, letra c), en un asunto en el que el hecho que genera el daño hubiera ocurrido el 29 de agosto de 2007? [...] ¿Influye en la respuesta que debe darse a la cuestión alguno de los siguientes hechos: [...] i) que el procedimiento en el que se pretenda una indemnización de daños y perjuicios se iniciara el 8 de enero de 2009; [...] ii) que el tribunal nacional no hubiera adoptado decisión alguna en cuanto a la ley aplicable antes del 11 de enero de 2009?».

3. El TJ fue parco y contundente en su respuesta, que ya adelanta en el punto 33 de su sentencia. El RR II sólo se aplica a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento ni la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable. Las razones para esta solución se cifran en la garantía de la previsibilidad, seguridad jurídica y aplicación uniforme a supuestos similares. La respuesta ataja así situaciones paradójicas o simplemente aleatorias, que plantearía considerar dentro del ámbito de aplicación temporal los hechos surgidos con posterioridad al 20 de agosto de 2007: por ejemplo, de considerar como momento crítico el de la fecha de entrada en vigor, un hecho ocurrido el 29 de agosto de 2007 tendría un régimen jurídico distinto en función de que se juzgase y sentenciase antes del 11 de enero de 2009 o después. En el primer caso no podría ser de aplicación el RR II y se resolvería conforme a las normas nacionales (u otras convencionales), mientras que en el segundo sí (ello sin introducir otros momentos relevantes que aumentarían la heterogeneidad: inicio del procedimiento, momento procesal de determinación de la ley aplicable, momento de visto para sentencia, momento de la sentencia...). Esta misma situación paradójica podría extenderse a un mismo hecho dañoso con varias víctimas implicadas y varias acciones interpuestas por cada una de las víctimas en momentos distintos, que estarían sujetas a distintas leyes aplicables, por el mero hecho de las vicisitudes procesales.

Estas vicisitudes procesales introducen un alto grado de incertidumbre, incompatible con los referidos objetivos del RR II. Pero además, como se puso de manifiesto ya desde el propio procedimiento de remisión, la mera solución que parte de *momentos procesales* se muestra claramente deficitaria para las situaciones en las que, sin más, no hay ni tiene por qué haber proceso. Es decir, todas las situaciones en las que las partes pueden llegar a un acuerdo sin necesidad de intermediación de un tribunal. La jueza de remisión lo pone de manifiesto (núm. 46 de su resolución); en las Conclusiones del abogado general (núms. 53 y ss.) también se retiene esta idea como relevante para hacer valer la solución que al final se propuso: para negociar hay que tener certeza de la ley que sería aplicable en caso de no llegar a un acuerdo. No obstante, el mismo argumento fue, o bien rebajado de importancia o incluso utilizado también en sentido contrario: la indefinición sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de hechos acaecidos tras la entrada en vigor del RR II y el momento de su aplicación puede ser un incentivo para que las partes implicadas lleguen a un acuerdo sin pasar por un juez (véase DICKINSON, A., «Tick, Tock: Temporal Application of the Rome II Regulation Referred to the CJEU», www.conflictoflaws.net, de 13 de agosto de 2010, haciéndose eco —y asumiendo— la postura del juez en el caso *Bacon*).

Esta discusión sobre idénticos tópicos con conclusiones diferentes también es apreciable en cómo se aborda el análisis de los trabajos legislativos que desembocan en la redacción final de los preceptos controvertidos: en las conclusiones del abogado general (núms. 25 y ss.) se realiza un detallado análisis de antecedentes y tramitación para concluir que la fecha relevante es la que figura en el art. 31 como fecha de aplicación. Por su parte, el juez en el asunto *Bacon*, hace lo propio en los Considerandos 46 y ss. de su resolución, para llegar justo a la conclusión contraria.

4. La sentencia ofrece, como señalé, una respuesta correcta (incluso quienes habían propuesto la contraria, es decir, la aplicación del RR II a los hechos ocurridos a partir del 20 de agosto de 2007, así lo consideran, modificando su postura: DICKINSON, A., *op. cit.*). Entre la doctrina española había sido una solución asumida [GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «The Rome II Regulation: On the Way Towards a European Private International Law Code», *European Legal Forum*, 2007 (3), pp. 77-91, p. 81, nota 17; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Cizur Menor, 6.ª ed., 2011, p. 565] y cierra el problema que fue prontamente detectado. El caso, además, da la oportunidad de ver la riqueza del razonamiento y la existencia de discursos igualmente coherentes, aunque con conclusiones distintas, en las ilustrativas resoluciones locales *Bacon* y *Homawoo* (véase SCHULZE, G., «Vorlagebeschluss zur intertemporalen Anwendung der Rom II-VO», *IPRax*, 2011, pp. 287-288).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
 Universidad de Santiago de Compostela

2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2012-9-Pr

FILIACIÓN NATURAL.—Acción de impugnación de la paternidad: inadmisión a limine de demanda de impugnación.—Sentencia extranjera declarando la filiación impugnada.—Disposición Transitoria 6.ª de la Ley 11/1981. Art. 764.2 LEC.—Derecho de acceso a la jurisdicción. Principio *pro actione*.—Amparo constitucional.—Vulneración existente.

Preceptos aplicados: art. 24.1, art. 39.2 CE; DT 6.ª de la Ley 11/1981; art. 764.2 LEC.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) núm. 8/2011, de 28 de febrero.
 Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

F.: Aranzadi Westlaw, RTC 2011/8.

[...] *La doctrina que acaba de exponerse, conduce a la estimación de esta primera queja de la demanda de amparo. Por lo que hace referencia al Auto de inadmisión dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en éste se adopta como veíamos dicha decisión aplicando exclusivamente el art. 764.2 LECiv; concediendo efectos de Sentencia firme en España a la dictada por el Tribunal de Lima en 1970 y que las recurrentes aportaron junto con su demanda. Sin que se argumente sobre validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha Sentencia extranjera. Pues bien, pese a lo señalado por el Ministerio Fiscal no existe dato objetivo alguno que permita colegir, ni siquiera de modo tácito, que el Juzgado tuvo en cuenta la posible aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 que las actoras reclamaban.*

[...] En principio, la apreciación judicial de que los hechos del caso presentan un elemento de extranjería como es la nacionalidad y residencia de la codemandada doña N. G. P. C., o el país donde se ha dictado la sentencia que se invoca, y que ello obliga a atender a las reglas de conflicto de los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil constituye un juicio de legalidad ordinaria del que, en principio y por ello mismo, no cabría hacer reproche en este proceso de amparo. Además, su aplicación *ex novo* por el Auto de la Audiencia no puede reputarse como una injerencia judicial indebida en la configuración del objeto litigioso, causante por ello de incongruencia e indefensión: primero, porque la aplicación de esas reglas de conflicto, cuando proceden, devienen de carácter imperativo *ex arts. 12.1 y 12.6 CC*. Segundo y no menos relevante, porque como las propias recurrentes de amparo admiten, el art. 9.4 CC fue objeto de consideración en su escrito de demanda de primera instancia.

[...] El Auto de apelación recurrido empieza por sostener que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 deviene un precepto material, mientras que el art. 764.2 LECiv lo es de naturaleza procesal. No aporta sin embargo las razones para poder discernir esta diferente calificación, siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente, según hemos visto ya.

Esa diferencia se afirma sin más de manera apodíctica y, apoyándose en ella, el Auto de apelación excluye la aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 al no haberse acreditado una norma extranjera de similar tenor. Sin embargo, no hace lo propio con el art. 764.2 LECiv, sobre el que no plantea la posible incidencia de reglas de conflicto internacional, dejando expedita su aplicación con el resultado de inadmitirse la demanda ahora por presunto óbice de cosa juzgada, en virtud de la sentencia peruana. Óbice que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de haberse podido aplicar, habría desactivado.

Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el derecho a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.1 CE).

Nota: 1. Son muchos los interesantes puntos vinculados al DIPr que plantea la STC 8/2011 (Sala 2.^a), de 28 de febrero. Demasiados para ser desarrollados convenientemente en el estrecho marco de esta nota de jurisprudencia. Por ello me concentraré en enumerarlos, ordenarlos y emitir una tentativa opinión de por dónde habrían de ir los tiros, cuando el TC no los ha disparado, por no ser necesario para resolver lo que se le pedía.

El TC concede el amparo por considerar vulnerado el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso al proceso en un supuesto en el que a las demandantes (tres hermanas) se les inadmitió *a limine* una acción de impugnación de la filiación al considerar el Juzgado, primero, y la Audiencia Provincial, después, que la existencia de una previa sentencia declarando el vínculo de filiación cuya impugnación se pretendía era supuesto de hecho del art. 764.2 LEC, a cuyo tenor, «los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme...». Las demandantes argüían la aplicación al caso de la DT 6.^a de la Ley 11/1981, que señala: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

La internacionalidad del supuesto venía dada por la nacionalidad y residencia habitual de la hija cuya filiación se impugnaba y, sobre todo, porque la sentencia que in-

tegraba el supuesto de hecho de ambas normas citadas era una Sentencia del Juzgado Civil núm. 4 de Lima, de 2 de septiembre de 1970. Además de este principal elemento, los aspectos que en las sucesivas instancias judiciales y ante el TC tuvieron más o menos relevancia fueron la existencia de una competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles de acuerdo con el art. 22.3 LOPJ, la relevancia del art. 9.4 CC en orden a la determinación de la ley aplicable a la acción interpuesta, la prueba del Derecho californiano (¿?) y del Derecho peruano, la nacionalidad no española de la hija demandada y la calificación (procesal o sustantiva) de los dos preceptos enfrentados en las instancias judiciales, es decir, la citada DT 6.^a de la Ley 11/1981 y el art. 764.2 LEC. De entre los diversos argumentos utilizados por el TC, este último me parece que está en el trasfondo de la admisión del amparo, como luego señalaré, aunque ciertamente de forma colateral o instrumental.

Tras resumir sucintamente los hechos y antes de analizar el contenido de la STC también haré mínimamente alusión a la situación que motivaba que las recurrentes en amparo arguyesen, junto a la vulneración del art. 24.1 CE, la del principio de igualdad del art. 14 CE, pues puede resultar interesante desde el DIPr:

2. El supuesto fáctico que llega hasta el TC parte de la existencia de la referida sentencia peruana de 1970 que declara la filiación entre el padre de las demandantes y su presunta hermana. Tras la muerte del padre esta última instó un procedimiento de intervención de caudal hereditario del causante aduciendo su relación de parentesco declarado en aquella sentencia. Las demandantes y recurrentes ante el TC promovieron la correspondiente acción de impugnación de la filiación que fue inadmitida, tal cual señalé con anterioridad. No queda clara la nacionalidad de la demandada cuya filiación se impugna (sí parece que no es española) ni su residencia habitual (que parece que es California); existe una hermana codemandada —por no ser demandante—, cuya nacionalidad es española; las demandantes residen en España y dos de ellas, al menos, son españolas. Y lo más sorprendente de todo: en ningún momento se pone de manifiesto si la sentencia peruana fue objeto de reconocimiento en España o no. Algo que en el razonamiento del TC tampoco ocupa un lugar destacado.

3. Como dije, el TC concedió el amparo por considerar que se había vulnerado el art. 24.1 CE y, como consecuencia de ello, no entró a valorar si había existido vulneración del art. 14 CE. Esta presunta vulneración intuyo que se refiere simplemente al hecho (una vez entrado en juego el art. 9.4 CC) de que la filiación resultaría distinta de unas «hermanas» a otras. Algo que, como sabemos, es el resultado normal de que la norma de conflicto remita a dos leyes distintas para dos personas distintas. Ningún trato discriminatorio pues en que la ley francesa diga que este francés es hijo de Pedro y este español no lo es. En la pasada jurisprudencia del TC (aunque referida a un supuesto de filiación en el ámbito interregional) la STC 236/2000 (Sala 2.^a), de 16 de octubre de 2000, es sumamente ilustrativa de este hecho. Sin embargo, el texto de la sentencia nos alerta de que quizá exista algún tipo de razón (no necesariamente constitucional) en la queja de las recurrentes: la Audiencia rechazó la aplicación del Derecho español y las recurrentes consideran que eso supone una clara discriminación «sólo por el hecho de que la demandada tiene o ha adquirido una nacionalidad distinta de la española». No conocemos todos los datos precisos para saber si nos encontramos ante la hipótesis que propongo a los meros efectos especulativos: ¿quid de la situación en que efectivamente la demandada nació española (o le fue atribuida la nacionalidad española como consecuencia de la acción de filiación: art. 17.1 CC en 1970, redacción según Ley de 15 de julio de 1954)? ¿Puede un cambio de nacionalidad «blindar» la sentencia que de otra forma podría ser (en su caso) revisada? Típico supuesto de conflicto móvil en el que el margen que en su día planteó Julio González Campos

abogando por una solución *favor filii* (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. 1, p. 86) probablemente hubiera de traducirse en este caso en una solución pro verdad biológica o pro igualdad de trato.

4. No fue necesario, sin embargo entrar en tan delicado asunto, pues el TC vio claro desde el primer momento que había una vulneración de la tutela judicial efectiva. Sus razones fueron algunas genéricas e incluso formales, típicas de una comprensión amplia del derecho de acceso a la jurisdicción presidido por el principio *pro actione* desprovisto de rigorismo o formalismo excesivos; otras más sustantivas. Las reconducibles a problemas de DIPr ocupan una posición no siempre clara.

En el FD 3.º se adelanta el juicio positivo al amparo. Y comienza el TC con una frase esperanzadora para los que leemos esta crónica al señalar que el Juzgado concede eficacia a la sentencia peruana sin argumentar «sobre validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha sentencia extranjera». Quizá este hecho, absolutamente sorprendente desde la óptica del DIPr, no fuese bastante para admitir el amparo, por lo que el TC abandona inmediatamente esta línea de razonamiento para señalar que lo realmente clave es que el Juzgado obvió absolutamente toda referencia a la DT 6.ª de la Ley 11/1981, como si solo existiese el art. 764.2 LEC. Faltó explicación y además (el además lo añadido yo) hay que tener en cuenta el art. 39.2 CE, sobre el derecho a la investigación de la paternidad (último párrafo del FD 3.º, que parece jugar más como argumento *tópico* que como clave de la decisión).

5. En el FD 4.º el TC ataca el auto de la Audiencia para llegar a la misma conclusión de su incompatibilidad con la tutela judicial efectiva. Mientras que el Juzgado había decidido, sin más, aplicar la LEC e inadmitir la demanda por considerar que se daba el supuesto de hecho de su art. 764.2, en contra de la opinión de las demandantes de que era aplicable la referida DT 6.ª y sin justificación o explicación alguna del porqué de tal solución, la Audiencia decidió entrar en un huerto nuevo: el de la aplicación de una eventual ley extranjera por mediación del art. 9.4 CC. A la sorprendente prueba del Derecho extranjero *californiano y peruano* planteada por las demandantes, nada objetó la Audiencia (es decir, nada dijo de a qué título era aplicable el californiano, parece que de la residencia habitual de la demandada) ni a qué título el peruano: ¿nacionalidad de la hija? o ¿caso corolario de la asunción de la teoría de la extensión de efectos de las sentencias extranjeras reconocidas en orden a su eventual modificación? No creo que ni por asomo se estuviese pensando en estos términos. Es más, el devenir de este razonamiento «conflictual» pone de manifiesto que la habilidad de la Audiencia en el manejo de estos temas no era mucha. Su razonamiento concluye que no habiéndose probado que la ley californiana o la peruana contenían una norma similar a la de la DT 6.ª, «no procede aplicar al caso de autos la DT 6.ª de la Ley 11/1981 y habida cuenta que los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas, con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales —(art. 3 de la LECiv)— es aplicable el art. 764.2 de la LECiv.».

El razonamiento no pudo ser más errático. En primer lugar, y como ya he señalado, nada se dice sobre las condiciones de reconocimiento de la sentencia extranjera. En segundo término la «selección» de la ley aplicable es aleatoria: peruana o californiana, ¿por qué? En tercer lugar la global articulación de la argumentación es igualmente sorprendente: una propuesta admisible sería, efectivamente, considerar que la posibilidad de modificar una sentencia sobre filiación es algo que debe determinar la ley rectora de la misma: se busca esa ley y se aplica. La consecuencia lógica de lo que parece haber acreditado la Audiencia sería que no cabe esta tal acción porque no está

prevista en la ley aplicable (la ley nacional de la hija). Pero «su» lógica es que no cabe aplicar la ley española (¿sustantiva?) porque la ley aplicable extranjera no prevé un mecanismo similar. Nada que añadir a tan singular aproximación. Lógica que aún da una nueva pirueta para desembocar en la LEC: esto es un tema procesal y se aplica el art. 764.2 LEC. Pues bien, para ese viaje no hacían falta las alforjas de los arts. 9.4, 9.1 y 12.1 CC que tan eruditamente cita la Audiencia. Y así se lo reprende el TC cuando le dice que este razonamiento vulnera la tutela judicial efectiva de los demandantes.

El TC no entiende de piruetas y calificaciones sustantivas o procesales. No considera lesivo para la tutela judicial efectiva el hecho de que se haya incorporado un razonamiento conflictual en la segunda instancia cuando no se había suscitado en la primera (algo que alegaban las recurrentes en amparo): las normas de conflicto se aplican de oficio —dice el TC— y además el tema de la aplicación del Derecho extranjero ya venía planteado en la demanda. Lo que es inadmisibles a los ojos del TC es que la Audiencia realice una diferencia apodíptica entre el art. 764.2 LEC y la DT 6.^a de la Ley 11/1981. Que —dentro de su incoherente razonamiento, añado yo— considere que ambas normas son tan distintas (¿una sustantiva y otra procesal?); que asuma un «tratamiento diferenciado de normas sustancialmente de la misma índole». Y es claro: los supuestos de hecho de ambas normas contemplan la acción de filiación que contraría una sentencia firme anterior. Y ello requiere una delimitación de ambas para salvar esta antinomia normativa, si es que ello es posible (el criterio temporal sería el más adecuado); no vale una opción apriorística como la de la Audiencia.

Nos priva el TC (ciertamente no era ese su cometido) de saber si tales normas han de calificarse como integrantes de la ley rectora de la filiación o como normas puramente procesales y ajenas a la dimensión sustantiva. Sí parece indicarnos que la calificación ha de ser la misma, sin perjuicio de que el sistema exija una delimitación escrupulosa de su supuesto de hecho. A mi juicio, se trata de dos normas que integran el ámbito de aplicación de la ley rectora de la filiación.

6. La STC como dije, está preñada de temas de DIPr. El último, llamativo e impreciso en cuanto a su verdadero alcance, se refiere a la competencia judicial internacional. También como argumento (creo) *ad abundantiam*, el TC recalca que tanto el Juzgado como la Audiencia han dejado de conocer en un caso para el que existía competencia judicial internacional de los tribunales españoles (art. 22.3 LOPJ). Con cita de la conocida STC 61/2000, de 13 de marzo, no sé si el TC pretende sumar otro argumento (innecesario e impropio, pues no considero que exista analogía entre los supuestos de hecho de ambos casos) o meramente (como hizo con el recurso al art. 39.2 CE) reafirmar su conclusión, mediante la reproducción literal y entrecomillada de un párrafo de la STC 61/2000 como antesala, sin mayores explicaciones, del fallo.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2012-10-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DESPIDO.—Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de demanda de despido presentada por trabajadores españoles frente a empresa extranjera y

socios con domicilio en España.—Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 18-21 Reglamento 44/2001; art. 25 LOPJ.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), núm. 1548/2011, de 28 de febrero. Ponente: Amador García Ros.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/181267.

TERCERO. [...] En definitiva a la vista de los argumentos que nos preceden, debemos estimar el recurso de suplicación, declarando que los Juzgados y Tribunales españoles no son competentes para conocer de este proceso de despido contra la empresa Moonstone shipping LTD, en los que existe un elemento de extranjería que está domiciliado en un Estado miembro, como es Malta. Y en cambio, sí somos competentes para conocer del despido frente a los socios demandados, por tener su domicilio en España. En consecuencia, ahora debemos resolver, como se pide en el recurso, si procede la nulidad de la sentencia por falta de motivación, y si en definitiva, estos tienen la legitimación pasiva que les atribuyó la sentencia de instancia sin realizar al respecto ningún tipo de razonamiento.

QUINTO. En cuanto, a la vulneración de la doctrina del levantamiento del velo, tenemos que estimar el recurso, y por ende, estimar la falta de legitimación pasiva de los recurrentes. De acuerdo con reiterado criterio jurisprudencial —SSTS de 20 de enero de 2003, de 26 de diciembre de 2001, de 25 de mayo de 2000— levantar el velo de una persona jurídica equivale a hacer una abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas y excepcionales, de tal forma que se deja sin efecto el principio de separación de patrimonios e incomunicabilidad de sus responsabilidades, entre la persona jurídica y las personas físicas que la soportan, o incluso entre diferentes empresas, si estas formase un grupo. Esta teoría, lo que en realidad persigue es dar preeminencia a las realidades económicas sobre las formas jurídicas y todo ello en función de salvaguardar un interés superior público. Ahora bien, el levantamiento del velo, como construcción doctrino judicial, sólo puede ser apreciada por los Jueces y Tribunales, y únicamente es posible aplicarla para aquellas situaciones que se han venido perfilando doctrinalmente, como puede ser la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona/s física/s (socios) y su sociedad o en el uso de la persona jurídica con clara intencionalidad de perjudicar los derechos de los trabajadores que ha contratado. En el caso, presente, de los hechos probados, ni en la mejor de las interpretaciones, se puede deducir que los recurrentes hubieren colocado a la empresa en alguna de estas situaciones, ni tampoco, por lo que a este procedimiento atañe, que hubieren utilizado la personalidad jurídica de ésta con clara voluntad de perjudicar el derecho de los actores, es más, tal y como se apunta en el escrito de recurso y se recoge en la sentencia, cuando, alguno de los socios utilizaba la embarcación para fines privados, estos corrían con los gastos que con su uso conllevaba.

Nota: 1. Los hechos que acaban en el despido de los dos trabajadores reclamantes son difíciles de concretar, aunque no acaban siendo objeto de análisis en la decisión aquí comentada; se decide sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la reclamación presentada frente a la compañía que operaba el yate en el que ambos trabajaban, así como frente a sus socios españoles, cuestión de la que nos ocuparemos en primer lugar (2). El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también decide sobre la falta de motivación de la sentencia

de instancia, cuestión sobre la que falla en sentido negativo, apuntando que sí había motivación, aunque fuera somera, del rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva de los socios españoles. Precisamente, esta última cuestión es la que justifica la estimación del recurso de suplicación presentado por los demandados y que será abordada en esta nota en último lugar (3). La cuestión de fondo, finalmente no resuelta, es la impugnación del despido presentada por la dotación de un yate matriculado en Malta, compuesta por un capitán y una asistente, ambos de nacionalidad española. El yate es propiedad de una sociedad con sede en Malta, que es la que gestiona su contratación a terceros.

2. La relación contractual de ambos trabajadores con la citada compañía maltesa se inicia en el año 2008, existiendo contrato por escrito con el capitán, verbal en el caso de la camarera. La fecha de contratación indica, como señala el Alto Tribunal catalán, que el asunto encaja dentro de la Sección 5.^a del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante, RB I), dedicado a contratos individuales de trabajo como los aquí discutidos. Por otra parte, tanto la compañía como los socios demandados tienen domicilio en un Estado miembro. Sin embargo, el análisis de si concurre la competencia judicial internacional de los tribunales catalanes ha de disociarse en función de los demandados.

Previamente, deben hacerse dos precisiones: la primera atañe al juego de la autonomía de la voluntad en materia de trabajo, restringido, como es sabido, por mor de la presencia de una parte débil en el contrato. Ello conlleva la inoperatividad de la sumisión expresa a los tribunales de Malta contenida en el contrato de trabajo suscrito por el capitán del yate despedido (a tenor de lo dispuesto en el art. 21 RB I). La segunda cuestión, de más enjundia, concierne al foro especial por razón de la materia previsto en el art. 19.2 RB I; la Sección 5.^a del Reglamento distingue entre trabajador y empresario para atribuirles unos y otros foros de ataque, más amplios en el primer caso y que incluyen el lugar de prestación habitual de trabajo. Pues bien, tratándose de un buque que no se limita a navegar por aguas territoriales, enfrentamos el problema de determinar cuál sea dicho lugar de prestación habitual de trabajo, produciéndose aquí un interesante enlace entre el Derecho internacional público y el privado: por regla general, se atribuye la jurisdicción sobre el buque al Estado del pabellón, también en materia laboral. Esta atribución es muy discutida, atendiendo al principio de libre inmatriculación y a la huida de las flotas hacia pabellones de conveniencia. En este supuesto, cabe destacar que el Alto Tribunal catalán no duda en designar como lugar habitual de trabajo a Malta, el Estado del pabellón del yate, también sede de la sociedad propietaria del yate. Ello no obsta a que el caso proporcione un buen ejemplo de la internacionalización del mar, puesto que se apunta en la relación de hechos que el yate fue construido en Polonia, trasladado por una tripulación australiana hasta Ibiza, luego se dirigió a Grecia e hizo parte del invierno en Port Ginesta (Cataluña), no acercándose prácticamente a puertos malteses.

Descartados los criterios anteriores para fundar la jurisdicción española, queda el domicilio de las partes demandadas, una con sede en Malta y las otras, los socios demandados, con domicilio en Cataluña, foro a partir del que la primera instancia resolvió y que ha conducido a la suplicación aquí decidida. Concretamente, la demanda sólo se admite a trámite respecto a estos últimos, puesto que, como recuerda el tribunal de segunda instancia, no cabe la conexidad, ya que no es aplicable el art. 6.1 RB I, por no estar incluido, tampoco por remisión, en la Sección 5.^a RB I (STJCE de 22 de mayo de 2008, asunto C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline c. Jean-Pierre Rouard*).

3. El grado de heterogeneidad de las relaciones laborales marítimas es tal que bien puede ocurrir que los elementos relevantes de la relación laboral apunten todos ellos a distintos Estados. Ahora bien y por razón de los mecanismos convencionales dispuestos para frenar esta internacionalización, proliferan en la práctica marítima las denominadas *one ship companies*, esto es, sociedades que sólo tienen un bien, el barco, con el objeto de eludir a los acreedores de la compañía que realmente gestiona el navío, o navíos, y cuyo domicilio social suele coincidir con el pabellón del barco. En estos casos, los tribunales suelen acudir a la doctrina del levantamiento del velo social, lo que así parece hacer; en este caso, el tribunal de instancia en relación con los socios españoles de la sociedad maltesa (aunque, como se desprende de la relación de hechos probados, finalmente no les condene por caducidad de la acción).

De la motivación del Tribunal Superior de Justicia destaca la relación de indicios que han de concurrir para proceder al levantamiento del velo, «como puede ser la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la/s persona/s física/s (socios) y su sociedad o en el uso de la persona jurídica con clara intencionalidad de perjudicar los derechos de los trabajadores que ha contratado» (véase FJ 5.º), lo que no concurre en el caso, donde claramente se separaban las actividades de la sociedad de las de los socios, como cuando éstos usaban el yate para sus vacaciones privadas pagando de su bolsillo sus propios gastos. Es de destacar, en particular, que el sueldo de los trabajadores era pagado a través de transferencia por la compañía maltesa; aunque no siempre, puesto que en autos consta que las reclamaciones por retraso eran dirigidas a los socios, habiendo pagado alguno en mano el salario correspondiente. En todo caso, no hay razones suficientes para levantar el velo, tampoco desde la perspectiva de la jurisprudencia del TJUE, formulada en materia de insolvencia (véase STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli Davide*).

4. Sin que puedan merecer reproche las argumentaciones jurídicas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el asunto pone sobre la mesa una realidad jurídica en la que el *forum shopping* se corporeiza a través de la constitución de una sociedad en el Estado de inmatriculación del yate, probablemente a efectos de disminuir los costes fiscales y laborales de su gestión. Ello tiene otra consecuencia y es la remisión, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, a un foro que, en principio, no coincide con el del domicilio del trabajador; privándole, en consecuencia, de un arma esencial en la defensa de sus derechos laborales.

Laura CARBALLO PIÑEIRO
Universidad de Santiago de Compostela

2012-11-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Divorcio.—Inaplicación del Reglamento 2201/2003.—Aplicación de la LOPJ. Falta de competencia judicial internacional.

Preceptos aplicados: art. 22 LOPJ.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), de 1 de junio de 2011.
Ponente: Rosario Hernández Hernández.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/247156.

Es al caso de aplicación lo dispuesto en el art. 22 de la LOPJ [...].

No concurren los presupuestos determinantes de la competencia judicial de los Juzgados y tribunales españoles para el conocimiento y fallo de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo [...].

No es dable la aplicación postulada del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 [...].

[...] en primer lugar no se ejercita acción en reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio dictada por país extranjero, sino que se pretende la declaración de divorcio y sanción judicial ex novo de convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial, razón por la cual no es de aplicación el meritado Reglamento comunitario, tal y como se indica por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición [...].

Pero es más, ni siquiera en el supuesto más favorable a la tesis de los recurrentes hubiera sido factible la aplicación del mentado Reglamento, pues este solo ampara y atrae la competencia de los Juzgados y tribunales españoles cuando se trate de Estados miembros, dándose la circunstancia de que no forma parte de la Comunidad Europea Chile, país de origen de estos litigantes, en el que uno de ellos reside, como así lo hace la hija común [...].

Nota: Puesto que esta nota se publica en una revista especializada, que se lee esencialmente en el ámbito universitario, en realidad huelga todo comentario a la retahíla de despropósitos contenidos en los párrafos que se reproducen. No se pueden cometer más errores en tan breve espacio. El Reglamento, tal y como indica su propio título, contiene normas de competencia judicial internacional, tanto para lo que es la disolución del vínculo, como en relación con la responsabilidad parental y no se refiere únicamente al reconocimiento y ejecución de decisiones. En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario no procede aplicar el art. 22.3 de la LOPJ que fundamenta la decisión que se comenta. Los tribunales españoles son competentes en virtud del art. 3, apartado *a*) del Reglamento comunitario respecto al divorcio, por hallarse en España la residencia habitual de uno de los cónyuges y plantearse la demanda de mutuo acuerdo. Por lo que respecta a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, pese a residir la hija común en Chile, posiblemente pudiera apreciarse una prórroga de competencia en virtud del art. 12.1, pues tal era la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental. De acuerdo con el apartado cuarto del citado precepto tal prórroga se vería favorecida puesto que «cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 [...], se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor» y Chile no es Estado parte ni del Convenio de La Haya de 1961 en materia de protección de menores, ni del posterior Convenio de 1996. En relación con las pensiones de alimentos se hubiera debido examinar el Reglamento 44/2001, que hubiera atribuido competencia a los tribunales españoles por tratarse de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, en cuyo caso es competente el tribunal competente para conocer de ésta (art. 5.2).

Concurren además, al menos, cinco circunstancias agravantes. Yerra la Audiencia de la capital del Reino, tribunal de apelación de una provincia en la que están empadronados 1.063.803 ciudadanos de nacionalidad extranjera (fuente: Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid, datos del año 2009). Yerra un órgano colegiado, integrado por tres magistrados. Yerra dicho órgano amparándose en un escrito erróneo del Ministerio Fiscal. Se trata de un error reiterado puesto que el Auto objeto de comentario confirma un Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Majadahonda. Por consiguiente, no se trata de un desliz imputable a la falta de diligencia o pericia de un individuo concreto, sino de algo mucho más profundo, de un fallo de la Administración de justicia.

Este fallo se produce en relación con un sector normativo muy concreto, respecto al cual constatamos una y otra vez un déficit de formación muy importante (véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La aplicación en España del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental: señales de alarma», *RJC*, 2011-3, pp. 731-741). Puesto que a la formación nos dedicamos los profesores de Derecho internacional privado que como colectivo sostenemos esta *Revista*, parte de la responsabilidad de la situación es nuestra y de las Facultades de Derecho españolas que han favorecido una formación cada vez menos exigente, en la que frente a la complejidad creciente del ordenamiento jurídico la respuesta es la laxitud. No hemos conseguido, además, que se introduzcan nuestras materias en los temarios de las oposiciones a jueces o fiscales ni que el Derecho internacional privado sea parte significativa de la formación posterior, que se imparte en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos encargado de la formación de los fiscales.

Existen, sin embargo, algunos datos que abren perspectivas de mejora de la situación actual. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que conforme al art. 81.2.f) del TFUE, precepto que forma parte del Capítulo 3 del Título V relativo a la cooperación civil, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. El 13 de septiembre de 2011 se hizo pública la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones titulada «Crear Confianza en una Justicia Europea. Nueva Dimensión de la Formación Judicial Europea» [COM (2011) 551 final]. En dicha comunicación se pone de manifiesto que la formación judicial es esencial para construir un espacio judicial europeo, abriéndose importantes perspectivas de futuro, también desde un punto de vista financiero, para el periodo 2013-2020. Quizás sea este el empujón que faltaba para que la formación en Derecho internacional privado de nuestros jueces y fiscales mejore significativamente.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Protección de menores

2012-12-Pr

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.—Derechos de visita.—Sentencias contradictorias dictadas en Estados miembros distintos.—Nulidad de sentencia por falta de competencia judicial internacional.

Preceptos aplicados: art. 8 del Reglamento 2201/2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5.^a), de 25 de febrero de 2011. Ponente: Manuel Conde Núñez.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/169933.

No procede declarar la nulidad de la sentencia de instancia [...] con fundamento en que los tribunales españoles carecían de jurisdicción y competencia para conocer del procedimiento de relaciones paterno-filiales [...].

Aún cuando sea dudoso si era a los tribunales belgas o a los tribunales españoles a los que les correspondía la competencia [...] y aún cuando los tribunales belgas [...] consideren que la competencia para conocer del presente litigio [...] les corresponde a los tribunales de ese país no es menos cierto que, a pesar de ello, ni siquiera el Tribunal de apelación de Bruselas considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia [...] objeto del presente recurso sea nula [...] por cuanto se hace referencia en la sentencia belga [...] los órganos jurisdiccionales en adelante competentes tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y papel de padre [...].

[...] dada la situación actual del conflicto —tener que decidir los tribunales españoles sobre el régimen de visita— hace innecesario que tengamos que pronunciarnos sobre la competencia ab initio de los tribunales de uno u otro país [...].

Nota: 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña pone fin a un largo litigio judicial acerca de la guarda y custodia de una niña de muy corta edad, que había sido trasladada desde su lugar de residencia habitual, Bélgica, a España, el 17 de diciembre de 2008. La decisión que comentamos reproduce fragmentos tanto de la decisión española dictada en primera instancia, como de decisiones dictadas en Bélgica, en primera y segunda instancia, acerca de la misma cuestión. Las sentencias de primera instancia dictadas en España —el 11 de noviembre de 2009— y en Bélgica —el 20 de octubre de 2009— eran contradictorias, puesto que atribuían respectivamente la guarda y custodia a la madre (en España) y al padre (en Bélgica). Afortunadamente tal contradicción se resuelve en segunda instancia, pues en Bélgica el Tribunal de Apelación de Bruselas dictó una Sentencia el 17 de junio de 2010, atribuyendo la custodia a la madre y dicha decisión es corroborada por la Audiencia Provincial. Por lo que respecta al régimen de visitas el tribunal de apelación belga expresa su confianza en que los órganos jurisdiccionales españoles «tendrán a bien restaurar vínculos normales entre Sandra y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y papel de padre». Los tribunales españoles, sensibles a dicha muestra de confianza, resuelven acerca de dicho régimen de visitas ampliando el concedido en instancia.

2. Son varias las cuestiones a comentar y por razones de espacio lo haremos de manera selectiva y muy sucinta. Una primera cuestión litigiosa entre los progenitores es el carácter lícito o ilícito del traslado, cuestión examinada en España en un procedimiento previo de sustracción internacional de menores, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Reglamento 2201/2003.

El juez español denegó el retorno de la niña por entender que D. Abilio no detenía derechos de custodia que hubieran sido vulnerados por el traslado de la niña a España. Esta interpretación no es compartida por las autoridades belgas quienes entienden que, siendo la patria potestad respecto a la menor conjunta, las decisiones de trascendencia —como el cambio del lugar de residencia al extranjero— corresponden conforme al Derecho belga a ambos progenitores. Si tenemos en cuenta la interpretación autónoma del concepto de custodia efectuada en los arts. 5 del Convenio de La Haya y 2.11.b) del Reglamento comunitario, todo indica que la decisión española que no apreció la ilicitud del traslado no era correcta y que la razón asiste a las autoridades belgas.

Siendo esto así *de lege lata*, este caso pondría de manifiesto algunos déficits de la regulación actual de la sustracción de menores, que ya han sido reiteradamente denunciados. Aunque el art. 5 del Convenio de La Haya alude tanto al cuidado cotidiano

del niño como al derecho a determinar el lugar de residencia, es esta última cuestión la que acaba teniendo mayor peso. Si como ocurre en el caso que examinamos, ambos progenitores detentan derechos a intervenir respecto a la determinación del lugar de residencia de un niño, quien no ejerce el cuidado cotidiano del niño acaba teniendo la posibilidad de interponer la acción de retorno.

El desequilibrio que esta regulación introduce debería contrarrestarse estableciendo mecanismos para poder efectuar los traslados lícitamente. Más concretamente, en la situación fáctica que se deduce de la sentencia que comentamos, Dña. Juana debería haber podido trasladarse a España sin incurrir en ningún acto ilícito, puesto que era ella quien ejercía la mayor parte del cuidado cotidiano y D. Abilio nunca convivió con Dña. Juana ni con la niña y, aunque tenía cierta implicación en la crianza de la menor, nunca fue su cuidador principal. Además Dña. Juana tenía razones de peso para trasladarse a España ya que había perdido su empleo en Bruselas. En tales circunstancias no parece legítimo exigir a Dña. Juana que mantenga su domicilio en Bruselas. Es, por tanto, necesario que se regulen adecuadamente las denominadas *relocation disputes* como forma de prevenir actuaciones unilaterales que desencadenan la aplicación de los mecanismos de retorno.

3. Otra cuestión discutible es la competencia de los jueces belgas en cuanto al fondo una vez los tribunales españoles habían desestimado la acción de retorno. Es de lamentar que la Audiencia eluda pronunciarse sobre esta cuestión pues existen argumentos favorables a la competencia de los tribunales españoles que deberían haberse examinado toda vez que se había solicitado la nulidad de las actuaciones realizadas en España por falta de competencia judicial internacional. Puesto que el juez español competente para decidir acerca del retorno de la menor a Bélgica llegó a la conclusión —aunque sea errónea— de que el traslado era lícito, no se acaba de entender por qué se transmitió copia de la resolución judicial de no restitución a las autoridades belgas al amparo del art. 11.6 del Reglamento Bruselas II bis. Conforme al tenor literal del precepto dicha transmisión solo es obligatoria si la no restitución se fundamenta en el art. 13 del Convenio de La Haya. En la doctrina se discute si procede en caso de concurrencia de otras causas de denegación del retorno. Si la decisión de no retorno se basa en la falta de ilicitud del traslado se puede perfectamente defender que no son aplicables ni el art. 11.7 ni el art. 10 del Reglamento. Por consiguiente, una vez resuelto el incidente relativo a la sustracción y firme la decisión de que el traslado era lícito, serían de aplicación las reglas generales del Reglamento Bruselas II bis, en virtud de las cuales el cambio de residencia habitual de la niña implicaría un cambio en la autoridad competente. Serían, por tanto, las autoridades españolas las competentes para decidir acerca de la guarda y custodia y los derechos de visita en relación con la menor Sandra y procedería desestimar la solicitud de nulidad de las actuaciones por haber sido estas realizadas por autoridad competente.

En el caso que nos ocupa las autoridades belgas y españolas se consideraron, sin embargo, simultáneamente competentes respecto al fondo de la disputa entre los progenitores. En tales circunstancias no funcionó tampoco de manera correcta la regla relativa a la litispendencia contenida en el art. 19.2 del Reglamento, que hubiera obligado al tribunal frente al que se hubiere presentado la segunda demanda a suspender de oficio el procedimiento en tanto no se hubiere establecido la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. El resultado son dos sentencias contradictorias dictadas en primera instancia en Bélgica y Holanda que generan una situación claudicante y dificultan la relación del niño con el padre frente al riesgo —no infundado— de que éste aprovechara el ejercicio de los derechos de visita otorgados por la sentencia española para trasladarse a Bélgica, país en el que sería titular de la custodia.

4. Este es otro aspecto que llama la atención. A pesar de que se trataba de una niña de corta edad que nunca había convivido con su padre, el mero hecho de que la madre la hubiera trasladado a España es suficiente para que los tribunales de este país otorguen derechos de custodia al padre. Por consiguiente, el caso que comentamos demuestra que la posición jurídica de quien ha trasladado a un niño al extranjero se ve afectada en el procedimiento en cuanto al fondo. La distinción teórica entre dos procedimientos —uno relativo al traslado y otro respecto a la disputa en cuanto al fondo— no se sostiene en la práctica y el interés superior del niño, que debería ser la consideración principal para decidir acerca de la guarda y custodia, acaba siendo prejuzgado. Aunque la decisión que comentamos no entra en el tema, no debe perderse de vista que la sustracción de menores es frecuentemente una acción punible. Por consiguiente, quien la comete no ve restaurado el *statu quo* ante sí se ordena el retorno.

5. El caso que comentamos demuestra adicionalmente que finalmente es el paso del tiempo el factor que acaba siendo decisivo en la resolución del litigio. En segunda instancia los tribunales belgas no pueden sino acabar reconociendo que es la sustractora quien a pesar de todo debe ser la titular de la guarda y custodia. Ha pasado un año y medio desde el traslado y la niña no ha tenido ningún contacto con su padre desde entonces. A esta misma conclusión llegan los tribunales españoles que además recogen otros datos. Con el transcurso del tiempo la madre de la niña había contraído matrimonio y había tenido otro hijo. Lo único que se puede hacer en tales circunstancias es incidir sobre el derecho de visita y modularlo a fin de que se restaure la relación entre el padre y la niña, pues ya no es imaginable que madre e hija regresen a Bruselas. En este extremo hay acuerdo entre las autoridades belgas y españolas. Estas últimas acceden a un régimen de visitas ampliado, respecto al concedido en primera instancia.

6. Desde un punto de vista judicial así concluye la disputa acerca de la guarda y custodia. Tras una larga batalla judicial frente a los tribunales españoles y belgas, resta por ver si los derechos de visita que esta sentencia otorga al padre podrán ejercerse con normalidad. En cualquier caso se comprueba que las reglas contenidas en el art. 11 del Reglamento Bruselas II bis no han tenido ningún impacto positivo y solo han contribuido a dilatar la resolución del caso y a exacerbar el conflicto entre los progenitores.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

4.2. Filiación natural

2012-13-Pr

FILIACIÓN.—Maternidad subrogada.—Inscripción en el Registro Civil español: no.—Menores nacidos en California.—Promotores cónyuges varones.—Contrariedad con legislación registral vigente.—Contrariedad con orden público español.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; arts. 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006; art. 34.1 del Reglamento 44/2001; art. 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 9.3, 10.1, 14, 15, 39.2 de la Constitución Española; art. 23 de la Ley del Registro Civil; art. 954.3 LEC de 1881; art. 23 de la Ley de Adopción Internacional; arts. 12.4, 175

y ss., 1.271, 1.274 y 1.275 CC; arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil; Instrucción DGRN de 7 de octubre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.^a), de 23 de noviembre de 2011. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/420242.

Segundo. También desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, [...] existen importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación pretendida [...]. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34.1 del Reglamento 44/2001); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. Principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la Ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

Nota: 1. La raquítica reproducción del texto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 no refleja convenientemente la importancia de la decisión, la tercera en un caso ampliamente conocido, tras la Res. DGRN de 18 de febrero de 2009 (nota QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *REDI*, 2009, pp. 215-219) y la posterior Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010. Recordemos: tras la admisión de la inscripción de la filiación de dos gemelos nacidos en California mediante gestación por sustitución, a favor del matrimonio de varones españoles comitentes, el recurso del Ministerio Fiscal fue estimado por el Juzgado. Ahora, la AP ratifica la sentencia de instancia.

De la real importancia del caso da cuenta, al menos, la enumeración del arsenal de Derecho positivo manejado: preceptos «citados», más que preceptos propiamente aplicados, pero que alertan sobre la complejidad del debate. El hecho de haberme pronunciado en otro momento sobre la gran mayoría de aspectos que aborda y resuelve dicha sentencia (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, 2010, pp. 339-377, especialmente, pp. 354-356), me exime, creo, de abundar en aquellos en los que coincido con la AP (la mayoría). Basta recordar que estoy en general de acuerdo con lo que la sentencia anotada señala en los Fundamentos de Derecho primero, donde se reafirma la opera-

tividad del art. 23 LRC, como obstáculo legal al reconocimiento, con las matizaciones que hice en mi trabajo citado (p. 356); tercero, donde se describe que el caso, y otros similares, suponen un fraude a la ley española, *lato sensu* considerado, en el que la ausencia de conexión es un factor relevante (pp. 362-364; véase, en sentido contrario, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood», *YPIL*, 2010, núm. 12, pp. 619-637, pp. 632-633); cuarto, donde se afirma con razón la ausencia de discriminación entre el supuesto de dos cónyuges varones y el de cónyuges mujeres (pp. 352 y, sobre todo, 361); y quinto, en el que también se afirma el *interés del menor* no se ve *necesariamente* afectado con la no inscripción, ya que el ordenamiento jurídico provee múltiples vías de su tutela *in casu* (pp. 370-371, entre otras). Por ello, limitaré mi comentario a lo dispuesto en el FD 2.º, con el que discrepo (2), antes de concluir (3).

2. En el FD 2.º, se habla del obstáculo del orden público como impedimento a la práctica de la inscripción. La AP sigue en la órbita del tipo de procedimiento registral incoado (solicitud de inscripción con base en certificaciones de registros extranjeros) pero su discurso vale igual para referirnos al reconocimiento de una propia sentencia extranjera declarando la filiación surgida de maternidad subrogada o la propia relación de filiación. Se trata, de un orden público, al decir de la Audiencia, que tutela *que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona*: los arts. 10.1, 14 y 39.2 de la Constitución Española entran en juego para oponerse al reconocimiento de cualquier tipo de sentencia o de situación que haga valer una maternidad subrogada en España.

Es realmente difícil abordar este tema, cuando en él coinciden opiniones desde puntos de vista tan alejados como los de un feminismo o un catolicismo militantes (obviamente, desde distintas perspectivas). A mi juicio, la consecuencia común y más problemática para nuestro Derecho de una maternidad de sustitución, es decir, el hecho de que la filiación que de ella deriva no coincida con la filiación materna de la madre gestante, no es per se contraria al orden público español; los alegados derechos fundamentales no se ven, en mi opinión, afectados. No veo por ningún lado afectada la *dignidad* de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que *libre y voluntariamente* acepta esa petición. Por supuesto, no veo en qué medida puede verse afectada la dignidad del nacido (véase, en este mismo sentido, ATIENZA, M., «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 2008, núm. 14, pp. 4-9). Como ya he señalado en el lugar más atrás citado, ello no significa que cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada sea inmune al orden público español, sino que este título de determinación de la filiación no es, *en todos los casos*, contrario a nuestro orden público: porque no en todos los casos cosifica al nacido; no en todos los casos denigra a la madre gestante; no en todos los casos hay «beneficios materiales indebidos». ¿Consideramos la adopción contraria al orden público español? No, per se. Mas, en ocasiones, sí puede producirse una vulneración de la dignidad de los padres biológicos, una vulneración de sus derechos a ser oídos, sí puede acontecer una comercialización del menor adoptado, sí la existencia de «beneficios materiales indebidos». Y en estos casos, la adopción sí vulnera el orden público español. Y sí se ven afectados los arts. 10.1, 15, 39.2 (y otros) de la CE (la visión de la sentencia en este punto coincide con la de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, p. 633). Distinguir entre los supuestos aceptables y los no aceptables es mucho más justo (y puede que más eficiente para la tutela de los derechos implicados: así lo ven TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P., «International Surrogacy Arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level», *Journal of Private International*

Law, núm. 7, 2011, pp. 627-647, p. 647, cuando exigen una regulación específica) que abstraerse del caso concreto y defender un orden público apriorístico y voluntarista.

En apoyo de su visión, la AP se vuelca sobre el «contrato» de gestación subrogada para apuntalar la vulneración del orden público español en un caso, y para considerar que el art. 10 de la Ley 14/2006 es una norma de policía en los términos del Reglamento Roma I. Al margen de la inadecuada mención de este último (véase art. 1.2 del mismo) hay que hacer mención a dos extremos: por un lado, que, en términos de reconocimiento de una sentencia extranjera (o de una situación jurídica), son sus concretos efectos en el ordenamiento jurídico del foro y no sus causas legales los que han de ser contrastados con los principios de orden público; de nuevo, puede haber una correlación (es frecuente que la haya) entre el reproche o desvalor que se aparezcan a unas (las normas extranjeras) y otros (los efectos del reconocimiento en el foro), pero es una correlación *no necesaria* en todos los casos. En cuanto a la consideración del mencionado artículo como norma de policía o norma material imperativa, tampoco me parece que deba abundarse en la distinta operatividad que poseería esta calificación en sede de ley aplicable y en sede de reconocimiento (hace un análisis más detallado de esta posible calificación QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, punto 3.1, pp. 16 y ss.).

3. Es difícil saber si este será el último episodio en el caso resuelto. En otros similares acaecidos en fechas recientes en países de nuestro entorno y resueltos de forma similar se ha anunciado que se recurrirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del inefable art. 8 de la Convención. Resulta incierta la suerte de tales recursos. El muy conocido precedente de la Sentencia *Wagner c. Luxemburgo* es una referencia obligada en aras al necesario respeto de las situaciones de estado civil consolidadas en el extranjero (junto con la más reciente *Negrepontis-Giannis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011). No obstante, no veo clara la traslación de su doctrina a todos los casos que nos ocupan (véase KINSCH, P., «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zúrich, 2010, pp. 259-275, pp. 272-273; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, p. 635), aunque sí podría cubrir una parte de ellos.

En todo caso, lo que sí creo es que difícilmente se mantendrá la doctrina sentada por la sentencia que comentamos de forma indefinida. Si consideramos pertinentes sus argumentos, la importancia y el peso sustancial de los principios de orden público alegados suponen un obstáculo casi insalvable para el reconocimiento de las situaciones generadas por una práctica imparabla. Aunque yo no creo que sean pertinentes en todos los casos, lo que sí creo es que la necesidad de una regulación *ad hoc* se hace cada vez más necesaria.

Para concluir, la situación tras la futura entrada en vigor de la nueva LRC clarificará, para bien, algunas dudas y defectos del procedimiento registral a que se contrae el presente caso, pero no aporta —porque no es su función— elementos fundamentales para orientar la general problemática del reconocimiento en España de la filiación derivada de maternidad subrogada.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹
Universidad de Santiago de Compostela

¹ Esta nota se ha hecho con una subvención de la Secretaría General de Universidades del Ministerio de Educación (Ref. PR2011-0125, del Programa de Movilidad).

4.3. Adopción internacional

2012-14-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Ley aplicable: dimensiones internacional e interna.—Necesidad de propuesta previa para la adopción de menores bajo régimen de kafala.

Preceptos aplicados: arts. 14, 18, 19 y 34 de la Ley de Adopción Internacional, 9.5 CC, 115 y ss. del *Codi de Família* catalán.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), de 27 de junio de 2011. Ponente: M.ª José Pérez Tormo.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/320499.

Con su demanda inicial los instantes aportaron la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos legales para la constitución de la adopción [...].

Un mero examen de los documentos aportados pone no obstante de manifiesto que no se ha aportado la propuesta previa que debe emitir l'Institut Català d'Acolliment i de l'Adopció, con el contenido que exige el artículo 120 del Codi de Família, pero en esta alzada se ha acordado la realización de un informe por el ICAA sobre la situación y adaptación del menor a la familia adoptante, habiéndose informado sobre la plena adaptación del menor a la familia instante de la adopción.

Antes de entrar a examinar la cuestión que concretamente se nos plantea ahora en el presente supuesto, se hace necesario determinar cuál es la legislación aplicable [...].

Nos encontramos por tanto, ante un supuesto en el que un menor está residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de los instantes, a quienes se ha otorgado la tutela dativa «Kafala» por la autoridad judicial competente del país de origen del menor, que solicita ante las autoridades judiciales españolas la constitución de la adopción [...].

La competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el artículo 14 de la Ley de Adopción Internacional. Son los artículos 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (art. 18.a) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (art. 19.1.b). Residiendo adoptantes y adoptando en Cataluña, la legislación aplicable pues, es la contenida en el Codi de Família, artículos 115 y siguientes [...].

El art. 117 del Codi de Família permite la adopción de las personas que se encuentren en situación de acogimiento preadoptivo y de las personas que se encuentren en situación de acogimiento simple de los que quieran adoptar si no es posible el retorno de aquellas a su familia [...].

La Sala estima, que en el presente caso de constitución «ex novo» de una adopción de un menor extranjero que se encuentra en régimen de acogimiento familiar, no se requiere la propuesta previa de la entidad pública. Dicha propuesta previa se exige en los supuestos de adopción de un menor que ha sido previamente declarado en situación de desamparo por la entidad pública [...].

Estos supuestos son totalmente diferentes a los que se plantean en la constitución de una adopción de un menor extranjero, cuya situación de acogimiento viene determinada

por resolución de la autoridad competente del país de origen del menor. La intervención de la entidad pública en estos supuestos se limita a garantizar la concurrencia de las condiciones de idoneidad del adoptante o adoptantes y el positivo seguimiento del acogimiento una vez el menor se traslada a España, pero no es la institución o autoridad que ha constituido el acogimiento o ha solicitado su constitución y su intervención no viene determinada por su condición de tutora legal del menor extranjero. Si la medida de protección de menores adoptada por la autoridad competente extranjera es asimilable a una tutela, el propio artículo 120 del Codi de Família no exige la propuesta previa, permitiendo a los adoptandos la petición directa ante los Juzgados, sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptante y la concurrencia de las demás condiciones y requisitos exigidos en la ley.

Nota: 1. El punto de partida de los hechos que dieron lugar al auto que examinamos es el nacimiento de un niño en Marruecos, en octubre de 2007. Al cabo de diez meses, en agosto de 2008, un juzgado marroquí declara que es un niño abandonado y constituye una *kafala*, nombrando *kafils* a un matrimonio de españoles residentes en España. Cinco meses más tarde, en enero de 2009, el mismo juzgado autoriza la salida del menor del territorio marroquí, momento desde el cual pasa a residir en España con los *kafils*. En una fecha indeterminada pero próxima a dicho traslado, estos instan la constitución de la adopción del menor, que es denegada por el JPI núm. 7 de Martorell en un Auto de diciembre de 2009; frente a ello, los instantes de la adopción formulan un recurso de apelación que da lugar al presente auto.

El JPI había denegado la constitución de la adopción por dos motivos: primero, la ausencia del informe de las autoridades marroquíes certificando que el menor podía ser adoptado, y segundo, la falta de aprobación de la cuenta final de la tutela. La AP da la razón a los apelantes al entender, por una parte, que no cabe exigir un informe que dichas autoridades no pueden emitir, por ser la adopción una institución desconocida en el Derecho marroquí; y por otra, que no pueden rendirse cuentas de una tutela inexistente. Esta última conclusión es del todo acertada, por cuanto la *kafala* no es una tutela, sino que *se equipara* al acogimiento familiar o a la tutela en virtud del art. 34 de la Ley de Adopción Internacional (LAI).

2. Descartados así ambos impedimentos, la AP procede a verificar si cabe constituir la adopción, y para ello se plantea en primer lugar cuál debe ser el Derecho aplicable a la misma, pasando de puntillas sobre la determinación de su propia competencia judicial internacional —si bien entendemos que la misma no plantea dudas con base en los criterios del art. 14 LAI—. La AP afirma que debe aplicar el Derecho español en virtud de los arts. 18 y 19 LAI, aunque en puridad tan sólo debería haber usado el primero para declarar aplicable la ley española —en tanto que el menor reside en España en el momento de la constitución de la adopción: art. 18.1.a)—. En efecto, el art. 19.1 plantea la posibilidad de aplicar adicionalmente la ley nacional del adoptando —*in casu*, el Derecho marroquí— para determinar su capacidad y los consentimientos de todos los sujetos intervinientes en la adopción. Para ello, deben concurrir ciertas circunstancias (residencia del adoptando fuera de España o no adquisición de la nacionalidad española mediante la adopción) que ciertamente no se dan en el caso examinado. Con todo, ello simplemente comporta que no sea necesario tener en cuenta la ley nacional del adoptando; y no, como afirma la AP, que la futura adquisición de nacionalidad española por parte de éste comporte la aplicación del Derecho español a la constitución de la adopción.

En este sentido, debe destacarse lo expeditivo de la determinación de la ley aplicable: en ningún momento el tribunal se plantea descartar la toma en consideración

de otra legislación —la marroquí, *qua* ley personal del adoptando—, de acuerdo con el complejo entramado de leyes potencialmente susceptibles de ser aplicadas o tomadas en cuenta en virtud de los arts. 19 o 20 LAI. Cabe pensar que esta preterición no es sino un reflejo de la complejidad de la regulación de la LAI al respecto (complejidad subrayada críticamente, por ejemplo, por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», *Diario La Ley*, 25 de marzo de 2008, núm. 6.910, pp. 1-8, pp. 4-5, o por PARADELA AREÁN, P., «Breve comentario a la Ley 54/2007 de adopción internacional», *REEI*, 2008, núm. 16, pp. 1-12, p. 4).

Merece señalarse que la AP se plantee expresamente la dimensión interterritorial del supuesto, y justifique la aplicación de los arts. 115 y ss. del *Codi de Família* catalán —aún aplicables de modo transitorio, puesto que en la fecha del auto estas normas ya habían sido derogadas y sustituidas por los arts. 235-30 y ss. del Libro II del Código Civil de Cataluña—. La AP basa esta elección en la residencia de adoptantes y adoptando en Cataluña. Se trata de un criterio aceptable ante la falta de una solución expresa en la LAI (ausencia denunciada, en relación con el Proyecto de LAI, por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, diciembre 2007, núm. 22, pp. 2597-2618), y que de hecho ya había sido utilizado anteriormente (p. ej., por la propia AP de Barcelona en su Auto de 20 de octubre de 2008, con nota de ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, 2009-1, pp. 217-220). Parecería, con todo, más apropiado limitarse al criterio de la residencia del adoptando —excluyendo la de los adoptantes, ya que en el momento de constitución de la adopción no tienen por qué coincidir necesariamente ambos lugares—, proyectando así al ámbito interterritorial la solución prevista a nivel internacional por el art. 18 LAI, para dar con ello cumplimiento al mandato del art. 16.1 CC.

3. Con base en el Derecho catalán, la AP termina por constituir la adopción de un menor marroquí traído a España bajo régimen de *kafala*. Y lo hace disponiendo que, en situaciones como la examinada, no será necesaria la propuesta previa de la entidad pública autonómica ni el transcurso del plazo de un año desde la fecha en que el menor se encuentra acogido por los adoptantes. Ello se justifica porque la entidad pública en cuestión, la autoridad catalana, no es la que ha intervenido en la constitución del acogimiento: recuérdese que la *kafala* había sido constituida por un juzgado marroquí. El problema de esta solución es que descansa en una presunción de control por parte de la autoridad del Estado de origen del menor, que haría innecesario un nuevo control en España; en cambio, para la constitución de la *kafala* la autoridad competente en ningún caso ha procedido a un control que tome en consideración las consecuencias de la adopción, en especial en lo relativo a la absoluta modificación de los vínculos familiares entre el adoptando y sus familias biológica y adoptiva, puesto que como es sabido la *kafala* no supone modificación alguna de estos vínculos (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico (“kafala”)», *Diario La Ley*, 3 de mayo de 2010, núm. 7.393, pp. 8-13, p. 8). Por ello, la interpretación de la AP da carta de naturaleza a procedimientos acelerados de «conversión» de *kafalas* en adopciones: con escasos controles tanto en uno como en otro Estado (situación denunciada por ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional: entre la realidad y el deseo», *REEI*, 2009, núm. 17, pp. 1-39, pp. 18-19, apdos. 27-28), y sin que sea necesario ni siquiera el transcurso de un año de acogimiento para iniciar el procedimiento; permisividad que contrasta con las concepciones más restrictivas de otros Estados —p. ej., Francia— (*id.*, p. 13, apdo. 19).

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

4.4. Obligaciones contractuales

2012-15-Pr

INSCRIPCIÓN DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE PROPIEDAD DE MENOR EXTRANJERO.—Delimitación de leyes aplicables: validez del título, eficacia jurídico real, publicidad registral.—Falta de acreditación de las medidas de protección del menor adoptadas por resolución judicial extranjera.—Aplicación extrajudicial del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 1 y 4 Convenio de Roma de 1980; arts. 9.1, 9.4, 10.1, 10.11 12.1 y 12.6 CC; arts. 4, 18, 99 y 100 LH; art. 281 LEC; art. 36 RH; art. 168.4 RN.

Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad).

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2011/3435.

*[...] FD Cuarto: [...] el problema que se plantea en el presente supuesto no es la falta de autorización judicial de una enajenación o la no acreditación de tal autorización —cuestiones que la doctrina de forma mayoritaria incluye dentro de la capacidad y, en consecuencia, excluye del ámbito de aplicación del Convenio de Roma— sino la falta de acreditación del cumplimiento de las cautelas impuestas por la resolución judicial venezolana autorizadora de tal enajenación. En consecuencia, la cuestión que debemos resolver es si nos encontramos ante cuestiones que el Convenio incluye dentro del ámbito de la *lex contractus* y, por tanto, quedarían sometidas al ordenamiento español o si, por el contrario, se trata de dos cuestiones que el propio instrumento comunitario deja fuera de la Ley aplicable al contrato —y del ámbito de aplicación material del propio Convenio— y que quedarían sometidas al ordenamiento nacional al que remitiesen las normas de conflicto de cada Estado.*

[...] FD Séptimo: Una vez identificados los diferentes ordenamientos que podrían reclamar su aplicación al presente supuesto, y tras identificar la función que cumple cada uno, la correcta resolución del presente supuesto obliga a precisar de forma inequívoca el modo en que se interrelacionan todos ellos y, en especial, la relación entre el ordenamiento aplicable a la capacidad y el que regula los aspectos relativos a la eficacia real y publicidad.

De este modo, corresponde al ordenamiento español establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente transmitida la propiedad del bien inmueble. Ello supone que, pese a que el título que se pretenda inscribir se someta a un ordenamiento diferente, su eficacia traslativa queda supeditada a la concurrencia de título válido y modo exigida por el Derecho español. Ahora bien, a la hora de determinar si existe o no título válido para dotar de eficacia real al contrato deberá acudir al ordenamiento venezolano para determinar si la falta de acreditación de las cautelas impuestas por el Juez tiene o no consecuencias sobre la propia relación contractual y, en su caso, identificar cuáles serían tales consecuencias [...].

Y lo mismo cabe señalar con relación a la publicidad registral —al fin y al cabo, la cuestión planteada en el presente recurso—. La normativa registral española persigue evitar a toda costa la inscripción de títulos claudicantes y ello se manifiesta de forma clara en los artículos 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria al exigir al Registrador que sólo

se proceda a la inscripción cuando, entre otros requisitos, se acredite la capacidad de los otorgantes del título —acreditación que se extiende a la legitimación para intervenir en la relación jurídica, en los casos de representante legal o voluntario, o del órgano de la persona jurídica otorgante— y a la validez de los actos dispositivos. La aplicación de todo lo apuntado al presente supuesto implica que, tal y como ya se ha apuntado, será el ordenamiento venezolano el que determine si existía legitimación para intervenir en la celebración del contrato por parte del padre del menor y, si resultaba necesario establecer determinadas cautelas para considerar cumplidos tales requisitos. Ahora bien, como también se ha señalado con anterioridad, también será este ordenamiento al que corresponda determinar si la falta de acreditación de los mencionados requisitos tendría consecuencias sobre la suerte del contrato o, por el contrario, se proyectarían únicamente sobre el ámbito de las relaciones paterno-filiales. El Registrador únicamente debería denegar la inscripción si se verificara la primera posibilidad, dado que sólo en tal caso se vería comprometida la validez del contrato. Por el contrario, si la información que le suministrara el ordenamiento venezolano es que la falta de acreditación de la emisión del cheque a favor del menor y de la consignación del pago carecen de incidencia alguna sobre la propia relación contractual y, en consecuencia, no existe duda alguna sobre la validez del título inscribible, el Registrador no debería poner obstáculo alguno a la inscripción por tales motivos.

FD Octavo: Llegados a este punto, es necesario poner de manifiesto que, la aplicación al presente supuesto de la legislación venezolana queda sometida necesariamente a su acreditación ante el Registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba [...]. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto [...].

[...] Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la Ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma [...]. En consecuencia, el Registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

FD Noveno: En el presente supuesto, la calificación negativa del Registrador se basa en una referencia genérica a «la necesidad de acreditar el cheque como medio de pago empleado y su posterior consignación [...] por aplicación de la autorización judicial extranjera», sin fundamentar tal solución en la aplicación del ordenamiento venezolano ni hacer mención alguna a una eventual falta de acreditación del contenido de este ordenamiento. Esta falta de referencia al ordenamiento venezolano supone un incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 12.6 del Código Civil que, como ya se ha apuntado, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto, en este caso el artículo 10.11 del Código Civil. Dado que dicho precepto remite al ordenamiento venezolano, la calificación negativa del Registrador sólo podría haberse basado, bien en el hecho de no considerar válidamente acreditado el contenido del Derecho venezolano o bien, en la aseveración, bajo su responsabilidad, de que para tal ordenamiento la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos impuestos por el órgano judicial puede afectar a la validez de la propia relación contractual y, en

consecuencia, existiría el riesgo de que un título claudicante pudiera acceder al Registro. Por el contrario, lo que no puede hacer el Registrador es ignorar en su calificación el ordenamiento al que remite la norma de conflicto que resulte aplicable, vulnerando de este modo una norma —el artículo 12.6 del Código Civil— cuya aplicación resulta imperativa para cualquier autoridad española, incluidas las registrales.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Nota: 1. La Resolución parcialmente transcrita resuelve un recurso frente a la suspensión de la inscripción en el Registro de la Propiedad español de la compraventa de partes indivisas de varias fincas situadas en nuestro país, de las que era propietario un menor venezolano. El padre, en calidad de representante legal del menor, había obtenido de la correspondiente autoridad judicial venezolana una autorización para proceder a la venta; autorización que se acompañaba de dos cautelas: el empleo de un cheque como medio de pago y su consignación judicial. El negocio jurídico fue autenticado ante notario venezolano y posteriormente protocolizado por notario español. El Registrador, en un primer momento, opone diversos defectos —que, por razones de espacio, no serán analizados en esta sede—; pero desiste posteriormente de todos, excepto del relativo a la falta de acreditación de las referidas cautelas.

La DGRN estima el recurso, al entender que la decisión del Registrador no se encuentra debidamente motivada. En efecto, la suspensión, a juicio de la DGRN, estaría justificada en dos supuestos: el primero, en caso de que la autoridad española entendiese que no se ha probado de forma suficiente la ley venezolana, en tanto que ley aplicable a la determinación de las consecuencias que sobre la validez del título inscribible pueda acarrear la mencionada falta de cumplimiento de los requisitos impuestos por la autoridad judicial extranjera (sobre la determinación de la ley aplicable, §§ 2 y 3); y el segundo, si el registrador considerase que, como consecuencia de la falta de cumplimiento de las cautelas, el título no es válido, a tenor de lo establecido en dicha ley, aunque ésta no haya sido acreditada, pero siempre que sea conocida por el propio registrador. A mi juicio, la alegación de esta segunda razón sustentaría sin dudas la nota de calificación recurrida, por lo que, en este punto, la Resolución resulta plenamente acertada. Sin embargo, generaría más dudas la suspensión derivada de la falta de prueba de la ley extranjera aplicable (al respecto, § 4). En todo lo demás, se trata de una decisión modélica en su argumentación, que da muestra de un manejo impecable de la normativa aplicable.

2. La inscripción de la compraventa —que, como indica la DGRN, es la cuestión que, en definitiva, se plantea en el recurso— está sujeta a las normas españolas (arts. 18, 99 y 100 LH); y éstas imponen a la autoridad registral que compruebe que el título sea válido, lo que incluye que haya sido otorgado por personas capaces. De esta forma, resulta preciso realizar una delimitación de las diferentes leyes que resultan aplicables a los diversos aspectos que determinan la validez de la compraventa; pues su eficacia jurídico-real, como también aclara el Centro Directivo, estaría sujeta a la ley española, en tanto que *lex rei sitae* (art. 10.1 CC). En la tarea de precisar las leyes aplicables a la validez del título (exigido, junto con el modo, por la ley española, para que opere la eficacia traslativa del negocio), la DGRN efectúa una delimitación intachable de las normas de conflicto. Afirma, en primer término, la aplicabilidad del Convenio de Roma de 1980 (CR), descartando la del Reglamento Roma I (RRI) en atención a su ámbito temporal, dado que la compraventa tuvo lugar antes de la entrada en vigor del instrumento institucional (véase art. 28 RRI). La *lex contractus*, en consecuencia, sería la española en atención a la presunción específica del art. 4.3 CR:

la DGRN se plantea y rechaza el recurso a la cláusula de excepción del art. 4.5 CR, porque el contrato no presenta vínculos más estrechos con otro Estado que no sea el español: además de ser España el lugar donde se encuentran los inmuebles, es en este país donde tiene su residencia habitual el comprador. En segundo lugar, la DGRN recuerda que el CR no disciplina la ley aplicable a la capacidad (art. 1.2 CR); y que, en atención a la calificación autónoma que es preciso realizar para concretar el ámbito de la exclusión, tanto la cuestión de si los contratantes son capaces para concluir el negocio, como las modalidades de ejercicio de la representación legal y las cautelas que la acompañan, están exceptuadas del instrumento convencional. Resulta obligado, por tanto, determinar la ley aplicable a esta cuestión de conformidad con las normas de conflicto estatales.

La DGRN advierte a continuación que a efectos de precisar qué norma de conflicto española debe aplicarse, la calificación debe realizarse *ex lege fori* (art. 12.1 CC), de forma que las cautelas impuestas por el juez venezolano, que no se habrían observado (o, al menos, acreditado), pertenecen al ámbito de la representación legal, antes que a la capacidad. Ciertamente, el ordenamiento español establece, entre los deberes de los progenitores, el de recabar la correspondiente autorización judicial para la enajenación de inmuebles que pertenecen a los hijos (art. 166 CC). Y, aunque la jurisprudencia española no haya sido constante en lo que respecta a la incidencia de la ausencia de tal autorización sobre la validez del contrato [véase, sobre las diversas posturas mantenidas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 225/2010, de 22 de abril, *Westlaw Aranzadi* RJ 2010/2380], de lo que no cabe duda es que dicha falta de autorización afecta a la eficacia del negocio. Así, en la sentencia antes citada, el TS, a la luz de lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, considera que, aunque no se trate de un supuesto de nulidad radical ni de anulabilidad, el negocio jurídico se hallaría incompleto; que tendría una eficacia provisional, pendiente de ratificación por el afectado. Debe observarse, en este punto, que el TS entiende que la autorización judicial no es un complemento de la capacidad, sino «un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo» (FD 5.º de la sentencia antes citada). Es más: la STS de 22 de abril de 2010 califica el art. 166 CC de «norma imperativa» cuyo incumplimiento «lleva a la aplicación del art. 6.3 CC» (*ibid.*). Cabría, por tanto, considerar que es la ley española, en tanto que *lex contractus*, la que debe precisar las consecuencias de la ausencia de autorización. Pero en el supuesto que la DGRN examina la venta sí se encontraba autorizada judicialmente. Como se ha indicado, el problema que opone el registrador es la falta de acreditación de las condiciones que, adicionalmente, la autoridad venezolana impuso, supuestamente en aplicación de la *lex fori*. De ahí que lo que corresponda es decidir si esta ley —u otra— debe determinar las consecuencias de tal incumplimiento.

Como se ha indicado, la DGRN entiende que conforme a la calificación española, la autorización judicial no se refiere *sensu stricto* a la capacidad, sino a la representación legal. La norma de conflicto aplicable no es, por tanto, el art. 9.1 CC, sino el citado art. 10.11 CC. De esta manera, es la ley rectora de la representación, esto es, la reguladora de las relaciones paterno-filiales, la que rige las consecuencias que sobre el contrato puede tener el incumplimiento de los deberes del representante. La remisión que efectúa el art. 10.11 CC, debe entenderse realizada en el caso en concreto a lo dispuesto en el art. 9.4 CC, según el cual se aplicará la ley nacional del hijo, esto es, la de la República Bolivariana de Venezuela. En este punto, pues, se plantea la cuestión de la prueba de la ley extranjera en el ámbito extrajudicial (§ 4).

3. Pero antes de analizar el tratamiento del Derecho extranjero en esta sede, interesa detenerse, siquiera brevemente, en un aspecto que la DGRN no aborda, cuál es

la posible aplicación al caso de los instrumentos convencionales en la materia. Así, en primer lugar, el Convenio de La Haya de 1961 puede descartarse, al margen de cualquier otra consideración, en atención a su ámbito espacial, pues su art. 13 exige que el menor resida habitualmente en un Estado parte (y Venezuela no lo es). Sin embargo, atendiendo al criterio espacial, el Convenio de La Haya de 1996 desplazaría al art. 9.4 CC, habida cuenta del carácter universal de sus normas de conflicto (art. 20 CH 96), lo que invita a continuar indagando en su aplicabilidad, y revela dudas en lo que respecta al ámbito material y, vinculado a éste, también al temporal. A tenor de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 3.g) CH 96, no cabe duda de que el Convenio de La Haya de 1996 regula tanto competencia como la ley aplicable a la *adopción* de medidas de protección de los bienes de los menores, como la consistente en la necesidad de autorización judicial previa a su enajenación por los representantes legales. Pero no es posible afirmar con igual rotundidad que el CH 1996 también se aplica a la cuestión de determinar la ley rectora de las consecuencias que comporta sobre la validez de una compraventa el hecho de que no haya sido autorizada, o no se hayan cumplido ciertas cautelas. Las dudas derivan del hecho de que el Convenio vincula la ley aplicable a la competencia previamente establecida: según el art. 15.1 CH 96, las autoridades competentes (para la adopción de medidas) deben aplicar su propia ley, salvo que consideren que existe una ley más vinculada con el supuesto. Y, a este respecto, el *Informe explicativo* ilustra que, precisamente en esta materia, en interés del menor cabría considerar más vinculada la ley del lugar donde radican los inmuebles, cuando de lo que se trata es de autorizar la venta de dichos bienes, cuando se encuentran en un Estado diferente al de la residencia habitual del menor (véase LAGARDE, P., «Informe explicativo del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, el Derecho aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor», en su § 89, disponible en <http://www.hcch.net/upload/exp134s.pdf>). En este supuesto, ni la autoridad española es la competente para adoptar medidas de protección, dado que no es la de la residencia habitual del menor (art. 5 CH 96), ni es lo que debe realizar en el recurso. Como se ha indicado, el registrador no debía decidir sobre la autorización de la compraventa, sino precisar qué ley determina las consecuencias sobre la validez del negocio de la falta de acreditación de las medidas adoptadas cuando fue autorizada por un juez extranjero. La autoridad española no aplicaría las normas de competencia, por lo que cabe cuestionar la aplicabilidad del criterio *forum legis*. De esta forma, cabría sostener que el Convenio no se aplica; o bien, que sí resulta aplicable, y que, en una suerte de bilateralización de sus normas, la competencia correspondería a la autoridad venezolana (por más que no esté vinculada por el CH 96) de la residencia del menor, que debía aplicar su propia ley o, a lo sumo, la española. A lo expuesto hay que añadir, no obstante, que la aplicación del CH 96 podía descartarse en atención a su ámbito temporal. No existe una norma específica en el art. 53 CH 96 en lo que respecta a la aplicación de las normas de conflicto, por lo que se entiende que éstas se aplican por la autoridad que establece su competencia con base en el Convenio, esto es, cuando éste se encuentra en vigor en el momento en que surge el litigio (véase el citado *Informe*). De ahí que, si el CH 96 resultase aplicable a la determinación de la ley rectora de las consecuencias sobre la validez del contrato de la ignorancia de las medidas de protección adoptadas por otra autoridad, se suscita otra interrogante: ¿el Convenio debe encontrarse en vigor en el momento en que se inicia el procedimiento extranjero en el que se adoptan las medidas, o cuando la autoridad del foro entra a conocer del recurso en el que ha de determinar la ley aplicable a la cuestión? Cualquiera que fuera el caso, como se ha advertido, en el supuesto no caben dudas sobre la inaplicabilidad del instrumento.

4. La DGRN, como se anunció, entiende que el registrador podía suspender la inscripción por dos razones, ninguna de las cuales fue debidamente explicitada. Una es que la ley venezolana, siendo conocida por la autoridad, derivase la ineficacia del contrato de la falta de acreditación de las cautelas impuestas por el juez para proceder a la compraventa del bien del menor. Y es que, frente a lo que acontece en el ámbito del procedimiento civil, en el que, como es sabido, el conocimiento por la autoridad judicial del Derecho extranjero no libera de la necesidad de probarlo, si el Registrador conoce suficientemente la ley extranjera aplicable, puede prescindir de la prueba, dejando constancia de este hecho en el asiento (art. 36 RH). La segunda razón, según la DGRN, es que el registrador entienda que la ley venezolana no ha sido probada en todos los elementos que configuran la prueba, y que la DGRN explicita (contenido, sentido, alcance e interpretación actuales). Y es en esta cuestión en la que cabría oponer la interpretación que parte de la doctrina española viene realizando, en relación con la posibilidad (y obligación, frente a lo que la DGRN sostiene) de aplicación de oficio del Derecho extranjero [por todos, CARBALLO PIÑEIRO, L., «El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 483-503; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Comentario al “artículo 281”», en GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Oviedo, 2000, pp. 348-351; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en ABEL LLUCH, X. *et al.* (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498]. Si cabe defender que las autoridades judiciales españolas podrían ordenar la realización de las actuaciones precisas para completar la prueba de la ley extranjera aplicable en el marco de un proceso civil (véanse las referencias citadas *supra*), con mayor razón cabría trasladar esta interpretación al ámbito extrajudicial, donde la posibilidad de revisión jurisdiccional de las decisiones permite una mayor relajación del rigor en la acreditación de la ley extranjera. El registrador, en definitiva, debería recabar la información precisa sobre la ley venezolana, para decidir sobre el fondo, esto es, sobre si la compraventa puede o no ser objeto de inscripción.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
Universidad Complutense de Madrid

4.5. Sucesiones

2012-16-Pr

SUCESIONES: Derecho vizcaíno: poder testatorio.—Cambio de vecindad civil del causante y poderdante.—Ley sucesoria: Derecho común.—Respeto de las legítimas de la ley sucesoria.—Nulidad de la asignación de bienes realizada por el comisario: no.

Preceptos aplicables: arts. 9.8, 14.5 2.º y 16 CC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 194/2011, de 18 de marzo de 2011. Ponente: Ana Belén Iracheta Undagoitia.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/303248.

Y como quiera que D. Moisés [...] perdió su vecindad civil vizcaína y recuperó su vecindad común, que es la de su nacimiento, y, por tanto, su sucesión deberá regirse por las

disposiciones del Derecho civil común, Código Civil, sin perjuicio de la validez del poder testatorio otorgado a favor de su esposa en el mientras tuvo vecindad civil foral vizcaína.

Y la consecuencia de la aplicación a la sucesión de las disposiciones del Código Civil en materia de sucesiones no es la nulidad de la disposición de bienes realizada por la comisario, que es lo que se solicita en la demanda, sino la obligación de respetar las legítimas de Derecho civil, que es dos tercios de la herencia, de los que uno es de libre disposición entre los legitimarios (art. 808 CC).

Nota: 1. En la presente sentencia se conoce de un conflicto interregional sucesorio a raíz del que se suscitan distintos problemas en relación con el art. 9.8 CC. El demandante solicita que se declare nulo y sin efecto el ejercicio de un poder testatorio que el causante otorgó en el año 1974 a su cónyuge, una de las demandadas, así como que se declare también la nulidad de las adjudicaciones consecuencia de dicho ejercicio, de las que es beneficiaria la hija de la comisaria, también demandada. Dicho poder testatorio se realizó al amparo del Derecho vizcaíno y el demandante pretende que tal nulidad se declare bajo la aplicación de la legislación del CC, al entender que el causante ostentaba la vecindad civil común en el momento de su fallecimiento; sin embargo, la demandada se opone a tal pretensión y alega la aplicación del Derecho civil vizcaíno al tener el causante la vecindad civil vizcaína en el momento del otorgamiento del poder testatorio y que, por tanto, siendo este válido, también tiene plena validez la disposición de bienes realizada en el año 2005. La demanda es desestimada en instancia y el demandante apela ante la Audiencia Provincial de Vizcaya; este tribunal entiende que debe ocuparse de dos cuestiones: en primer lugar, determinar cuál es la ley aplicable a la sucesión del causante, lo que dependerá de la vecindad civil que éste ostentase en el momento del fallecimiento y, en segundo lugar, para el caso de que sea aplicable la legislación del CC, determinar cuáles son las consecuencias de los actos realizados al amparo de las disposiciones contempladas en la legislación foral.

2. La Audiencia Provincial reacciona ante la extraña interpretación que sobre este artículo realiza el Juzgado de instancia para resolver el litigio. Dicho Juzgado entiende que para solucionar el caso el único momento relevante para determinar la vecindad civil del causante es el del momento del otorgamiento del poder testatorio, siendo irrelevante la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento; sobre esta base aplica el Derecho vizcaíno a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento del poder. En la sentencia no quedan claros los términos concretos de esta interpretación que, a nuestro juicio, sólo sería defendible en el caso de que el Juzgado se estuviera refiriendo únicamente a la *validez material* del poder otorgado y no a todos sus efectos.

La Audiencia Provincial realiza una aplicación completa y más correcta del art. 9.8 CC; aunque no es del todo clara en sus argumentos. A diferencia del Juzgado, la Audiencia sí entiende que la determinación de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento es relevante para resolver la controversia sobre el ejercicio del poder testatorio y sus consecuencias sobre los bienes de la herencia. Tras determinar que el causante tenía vecindad civil común en el momento de su fallecimiento por residencia continuada durante diez años en territorio común, al amparo del art. 14.5, apartado 2.º CC, se suscita la cuestión del juego de cada una de las leyes en presencia: la ley de Derecho civil del País Vasco en lo que atañe al Derecho vizcaíno, a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento del poder testatorio, y el CC, a título de ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento. Dicho de otro modo, se trata de determinar el ámbito de aplicación respectivo de estas dos leyes al amparo de lo dispuesto en el art. 9.8 CC.

La AP, en aplicación del art. 9.8 CC, entiende que la sucesión del causante se rige por el CC, pero ello no obsta la *validez* del poder testatorio otorgado por el causante al amparo de la legislación vizcaína. No obstante esta validez, el ejercicio del válido poder otorgado por el causante debe enmarcarse dentro de la ley que rige su sucesión hereditaria al menos en lo que al respeto de las legítimas se refiere, por mandato expreso del art. 9.8 CC. Por ello, la solución a la que llega la Audiencia Provincial es la correcta, pues determina que la consecuencia de que la ley sucesoria sea el CC no es la radical nulidad de la disposición, pedida en la demanda, sino la obligación de respetar en tales disposiciones el régimen legitimario del CC; es decir, no se trata de un problema de validez del poder testatorio, sino de un problema, en su caso, de eficacia del concreto ejercicio del mismo. Lo cierto es que el demandante se postula en términos de validez-nulidad del ejercicio del poder testatorio y no en términos de eficacia del mismo, ni hace referencia alguna al respeto de ningún sistema legitimario. La sentencia no proporciona datos suficientes para conocer el interés del demandante en el caso, pues no se señala qué relación de parentesco tiene con el causante o si una de las demandadas, la beneficiaria de la disposición de bienes realizada por la comisaria e hija de ésta, es también hija del causante. A falta de estos datos no podemos más que especular sobre las intenciones del demandante. Es posible que este pretendiera dejar sin efecto el poder testatorio porque la alternativa le beneficiaría, bien por la existencia de un testamento válido y anterior del causante, que habría que considerar si el ejercicio del poder testatorio se declara nulo, bien por la apertura de sucesión intestada del causante.

3. Al amparo de la convivencia de estas dos leyes distintas pueden darse otra serie de problemas a los que el art. 9.8 CC no da solución. Parece claro que la validez del poder testatorio se regula conforme al Derecho vizcaíno y que las legítimas se determinan conforme al CC, pero no queda claro qué ocurre con el régimen jurídico del poder testatorio. El comitente puede señalar expresamente qué funciones confiere al comisario, pero no es algo necesario; para el caso de que nada se diga el Derecho vizcaíno prevé un régimen subsidiario. ¿Qué ley se aplica al régimen jurídico del ejercicio del poder testatorio? ¿El Derecho vizcaíno o el CC? El art. 9.8 CC no da una respuesta a esta cuestión, pues de la previsión del segundo inciso del mismo sólo se deriva que se aplica el Derecho vizcaíno a la validez del poder testatorio. Lo lógico, a nuestro juicio, sería que fuera el propio Derecho vizcaíno el que determinara dicho régimen jurídico, pues la ley sucesoria, el CC, no tiene por qué prever la figura del poder testatorio y, por tanto, podrían darse problemas de adaptación como por ejemplo el de la imposibilidad de rellenar el contenido del poder testatorio bajo el régimen del CC, en aquellos casos en los que el comitente no hizo mención expresa de las funciones conferidas al comisario. No está claro, pues, cuál es la ley aplicable al ejercicio del poder testatorio, es decir, a qué Derecho debe ajustarse la comisaria en el ejercicio del poder que el causante le ha conferido. El tribunal no repara en esta cuestión, sino que se limita a decir que, en todo caso, deben respetarse las legítimas de la ley sucesoria. Por los datos de la sentencia, aunque no son concluyentes a este respecto, parece que la comisaria se ha amparado en el Derecho vizcaíno. De lo que no cabe duda es de que, si en el ejercicio del poder testatorio no se tuvo en cuenta la ley sucesoria, bien porque se tuvo en cuenta la ley bajo la que se otorgó el poder testatorio, bien porque la ley sucesoria aún no se conocía, los problemas de eficacia en lo que respecta a las legítimas se valorarán bajo la ley sucesoria.

En la sentencia tampoco se llega a la concreta solución de lo que ocurre en este sentido con la concreta ejecución del poder testatorio y sus consecuencias sobre los bienes de la herencia, sino que meramente se apunta que habrá que realizar las valoraciones oportunas para saber si se respetan o no las cuotas legitimarias del CC. Cabe

pensar que, por los datos de la sentencia, la comisaria no ejecutó el poder testatorio en observancia de la ley sucesoria, sino del Derecho vizcaíno (Derecho del que pretendía su aplicación en la contestación a la demanda). Ello nos lleva a otra incógnita sobre los motivos de la demanda, teniendo en cuenta la comparación entre las legítimas vizcaínas y las del CC. En efecto, tenemos en presencia dos Derechos distintos, el del CC, como ley sucesoria, y el Derecho vizcaíno, como Derecho que da validez al poder testatorio y a cuyo amparo, presuntamente se ejecutó el mismo; tenemos también dos sistemas legitimarios distintos, que suponiendo que el causante tuviera descendientes (en la sentencia no se aclara quiénes son los legitimarios del causante), serían una cuota de cuatro quintos bajo el Derecho vizcaíno (art. 55 Ley de Derecho civil del País Vasco) y una cuota de dos tercios bajo el CC (art. 808 CC) y suponiendo que tuvieran ascendientes serían de una cuota de un medio bajo el Derecho vizcaíno (art. 56 Ley de Derecho civil del País Vasco) y de un tercio por concurrir con el cónyuge supérstite bajo el CC (art. 809 CC). Acudiendo a la concreta solución parece que en este caso no debería haber problema alguno en este sentido si se respetaron las exigencias legitimarias del Derecho vizcaíno, puesto que esta ley prevé una cuota legitimaria más alta que la prevista por el CC y, por tanto, si se respetaron las cuotas del Derecho vizcaíno (las más amplias), se cubren y se superan las cuotas de la ley sucesoria. Como es bien sabido, la solución del CC hace que en la práctica prevalezca igualmente el sistema legitimario más amplio, con todas las críticas que justamente se han realizado a este respecto, por suponer la ruptura del principio de neutralidad del sistema de Derecho interregional (FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho civil*, t. LIII, 2000, pp. 49 y ss.; también, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007, p. 59).

5. El interés de la sentencia que nos ocupa radica en la existencia de diversos problemas que afectan al art. 9.8 CC. La AP se ocupa de la interpretación del precepto y lo hace, a nuestro modo de ver, de forma adecuada, aunque menos exhaustiva de lo que desde una perspectiva de interpretación de todas las posibilidades del art. 9.8 CC nos hubiese gustado. El tribunal se enfrenta a un problema de ámbito de aplicación de dos leyes potencialmente distintas, la ley sucesoria y la ley bajo la que se otorga la disposición testamentaria en la que se otorga un poder testatorio. Hace una diferenciación, a este respecto y de manera más o menos expresa, entre los problemas de validez material de un poder testatorio y los problemas de eficacia del ejercicio concreto de dicho poder. Es una diferenciación simple, sin incidir en aspectos singulares, estructuralmente correcta. El supuesto daría también lugar a otro tipo de cuestiones de interés para los que el art. 9.8 CC no da solución y en los que el tribunal no entra, tales como la determinación del régimen jurídico del poder testatorio. Por último, y pese a que el tribunal sólo deja apuntada la cuestión, el caso encierra también un ejemplo de la problemática que en Derecho interregional existe en torno a la amplia divergencia de sistemas legitimarios y el inconfesado favor del art. 9.8 CC a los Derechos con sistemas legitimarios más amplios. La ausencia de una mayor claridad en los datos fácticos, nos impide conocer la razón de la impugnación cuando las relaciones entre el Derecho vizcaíno y el CC en materia de legítimas son realmente especiales en los términos expuestos.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ¹
Universidad de Santiago de Compostela

¹ La presente nota se enmarca en el Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder [Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)].