

## 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. Competencia judicial internacional: materias civiles y mercantiles. Reglamento 44/2001.—1.2. Competencia judicial internacional: materias civiles y mercantiles. Insolvencia. Reglamento 1346/2000.—1.3. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones.—1.4. Ley aplicable.—2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—2.1. Matrimonio. Crisis matrimoniales.—2.2. Obligaciones alimenticias.—2.3. Inscripción en el registro de compraventa de inmueble escriturada por autoridad extranjera.—2.4. Sucesiones.—2.5. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado.

---

\* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2012-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas los años 2011 y 2012. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Luis Carrillo Pozo, Clara I. Cordero Álvarez, Pilar Domínguez Lozano, Ángel Espiniella Menéndez, Pilar Jiménez Blanco, Nerea Magallón Elósegui, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Crístian Oró Martínez, Paula Paradela Areán, Isabel Rodríguez-Uría Suárez y Sixto Sánchez Lorenzo, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Girona, Granada, Oviedo, y Santiago de Compostela.

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

### 1.1. Competencia judicial internacional: materias civiles y mercantiles Reglamento 44/2001

2012-17-Pr

#### **COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Foro sobre litisconsorcio pasivo.—Demandas basadas en distintos Derechos aplicables.**

Preceptos aplicados: art. 6.1 del Reglamento 44/2001.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.<sup>a</sup>), de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH y otros*. Ponente: J. Malenovský.**

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

72. *Mediante la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que impide su aplicación el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según los Estados miembros.*

[...]

80. *Pues bien, al apreciar si existe un punto de conexión entre las distintas demandas, es decir, si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado, la identidad de las bases jurídicas de las acciones ejercitadas constituye solamente un factor pertinente entre otros. Tal identidad no es un requisito indispensable para la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001 [...].*

81. *Así pues, la diferencia en los fundamentos jurídicos de las acciones ejercitadas contra varios demandados no impide, por sí misma, la aplicación del artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001, siempre que sea previsible para los demandados que éstos pueden ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tiene su domicilio [...].*

82. *Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el asunto principal, las normativas nacionales en que se basan las acciones ejercitadas contra los diferentes demandados resultan, según el órgano jurisdiccional remitente, esencialmente idénticas.*

83. *Por otra parte, incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de todos los elementos obrantes en autos, si existe una relación de conexión entre las diferentes demandas presentadas ante el mismo, es decir, si existe un riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si dichas demandas fueran juzgadas por separado. En este contexto, puede ser pertinente el hecho de que los demandados, a los que el titular de un derecho de autor reprocha violaciones sustancialmente idénticas de su derecho, hayan actuado o no de manera independiente.*

84. *En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, número 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe in-*

*terpretarse en el sentido de que no impide su aplicación el mero hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según los Estados miembros. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, a la luz de todos los elementos obrantes en autos, apreciar si existe el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si las demandas fueran juzgadas por separado.*

**Nota.** 1. El foro sobre litisconsorcios pasivos del Reglamento Bruselas I (en adelante, RB I) ha dado lugar, como es sabido, a una jurisprudencia imprecisa, cambiante y carente del carácter sistemático que sería deseable en una disposición tan susceptible de ser usada de modo abusivo [para un repaso de la jurisprudencia relativa al art. 6.1, ARENAS GARCÍA, R., «El foro de la pluralidad de demandados ante el TJCE: comentario a la STJCE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 11 de octubre de 2007», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 627-642, *passim*]. En esta ocasión el TJUE se enfrenta a la necesidad de pronunciarse sobre el grado de identidad que debe existir entre las demandas, desde el punto de vista del Derecho aplicable, para que sea posible acudir al foro del art. 6.1 RB I.

2. La demandante en el litigio principal, la Sra. Painer, es una fotógrafa especializada, entre otros ámbitos, en fotografiar a menores. Se dio el caso de que había tomado fotos a una niña austriaca que posteriormente fue secuestrada. Algunas de esas fotos, que la Sra. Painer había vendido, aunque sin conceder derechos sobre las mismas a terceros ni autorizar su publicación, fueron incluidas por las autoridades austriacas en una orden de búsqueda. Cuando la menor logró escapar de su secuestrador, ocho años más tarde, el caso suscitó el interés de la prensa, y varios periódicos y revistas ilustraron la noticia con las fotos que se habían usado en la orden de búsqueda, sin identificar a la Sra. Painer como autora. Por ello, decidió demandar a las editoras de prensa que habían publicado las fotografías sin citar su autoría, solicitando el cese de dichas publicaciones, así como el pago de una retribución y una indemnización por daños y perjuicios.

Las editoras demandadas eran una sociedad domiciliada en Austria y cinco domiciliadas en Alemania, si bien las publicaciones de algunas de estas últimas se distribuían también en Austria; asimismo, una de las editoras domiciliadas en Alemania gestionaba varias webs de noticias. Las demandas fueron interpuestas ante un tribunal de Viena, que planteó al TJUE la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia que comentamos. El órgano judicial vienés dudaba sobre si podía declararse competente respecto de las sociedades domiciliadas en Alemania en función del art. 6.1 RB I, debido al hecho de que las presuntas infracciones de derechos de autor que fundamentaban las demandas, pese a ser sustancialmente idénticas, estaban sujetas a Derechos de dos Estados distintos. En efecto, según las normas de DIPr del foro, para las demandas planteadas contra las editoras de publicaciones distribuidas exclusivamente en Alemania debe aplicarse Derecho alemán, mientras que en el resto de demandas la legislación relevante sería la austriaca. El propio tribunal vienés subraya en su cuestión prejudicial el hecho de que las legislaciones de estos dos Estados son «esencialmente idénticas en cuanto al contenido», a raíz de la armonización de esta materia.

3. La clave de la aplicabilidad del art. 6.1 RB I en este caso, como en muchos otros, reside en la interpretación que deba hacerse de su inciso final, relativo a la vinculación estrecha entre las demandas que aconseja su resolución conjunta para evitar eventuales resoluciones inconciliables; una condición que como es sabido fue incorporada por vía interpretativa al art. 6.1 por el TJUE en la sentencia *Kalfelis* (as. 189/87), basándose en el concepto de conexidad del entonces Convenio de Bruselas, y que posteriormente fue introducida en el tenor del precepto con la aprobación del RB I. Sin embargo, el alcance exacto de esta condición, así como la correspondencia total o parcial entre

ésta y el concepto de conexidad del art. 28.3 RB I, siguen siendo cuestiones sin resolver (téngase en cuenta que, puesto en la tesitura de tener que hacerlo, el TJUE evitó pronunciarse sobre la cuestión de si el concepto de «resoluciones inconciliables» del art. 6.1 RB I debía equiparse con los conceptos similares contenidos en los arts. 28.3 o 34.3 RB I: véase el apdo. 25 de la sentencia *Roche Nederland*, as. C-539/03).

Así, para evitar el recurso abusivo al art. 6.1 RB I, el TJUE introdujo en el apdo. 26 de la sentencia *Roche Nederland* un criterio en virtud del cual para que exista inconciliabilidad a efectos del art. 6.1 debe verificarse que las divergencias que originaría la resolución de las distintas demandas por separado se inscriban «en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho». En el caso *Roche Nederland*, esto llevó al TJUE a afirmar que no existía identidad de Derecho en un supuesto de vulneración de patentes en distintos Estados por parte de sociedades pertenecientes a un mismo grupo, ya que la normativa sobre patentes es nacional, a pesar de la existencia de normas comunes para la concesión de patentes europeas (apdos. 29 y 30).

Sin embargo, en el siguiente caso en que se ocupó del art. 6.1 RB I el TJUE matizó el requisito de la identidad de Derecho, al afirmar que cabe recurrir a esta disposición aun cuando las distintas demandas tengan fundamentos distintos (contractual en un caso, y extracontractual en otro: véanse los apdos. 38 y 41 de la sentencia *Freeport*, as. C-98/06). En la sentencia que comentamos, el TJUE retoma este criterio y afirma que la identidad de las bases jurídicas de las demandas es «solamente un factor pertinente entre otros», y que no es «indispensable para la aplicación» del art. 6.1 RB I (apdo. 80). Según el Tribunal, esta interpretación resulta aún más pertinente cuando, como en este caso, los distintos Derechos aplicables sean esencialmente idénticos (apdo. 82). Se trata de una interpretación, a nuestro entender, de todo acertada, y que parecería conducir a una respuesta afirmativa a la cuestión prejudicial.

4. Con todo, consideramos que la solución a este caso depende también de otro aspecto esencial sobre el que el TJUE, en cambio, pasa de puntillas. Se trata de la necesidad de que exista algún tipo de relación material previa entre los demandados que justifique el recurso al art. 6.1 RB I, para no arrastrar a los demás codemandados al foro del domicilio de uno de los demandados con el que no tuvieran una relación anterior, sino la mera coincidencia de ser demandados conjuntamente (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, pp. 213-215, o HEREDIA CERVANTES, I., «Intervención provocada, demandas entre aseguradores y competencia judicial internacional tras la sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2005», *Diario La Ley. Unión Europea*, núm. 6330, 30 de septiembre de 2005, apdos. 18-19). El TJUE simplemente señala que para aplicar el art. 6.1 RB I debe ser previsible para los demandados que podrán verse atraídos a los tribunales del Estado miembro del domicilio de uno de ellos (apdo. 81), y remite al examen del tribunal vienes la determinación de si *in casu* las distintas editoras habían actuado de modo independiente o no (apdo. 83). Parece evidente que en este caso dichas sociedades no actuaron de modo concertado, sino que simplemente recurrieron a unas fotografías que les había remitido una agencia de noticias. De ahí que, con independencia de la cuestión del Derecho aplicable, no parezca correcto obligar a las sociedades domiciliadas en Alemania a litigar en Austria en base al art. 6.1 RB I (en este sentido véanse los apdos. 91 a 93 de las conclusiones de la AG Trstenjak en este asunto, analizando la cuestión en términos de identidad de hechos).

Cristian ORÓ MARTÍNEZ  
Universidad Autónoma de Barcelona

2012-18-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Responsabilidad extracontractual: Infracción de derecho de la personalidad por publicación de fotografía en internet.—Aplicación del régimen institucional: responsables de sitios de internet cuyo domicilio se desconoce.**

Preceptos aplicados: arts. 4.1 y 5.3 del Reglamento 44/2001; art. 3 Directiva 2000/31/CE; art. 14.2 Reglamento 805/2004.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2012, C-292/10, G c. Cornelius de Visser.** Ponente: M. Safjan.

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

1. *En circunstancias como las del litigio principal, el artículo 4, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que no impide que se aplique el artículo 5, número 3, del mismo Reglamento a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE.*

2. *El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y de buena fe para encontrar a dicho demandado.*

3. *El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la certificación, como título ejecutivo europeo en el sentido del Reglamento (CE) núm. 805/2004 [...] por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, de una sentencia en rebeldía dictada contra un demandado cuyo domicilio sea desconocido.*

4. *El artículo 3, apartados 1 y 2, de la [...] Directiva sobre el comercio electrónico, no se aplica en una situación en la cual se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, puesto que la aplicación de esta disposición está supeditada a la identificación del Estado miembro en cuyo territorio está efectivamente establecido el prestador de que se trate.*

**Nota.** 1. La Sentencia analizada incluye observaciones sobre la aplicación de las normas de competencia internacional, la posibilidad de adoptar decisiones en rebeldía y la eventual aplicación del criterio de origen establecido en la Directiva sobre Comercio Electrónico en relación con ese tipo de supuestos, en particular en un litigio por la presunta lesión de derechos de la personalidad por la publicación de fotografías en internet. Ahora bien, por motivos de espacio este comentario se centrará en las implicaciones que esta resolución trae para aquellas cuestiones relativas a la aplicación de las normas sobre competencia del sistema del Reglamento 44/2001(RBI).

2. Las características propias del medio virtual y de los servicios prestados en la red pueden suponer un obstáculo para poder localizar y concretar la pluralidad

de actores que intervienen en la difusión de informaciones a escala internacional. El uso de internet para difundir y publicar de manera sencilla, con un alcance potencialmente global, informaciones y contenidos posiblemente lesivos de los derechos de la personalidad, generaliza en estos casos los ilícitos a distancia y, al mismo tiempo, que estos daños sean plurilocalizados (lo que otorga el carácter transnacional típico a este tipo de litigios). Entre los posibles actores presentes en la publicación y difusión de los contenidos en este medio —además del autor material del daño— resulta de especial interés la figura de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que en la actualidad es muy heterogénea. La relevancia de los prestadores de servicios en estos litigios viene determinada fundamentalmente porque aunque en la generalidad de casos no podrá exigírseles responsabilidad directa por el daño, como intermediarios podrá el perjudicado dirigir eventuales acciones de cesación —y en estos casos serán demandados—. El medio virtual puede dificultar —e incluso en ocasiones hacer imposible— la localización del demandado y, en consecuencia, de su domicilio. Este dato resulta esencial para poder determinar la aplicación del régimen institucional de competencia del RBI, según lo prescrito en su art. 4.1.

3. Una de las cuestiones más destacadas de esta resolución es precisamente aquella relativa a la interpretación del art. 4 del RBI («Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro...»). En el asunto de referencia, tanto la información legal del sitio web como la base de datos DENIC (registro del dominio *.de*) indicaban como contacto a un sujeto con domicilio en Alemania —aunque con ese nombre no constaba nadie en la guía telefónica—. Además, se desconocía el lugar donde se hallaba el servidor que albergaba el sitio web controvertido y el que aparecía como propietario de la página no pudo ser notificado en la dirección allí referida (Países Bajos) porque se devolvían las notificaciones por ser destinatario desconocido, por lo que finalmente se notificó mediante edictos —siguiendo el Derecho procesal nacional—. La cuestión prejudicial venía referida a la posible aplicación del criterio de competencia especial en materia extracontractual —del art. 5.3: «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso»— en estas circunstancias en las que el domicilio del responsable del sitio web contra el que se ejercitaba la acción se desconocía.

Por el Tribunal se realiza una interpretación del art. 4.1 orientada a favorecer la aplicación del sistema de fueros del Reglamento en vez de la aplicación de las normas de competencia de fuente interna de los Estados miembros, pues considera que cuando el domicilio de un demandado nacional de un Estado miembro se desconoce, sólo podrá recurrirse a las normas nacionales de competencia cuando concurren indicios probatorios suficientes que permitan al foro concluir que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio UE (apdos. 41 y 42, y núm. 1 fallo). En sentido contrario, sólo cuando no puedan probarse tales indicios los tribunales de los Estados miembros podrán fundamentar su competencia en las reglas del sistema Bruselas I. Esta aproximación tiene gran relevancia práctica, toda vez que a falta de indicios en el sentido indicado, se legitima al foro para conocer de la demanda frente a sujeto cuyo paradero se desconoce —lo que en el medio virtual suele ocurrir con frecuencia— cuando sea competente con base en alguno de los fueros previstos en el RBI.

4. En una primera aproximación, esta postura pudiera considerarse como no conforme con el principio de proximidad que inspira todo el sistema de fueros del RBI y, consecuentemente, con la necesaria previsibilidad para las partes —por lo que el fuero general del domicilio del demandado es la piedra angular del sistema—, presu-

puesto éste del que se parte por el Tribunal (apdos. 39-40). Ahora bien, las necesidades propias derivadas de la particular naturaleza del medio aconsejan una interpretación adaptada a internet, que no se consigue con una aplicación rígida de los requisitos espaciales del instrumento comunitario —precisamente porque éste es un medio sin fronteras estatales donde en numerosas ocasiones es difícil e incluso imposible localizar geográficamente a los actores intervinientes—. Las características propias de internet hacen que cuando la demanda verse sobre actividades desarrolladas en la red los requisitos —espaciales— para la aplicación del RBI puedan interpretarse de una manera distinta a la habitual, más adecuada a este medio.

Tal y como se deriva de esta resolución, no es necesario que se dé certeza absoluta al respecto, es decir, es suficiente con que se presuma que el potencial demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro para que pueda considerarse la aplicación del régimen del RBI y en particular del criterio especial de competencia del art. 5.3 —o mejor dicho, que se pueda concluir que siendo ciudadano de la Unión no está domiciliado en un tercer Estado—. De esta manera, siempre y cuando no existan indicios probatorios suficientes que localicen al eventual demandado fuera de la UE se aplicará la normativa uniforme sobre competencia judicial internacional. Es más, en la propuesta de reforma del RBI presentada por la Comisión a finales de 2010 [COM (2010) 748 final], se suprime la referencia a la posible aplicación de las normas internas de competencia del foro cuando el demandado no estuviera domiciliado en un Estado miembro (art. 4.2 de la propuesta: «Las personas no domiciliadas en ninguno de los Estados miembros solo podrán ser demandadas ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las Secciones 2 a 8 del presente capítulo»). De tal manera que, si esta propuesta sale adelante, incluso si existen indicios probatorios de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE resultará de aplicación el sistema RBI; en particular, en estas situaciones pudieran resultar relevantes las normas sobre competencia subsidiaria y *forum necessitatis* que la reforma contempla introducir en relación con las personas domiciliadas en terceros Estados (Sección 8.<sup>a</sup>, arts. 25 y 26 de la Propuesta).

5. En esta resolución el Tribunal de Justicia se centra en aquellas cuestiones que vienen referidas principalmente a las circunstancias del demandado, que son esenciales para la aplicación del sistema RBI. Otras cuestiones planteadas por el tribunal remitente quedan sin resolver; en particular, aquellas referidas a la interpretación del art. 5.3 RBI. La falta de referencia a estas cuestiones es consecuencia directa de que éstas ya habían sido abordadas y resueltas previamente en otra sentencia, *eDate*. Tras la adaptación del criterio de competencia «lugar del daño» del art. 5.3 RBI al medio virtual en la sentencia *eDate*, el presunto perjudicado en sus derechos de la personalidad podrá optar entre: 1.<sup>o</sup>) demandar ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado; 2.<sup>o</sup>) ante los tribunales del establecimiento del editor o emisor de contenidos —si la información fue publicada en internet—; 3.<sup>o</sup>) ante los tribunales del lugar de su centro de intereses, y 4.<sup>o</sup>) ante los tribunales de los lugares de difusión de la información si allí la víctima es conocida. En los tres primeros casos la competencia es universal para la totalidad de daños —con independencia de dónde se hayan materializado—, mientras que en el último de los casos (lugar de resultado), sólo se reconoce competencia limitada: exclusivamente para conocer de los daños producidos en su jurisdicción.

La relevancia de la sentencia analizada radica en que, tras la identificación del Estado miembro en el que la víctima tenga su centro de intereses como foro con

competencia universal, facilita al perjudicado el poder litigar en su propio territorio por la totalidad de daños sufridos —ya que generalmente coincidirá con el lugar de su residencia habitual— sin tener que soportar los costes de internacionalización del litigio.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ  
Universidad Complutense de Madrid

2012-19-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acción revocatoria concursal cedida por el síndico.—Aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001.—Exclusión del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.—Desvinculación de la acción respecto del procedimiento de insolvencia.**

Preceptos aplicados: arts. 1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.<sup>a</sup>), de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, F-Tex SIA c. Jadecloud Vilma.** Ponente: M. Berger.

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

40. *Es cierto que no cabe negar que el derecho en el que la demandante en el litigio principal fundamenta su demanda presenta una conexión con la insolvencia del deudor, puesto que su origen radica en la acción revocatoria que la Ley nacional aplicable al procedimiento de insolvencia atribuye al síndico. No obstante, se suscita la cuestión de determinar si el derecho adquirido, una vez que entra en el patrimonio del cesionario, sigue teniendo una conexión directa con la insolvencia del deudor.*

41. *Pero no será preciso dilucidar esta cuestión si resulta que, en cualquier caso, el ejercicio por el cesionario del derecho adquirido no está estrechamente relacionado con el procedimiento de insolvencia.*

42. *Pues bien, es preciso hacer constar que, tal como observan F-Tex y los Gobiernos lituano y alemán, el ejercicio del derecho adquirido por el cesionario se rige por normas distintas a las aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia.*

[...]

48. *Por consiguiente, y sin que resulte necesario pronunciarse sobre la existencia de una eventual conexión directa entre la demanda de que se trata y la insolvencia del deudor, es preciso considerar que dicha demanda no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000 y, paralelamente, que no se inscribe en el marco de la quiebra a efectos del artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento núm. 44/2001.*

49. *En consecuencia, procede responder a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la demanda presentada contra un tercero por un demandante que fundamenta su acción en la cesión de un derecho de crédito efectuada por el síndico designado en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que tiene por objeto la acción revocatoria que la Ley nacional aplicable a dicho procedimiento atribuye al síndico, está comprendida en el concepto de materia civil o mercantil en el sentido de la citada disposición.*



**Nota. 1.** *F-Tex* ejerce una acción revocatoria concursal contra *Jadecloud-Vilma* ante un tribunal de instancia de Lituania, lugar del domicilio social de la demandada. Dicho tribunal se abstiene, al considerar exclusivamente competentes a los tribunales de Alemania, donde se había abierto el concurso contra la pagadora de la ahora demandada. Tras ser revocada en apelación, el Tribunal Supremo decide en casación plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, relativa a las normas de competencia judicial internacional aplicables para conocer de una acción revocatoria concursal, cuando ésta ha sido cedida por el síndico.

El Tribunal de Justicia se plantea si resulta de aplicación el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, o el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Sin embargo, obvia la cuestión previa de si el Reglamento 1346/2000, aplicable a procedimientos colectivos, puede extenderse a procedimientos *potencialmente colectivos*, aunque en el caso concreto conste un único acreedor. A mi juicio, el Reglamento 1346/2000 seguiría siendo aplicable, porque, en el momento de determinar la competencia judicial internacional, el procedimiento como tal está llamado a ser colectivo, sin perjuicio de circunstancias sobrevenidas que lo conviertan en individual (p. ej., insinuación del crédito por un único acreedor o inadmisión de otros créditos presentados por parte de la sindicatura).

2. Hecha esta aclaración, la cuestión es determinar si una acción revocatoria puede considerarse «concursal» cuando ha sido cedida a un tercero por el síndico. El Tribunal de Justicia entiende que no procede dicha calificación como «concursal» y que, por tanto, debe aplicarse el Reglamento «Bruselas I». Argumenta que, pese a que la acción se fundamenta en la legislación sobre insolvencia, no guarda una estrecha relación con el procedimiento concursal. Este criterio se deduce del art. 25 del Reglamento 1346/2000, que, aunque referido al sector del reconocimiento, ha de extenderse por coherencia a la competencia judicial internacional (apdo. 28 de la Sentencia y, en la doctrina, CAMPUZANO DÍAZ, B., *Aspectos internacionales del Derecho Concursal*, Murcia, Laborum, 2004, p. 136). En efecto, la acción, que, en principio estaba vinculada procesalmente al concurso porque su ejercicio correspondía a la administración concursal, deja de estarlo por su cesión a terceros, en este caso, al único acreedor que ha presentado su crédito en el concurso. De los argumentos ofrecidos por el Tribunal, hay uno especialmente convincente: la acción podía interponerse incluso después de la conclusión del procedimiento de insolvencia; es decir, queda «desafectada» de la tramitación concursal (apdo. 46). Ello se debe, principalmente, a que la legitimación activa ya no corresponde a un órgano del concurso, sino a un acreedor particular (apdo. 36). Como consecuencia, el ejercicio de acciones pasa a valorarse en función del interés particular del acreedor y no del interés colectivo de la masa (apdos. 43 y 44); de hecho, el producto obtenido de la acción se incorporaría al patrimonio del cesionario, excluyéndose de la masa concursal activa (véase, especialmente, el apdo. 44 de la Sentencia).

La desvinculación entre la acción cedida y el procedimiento concursal no se ve alterada por otras circunstancias. No importa que la admisibilidad, proceder y validez de la cesión por parte del síndico se califiquen como concursales; aquí se está enjuiciando el ejercicio de los derechos ya cedidos (apdos. 34 y 37). Tampoco afecta que la administración concursal reciba una contraprestación por la cesión, equivalente al resultado que pudiera obtener la administración concursal de ejercer por sí misma la acción (apdo. 32). Tal contraprestación es un elemento común a toda cesión de

acciones, y no un elemento distintivo concursal, y la fijación de un porcentaje para su cálculo es fruto de la libertad contractual de las partes (apdo. 45). Pero, sobre todo, la pérdida de la calificación «concursal» no queda alterada por el hecho de que, desde una perspectiva sustantiva, la acción se base en la legislación concursal. Pese a que el Tribunal se muestra dubitativo, tanto cuando analiza esta fundamentación (apdos. 31 a 33 y 39), como cuando elude pronunciarse sobre ella (apdo. 48), no existe inconveniente en reconocer la fundamentación concursal de la acción (véase CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2005, pp. 63 y ss.). De hecho, la acción está basada en la normativa concursal alemana, se refiere a actos anteriores a la apertura del concurso, se justifica en función del perjuicio causado a los acreedores que han presentado su crédito en el concurso y puede ser ejercitada por la administración concursal (véanse los apdos. 31 a 33 de la Sentencia). Sin embargo, esta fundamentación en la legislación concursal es requisito *sine qua non*, pero no suficiente para aplicar el Reglamento 1346/2000.

3. Al entender que la acción cedida está desvinculada de la tramitación concursal, el Alto Tribunal concluye la aplicación del Reglamento «Bruselas I» y, en el caso, la consiguiente atribución de competencia a los tribunales lituanos, sobre la base del domicilio del demandado (apdo. 52). Del mismo modo y, aunque el Tribunal no lo destaque, el demandante cesionario y el demandado podrían elegir tribunal expresa o tácitamente (arts. 23 y 24 Reglamento «Bruselas I»). Sin embargo, el cesionario no quedará vinculado por los pactos que hubiera podido alcanzar el concursado y el ahora demandado, porque no se ha subrogado en la posición de dicho concursado (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1984, asunto 71/83, *Russ c. NV Haven y otros, Rec.*, p. 2417). Tampoco existe *stricto sensu* una subrogación en la posición de la administración concursal, en cuyo caso podría sostenerse la aplicación del Reglamento 1346/2000. Aunque la administración concursal cede a un tercero el ejercicio de las acciones que le corresponderían, la acción ya no se supedita al interés de la masa concursal.

Así las cosas, los Reglamentos «Bruselas I» y 1346/2000 deben interpretarse en paralelo y ello tiene dos consecuencias: ni pueden existir aspectos regulados por ambos conjuntamente, ni pueden darse lagunas entre ellos. Ciertamente, la interpretación en paralelo implica que no pueden existir aspectos regulados por ambos instrumentos simultáneamente (véase CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Concursal Internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 98 y ss.; y, a la luz de la jurisprudencia del TJ, CARBALLO PIÑEIRO, L., «*Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice*», *InDret*, 2010, núm. 3, pp. 1-29, esp. pp. 15 y ss.). No cabe considerar una materia como «concursal» y, por tanto, sometida al Reglamento 1346/2000, al tiempo que se califica como «no concursal» y, por consiguiente, se somete al Reglamento «Bruselas I». Y no cabe ni siquiera cuando se hace con el loable fin de «relativizar» la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de apertura del concurso (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 71).

Por otra parte, como ya he adelantado, no pueden existir lagunas entre ambos Reglamentos ni, por tanto, llamadas a las legislaciones estatales. Se evitan, así, conflictos negativos de competencia que afecten a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Conviene recordar, en este sentido, que, en un momento dado del proceso, el tribunal alemán no conoció de la

acción por entender aplicable el Reglamento «Bruselas I», que atribuía competencia a los tribunales del domicilio del demandado en Lituania; al tiempo que el tribunal lituano se abstuvo porque consideraba aplicable el Reglamento 1346/2000, que atribuía competencia a los tribunales alemanes, que conocían del concurso. Afortunadamente, este funcionamiento anormal ha sido paliado por la Sentencia del Tribunal de Justicia, que garantiza la aplicación paralela de los instrumentos y sin lagunas.

4. En definitiva, el Tribunal concluye con acierto que ha de existir una calificación concursal desde una perspectiva sustantiva —fundamentación de la acción en la legislación concursal— y desde una perspectiva procesal —vinculación de la acción al procedimiento de insolvencia—. Faltando una de las dos y, en este caso, la segunda por la cesión efectuada a un tercero, la acción se regirá por el Reglamento «Bruselas I».

No obstante, como matiz omitido por el Tribunal, el Reglamento 1346/2000 seguirá interfiriendo en la determinación de la ley aplicable. Así, la transmisibilidad o no de la acción revocatoria concursal es una cuestión sometida a la ley rectora del concurso (véase, en general, sobre la ley rectora de la transmisibilidad de créditos, REQUEJO ISIDRO, M., *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2002, pp. 127 y ss.). Por otro lado, la admisibilidad o no de la revocación también queda regida por la *lex concursus*, sin perjuicio de que el beneficiado por el acto en fraude de acreedores pruebe que este no es impugnabile de acuerdo con su propia ley [arts. 4.m) y 13 Reglamento 1346/2000, en referencia a leyes de Estados miembros].

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ  
Universidad de Oviedo

2012-20-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DELICTUAL E INFRACCIÓN DE MARCAS EN INTERNET.—Utilización por un anunciante en un buscador que opera bajo un nombre de dominio nacional de primer nivel de un Estado miembro de una palabra clave idéntica a una marca registrada en otro Estado miembro.—Determinación del lugar donde se ha producido el daño y del lugar del hecho causal.**

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento 44/2001 y art. 5.1 de la Directiva 2008/95/CE.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de 2012, C-523/10, Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.** Ponente: M. Safjan.

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

27. *En cuanto a la competencia para conocer de una acción por vulneración de una marca nacional en un supuesto como el del procedimiento principal, procede considerar que tanto el objetivo de previsibilidad como el de buena administración de justicia militan en favor de la atribución de competencia, atendiendo al criterio de la producción del daño, a los tribunales del Estado miembro en que se halla protegido el derecho en cuestión.*

28. *En efecto, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de registro de la marca en cuestión los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar, habida cuenta de la interpretación de la Directiva 2008/95 realizada, entre otras, en las sentencias de 23 de marzo de 2010, Google France y Google (C-236/08 a C-238/08), y de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros (C-324/09), si, en un supuesto como el del procedimiento principal, efectivamente se vulnera la marca nacional protegida. Dichos órganos jurisdiccionales están habilitados para conocer, por una parte, de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho protegido a consecuencia de la vulneración de ese derecho, y, por otra parte, de una acción encaminada a la cesación de cualquier vulneración de dicho derecho. [...]*

30. *Por lo que respecta, en segundo lugar, al lugar del hecho causal de una supuesta vulneración de una marca nacional resultante de la utilización de una palabra clave idéntica a dicha marca en un motor de búsqueda que opere bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro, procede señalar que la limitación territorial de la protección de una marca nacional no excluye la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros distintos de aquel en que se encuentra registrada la marca. [...]*

34. *En caso de que se alegue la vulneración de una marca nacional registrada en un Estado miembro como consecuencia de la exhibición, en el sitio de internet de un motor de búsqueda, de un anuncio publicitario gracias a la utilización de una palabra clave idéntica a dicha marca, procede considerar como hecho causal no la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial. [...]*

37. *En cambio, por tratarse de un lugar cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado, facilitando en consecuencia la administración de la prueba y la sustanciación del procedimiento, procede declarar que el lugar de establecimiento del anunciante es el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio.*

**Nota. 1.** Como introducción a este breve comentario, resulta de interés reseñar los antecedentes del litigio en el marco del cual se planteó la cuestión prejudicial. El asunto *Wintersteiger* tiene su origen en una cuestión remitida por el *Oberster Gerichtshof* austriaco para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales austriacos respecto de un litigio surgido como consecuencia de una demanda por infracción de marca interpuesta por una empresa establecida en Austria y titular de una marca —«Wintersteiger»— en Austria contra una empresa establecida en Alemania, como consecuencia de la utilización por ésta de la denominación objeto de la marca como palabra clave —*adword*— en el sistema publicitario de Google para insertar publicidad vinculada al término de búsqueda «Wintersteiger» en el buscador *google.de*, sin que el demandado hubiera realizado publicidad en el sitio de internet *google.at* correspondiente con el dominio nacional de primer nivel austriaco de Google.

2. El interés de la sentencia en el asunto *Wintersteiger* se encuentra en que aborda el significado del fuero «del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» establecido en el art. 5.3 Reglamento 44/2001 (Reglamento Bruselas I) en el entorno virtual, aportando ciertas precisiones en lo relativo a la concreción a esos efectos del «lugar donde se ha producido el daño» así como, muy especialmente, del «lugar del hecho causal» como elementos atributivos de competencia a los tribunales de los Estados miembros en los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial mediante actividades desarrolladas a través de internet.

Con carácter previo el Tribunal de Justicia reitera en los apdos. 18-20 de la sentencia *Wintersteiger* ciertos criterios ya establecidos en su jurisprudencia anterior acerca del significado de la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» del art. 5.3 Reglamento Bruselas I como criterio atributivo de competencia en materia de responsabilidad extracontractual en relación con actividades desarrolladas a través de internet: que ese fuero especial constituye una excepción al principio de competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado que se funda en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales de ese lugar; así como que el término lugar del hecho dañoso incluye a estos efectos tanto el lugar donde se ha producido el daño como el lugar del hecho causal que originó ese daño, recordando que, conforme a la sentencia *eDate Advertising* la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos dos lugares.

3. En lo que respecta a la ubicación del lugar de resultado o «lugar donde se ha producido el daño» el alcance de la aportación de la nueva sentencia es limitado en la medida en que básicamente se limita a concluir —apdo. 29— que el Estado miembro en el que se encuentra registrada la marca a cuya infracción va referida la demanda (en el presente caso la marca austriaca) constituye «lugar donde se ha producido el daño» a efectos de que sus tribunales tengan competencia judicial internacional. Ciertamente, cabe entender que ya antes de esta sentencia esa afirmación no resultaba controvertida, siendo competentes esos tribunales para determinar si existe o no infracción del derecho de exclusiva relativo al foro (nótese que la cuestión prejudicial va referida a la supuesta infracción en Austria de una marca nacional austriaca y no de una marca comunitaria o de la UE). Obviamente, el tribunal competente debe determinar si existe o no infracción y cuáles son sus consecuencias —incluida «la cuestión de si el uso, con fines publicitarios, de un signo idéntico a una marca nacional en un sitio de internet que opera exclusivamente bajo un dominio nacional de primer nivel distinto al del Estado miembro de registro de dicha marca, vulnera efectivamente el derecho de marca» (apdo. 26)— conforme a la ley que resulte aplicable (en este caso la ley austriaca como lugar del país para el que se reclama la protección —art. 8.1 Reglamento Roma II—). En consecuencia, el Tribunal de Justicia no aborda el nivel de vinculación que debe existir entre la página web en cuestión y el Estado de registro de la marca, por entender que esa es una cuestión determinante de la existencia o no de infracción a decidir de conformidad con la ley aplicable, que no impide apreciar que los tribunales de ese Estado tienen competencia judicial internacional para conocer acerca de la supuesta infracción.

También es reseñable con respecto a la concreción del lugar de resultado o «lugar donde se ha producido el daño» que el Tribunal de Justicia en esta sentencia pone expresamente de relieve que el criterio establecido en su sentencia *eDate Advertising* con respecto a la lesión de los derechos de la personalidad, que permite ubicar tal lugar allí donde la persona lesionada tiene su centro de intereses, «no puede extrapolarse a la determinación de la competencia judicial en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial» habida cuenta del carácter estrictamente territorial de estos derechos. Se trata, en principio, de un criterio razonable, que en la práctica limita el alcance de la competencia judicial internacional fundada en el art. 5.3 como lugar de manifestación del daño en los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de que no cabe descartar que deba ser matizado en el caso de eventuales demandas relativas a la tutela de los derechos morales de autor.

4. Una aportación de mayor importancia representa la sentencia *Wintersteiger* con respecto a la interpretación del lugar del hecho causal o lugar de origen del daño

como elemento determinante de la atribución de competencia en el marco del art. 5.3 Reglamento Bruselas I en relación con las actividades infractoras de derechos desarrolladas a través de internet. Aunque referidas en este caso a la infracción de derechos de marca, cabe considerar que el criterio adoptado en este ámbito por el Tribunal de Justicia resulta en la práctica relevante para los litigios relativos a las diversas modalidades de derechos de propiedad intelectual así como a las acciones en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivadas de otros sectores del ordenamiento, como los derechos de la personalidad o la competencia desleal.

Tras afirmar que el carácter territorial de los derechos de marca no excluye que el lugar de origen de la infracción a los efectos del art. 5.3 Reglamento Bruselas I se localice en un lugar diferente al país de protección del derecho supuestamente infringido confirma que el lugar del hecho causal es un elemento determinante de la atribución de competencia conforme a ese artículo (lo que vincula el Tribunal de Justicia con su especial utilidad en la medida en que los tribunales de ese lugar pueden obtener las pruebas relativas a ese hecho con mayor facilidad —apdo. 33—). Pero más allá de esta confirmación de la jurisprudencia previa sobre la interpretación de esta regla de competencia en los supuestos de disociación entre lugar de origen y lugar de manifestación del daño, el interés de la sentencia *Wintersteiger* se encuentra en su aportación acerca de cómo debe localizarse ese lugar en relación con actividades desarrolladas a través de internet del tipo de la difusión de publicidad por un anunciante a través de un servicio como *adwords* de Google.

5. En síntesis, el Tribunal considera que el lugar de origen del daño es el lugar donde cabe localizar el desencadenamiento por el supuesto responsable del proceso técnico que lleva a la difusión de la información supuestamente infractora a través de internet y que para concretar ese lugar la exigencia de previsibilidad puede llevar a prescindir de cuál sea la ubicación de los elementos técnicos relevantes a tal fin en la medida en que su situación puede ser incierta (como la ubicación de los servidores relevantes para la difusión de la información —en el litigio principal los del buscador Google—). Según el criterio del Tribunal de Justicia la exigencia de previsibilidad favorece la localización del lugar de origen en el lugar cierto e identificable donde el supuesto responsable decide el desencadenamiento de la actividad de difusión de información constitutiva de la supuesta infracción (en el litigio principal, el proceso de exhibición del anuncio), lo que le lleva a fijar ese lugar allí donde el anunciante tenga su establecimiento.

El criterio adoptado por el Tribunal representa un notable avance interpretativo de gran potencial pero no cabe desconocer que también plantea interrogantes. Debe tenerse en cuenta que el lugar de origen sirve para atribuir competencia con base en el art. 5.3 con respecto al conjunto de los daños causados por la actividad en cuestión en todo el mundo, lo cual resulta de especial interés en relación con las actividades desarrolladas a través de internet. Ahora bien, el criterio del Tribunal de Justicia facilita la correlación entre lugar de origen del daño y domicilio del demandado, de modo que en las situaciones típicas no proporcionará al demandante ninguna opción adicional a la posibilidad que ya tiene con carácter general en virtud del art. 2 del Reglamento de presentar su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado. No obstante, cabe destacar que a partir de esta interpretación resultará de importancia determinar si cuando no es el titular del derecho supuestamente infringido quien toma la iniciativa de demandar, ese criterio de competencia resulta operativo en relación con el ejercicio de acciones para constatar la inexistencia de una infracción por parte del demandante, ya que conduciría a atribuir competencia

a los tribunales del domicilio del demandante con alcance mundial (no limitado, por ejemplo, a la infracción en el territorio del país ante cuyos tribunales se plantea la demanda), lo que podría menoscabar seriamente la posición del titular de los derechos supuestamente infringidos. Se trata de una cuestión sobre la que cabe esperar que resulte de importancia la futura sentencia en el asunto C-133/11, *Folien Fischer*, en el que las conclusiones del Abogado General fueron presentadas precisamente el 19 de abril de 2012 y se muestran favorables a considerar que el art. 5.3 no comprende las acciones declarativas negativas. Al margen de esta cuestión, cabe reflexionar sobre el hecho de que la idea de que el establecimiento del supuesto responsable constituye «un lugar cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado» (apdo. 37) puede no ser cierta en otras situaciones, lo que puede justificar un análisis diferenciado. Ahora bien, esto último no implica desconocer el potencial del lugar de establecimiento de la parte relevante para localizar actividades desarrolladas a través de internet. De hecho, no cabe descartar que ese elemento condicione también en el futuro la aplicación de otras reglas de competencia del Reglamento con respecto a actividades desarrolladas a través de internet, como incluso la localización del lugar de prestación de los servicios en el marco del art. 5.1 Reglamento Bruselas I, pues cuando los servicios se prestan en línea la ubicación de su lugar de prestación a efectos de concretar el fuero del lugar de ejecución del contrato plantea también especiales dificultades de interpretación.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO  
Universidad Complutense de Madrid

## 1.2. Competencia judicial internacional: materias civiles y mercantiles. Insolvencia. Reglamento 1346/2000

2012-21-Pr

**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Extensión del procedimiento de insolvencia a una sociedad domiciliada en otro Estado miembro.—Reglamento (CE) núm. 1346/2000.—Localización del centro de intereses principales en caso de confusión de patrimonios.**

Precepto aplicado: art. 3 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.<sup>a</sup>), de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli c. Hidoux*. Ponente: M. Berger.**

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

29. *Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que el tribunal de un Estado miembro que ha incoado un procedimiento principal de insolvencia respecto a una sociedad, basándose en que el centro de sus intereses principales está situado en el territorio de dicho Estado, sólo podrá ampliar tal procedimiento, en virtud de una norma de su Derecho nacional, a una segunda sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro cuando se demuestre que el centro de los intereses principales de esta última se encuentra en el primer Estado miembro.*

[...]

39. *Procede pues responder a esta cuestión prejudicial que el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que una sociedad cuyo domicilio social está situado en el territorio de un Estado miembro sea objeto de una acción tendente a que se amplíen a ella los efectos de un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro respecto a otra sociedad establecida en el territorio de este último Estado, la mera constatación de la confusión de los patrimonios de estas sociedades no es suficiente para demostrar que el centro de los intereses principales de la sociedad objeto de dicha acción se encuentra también en este último Estado. Para destruir la presunción según la cual ese centro se encuentra en el lugar del domicilio social, es necesario que la apreciación global de todos los elementos pertinentes permita acreditar que, de modo comprobable por terceros, el centro efectivo de dirección y control de la sociedad a que se refiere la solicitud de ampliación se sitúa en el Estado miembro en que se ha incoado el procedimiento de insolvencia inicial.*

**Nota. 1.** La Corte de Casación francesa formula una cuestión prejudicial sobre la competencia judicial internacional para extender el procedimiento de insolvencia declarado contra *Médiasucre*, con domicilio social en Francia, a una segunda sociedad, *Rastelli*, con domicilio social en Italia, por existir confusión de patrimonios entre ambas. Ante el silencio del Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, el Tribunal de Justicia considera, primero, que la extensión de la quiebra es una figura equivalente a la apertura del procedimiento de insolvencia, para después analizar dónde ha de abrirse éste.

Acierta el Tribunal en señalar que la extensión de la quiebra equivale a la apertura de un segundo concurso (apdos. 23 y 26), dado que supone la liquidación del patrimonio de esa segunda sociedad, siendo llamados los acreedores de ésta a un proceso colectivo y nombrado un administrador para la gestión de sus actividades. Con ello se evita un colapso del sistema de competencia, que se produciría si un tribunal se considerase competente para extender la quiebra y otro distinto para declararla *ex novo* (apdo. 28).

Al ser la extensión equivalente a la apertura del concurso, tiene su mismo régimen, es decir, un criterio de competencia y de ley aplicable específico para cada sociedad con personalidad jurídica diferenciada (arts. 3 y 4 Reg. 1346/2000 y apdo. 24 de la Sentencia), y no un foro y una ley únicos para todas las sociedades vinculadas. La competencia de los tribunales que conocen del concurso de la primera sociedad tampoco se puede fundamentar en la *vis attractiva concursus* sobre acciones basadas en la legislación de insolvencia y que guardan una estrecha relación con el procedimiento (art. 25 Reg. 1346/2000 y Sentencia de 12 de febrero de 2009, Asunto C-339/07, *Seagon, Rec.* p. I-767, apdos. 19 a 21). Es verdad que las legislaciones concursales suelen establecer que el mismo juez ha de conocer de los dos procedimientos, que se nombre una única administración concursal y que, incluso, se proceda a una consolidación sustantiva de activos, formando una única masa concursal activa y pasiva (MEVORACH, L., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 151 y ss.). Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva, esas acciones no se predicen del deudor concursado, sino de un segundo sujeto. Así pues, no importa que la legislación nacional, en este caso el art. L 621-2 del Código de Comercio francés, establezca como «efecto» del primer procedimiento su ampliación a una segunda sociedad, sin considerarlo un procedimiento autónomo (apdos. 21 y 22).

2. Precisamente porque las normas de competencia y de ley aplicable han de aplicarse individualmente respecto de cada deudor, cada sociedad tiene su propio centro de intereses principales, es decir, su lugar de administración de forma habitual y reco-



nocible por terceros (Cdo. 13 y art. 3 Reg. 1346/2000). No existe, en consecuencia, un único centro de intereses para varias sociedades vinculadas, como lo demuestra que el centro de intereses se presume, salvo prueba en contra, coincidente con el domicilio social de cada sociedad (apdos. 32 a 35). Sin embargo, ya en su Sentencia de 2 de mayo de 2006 (asunto C-341/04, *Eurofood*, Rec. p. I-3813, apdo. 30) se exceptuaba el caso en el que la sociedad fuera una mera persona jurídica interpuesta, una sociedad fantasma sin un centro de intereses propio y distinto al de la sociedad dominante.

En este caso existen dos circunstancias que muestran un abuso en la personalidad jurídica (apdo. 37). La primera, relativa a las «operaciones intragrupo» anormales, no resulta relevante para alterar la individualización del centro de intereses principales en función de cada deudor. Simplemente implica que el titular de los activos se desprende de ellos sin ninguna contraprestación, por lo que cabría atacar estas operaciones a través de las acciones revocatorias concursales (arts. 4 y 13 Reg. 1346/2000). La segunda, relativa a una confusión de cuentas y, por ende, de patrimonios, tampoco impide que el centro de intereses de cada sociedad pueda localizarse en distintos Estados. Aunque el objeto de la administración, las actividades económicas, sea uno porque la confusión de patrimonios resulte tan significativa que existan intereses indisolubles, los administradores de ambas sociedades pueden localizarse en lugares distintos. En tal caso, añadido, nada impide que la primera sentencia sea reconocida por el tribunal competente para conocer del concurso de la segunda sociedad y que, a partir de ese reconocimiento, extienda la quiebra de acuerdo con su propia legislación concursal. La solución resulta impecable en cuanto a la exégesis del Reglamento de insolvencia; sin embargo, su efectividad es limitada. Por un lado, porque, en casos en los que se abran concursos en distintos Estados respecto de dos o más deudores con patrimonios confundidos, pueden darse numerosas controversias en torno a la masa concursal a la que se adscriben los bienes, dado que todas las sociedades los consideran propios. Por otro, porque cuando exista una única sociedad gestionada desde Estados distintos por administradores solidarios, la solución propuesta por el Tribunal ya no funcionará. Efectivamente, el Reglamento no concibe que existan dos centros de intereses principales respecto de un mismo deudor y, sin embargo, ello es lo que sucede si se gestiona una sociedad por administradores solidarios, que operan desde Estados distintos con un volumen de gestión más o menos parecido.

3. Como valoración final, la Sentencia interpreta correctamente el Reglamento (CE) 1346/2000 que, sin establecer una regulación al respecto, deja clara su intención de que las normas de competencia y de ley aplicable se individualicen en función de cada entidad con personalidad jurídica. Se preserva la máxima de una «persona jurídica, un patrimonio, un concurso» y con ello la seguridad jurídica en el tráfico internacional. Del mismo modo, se atribuye competencia a un juez y una ley próxima a los acreedores de cada una de las sociedades afectadas por la insolvencia. En el caso, cabe presuponer que a los acreedores de la sociedad italiana les será más fácil insinuar sus créditos y defender sus intereses en Italia, si esta sociedad operaba desde allí. Repárese, no obstante, en que la individualización de foros en función de cada entidad no significa necesariamente que los tribunales que declaran el concurso de la primera sociedad resulten incompetentes para extenderlo a las demás. Si todas las sociedades tienen su propio centro de intereses en un mismo Estado, se podrán centralizar los concursos; si lo tienen en Estados distintos, los concursos se dispersarán a lo largo de varios países.

Lo expuesto no obsta a destacar alguna debilidad de la solución propuesta por el Tribunal. La individualización de foros y de leyes aplicables en función de cada socie-

dad dificulta una consolidación sustantiva de activos y pasivos, es decir, la formación de una única masa de acreedores y de activos, común a las dos sociedades, que tendría cierta justificación en caso de confusión de patrimonios. Obstaculiza, además, la reducción de costes procesales que se podría dar de centralizar todos los procedimientos ante un mismo juez y ante una misma administración concursal. Para paliar estos inconvenientes, quedará la posibilidad de que los administradores de los concursos de las distintas sociedades alcancen acuerdos de coordinación, no regulados por el Reglamento, pero sí permitidos por este. De entre ellos, en casos de confusión de patrimonios cobraría especial interés el *Costs and Recoveries Agreement* mediante el cual los administradores pactan una liquidación conjunta de los activos, repartiendo lo obtenido entre las distintas masas de acreedores, cuya prelación se rige por las leyes rectoras de cada uno de los concursos.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ  
Universidad de Oviedo

### 1.3. Reconocimiento mutuo y ejecución de decisiones

2012-22-Pr

**MENORES.—Acogimiento en institución en régimen cerrado.—Institución en Estado miembro distinto del de residencia habitual del menor.—Aplicabilidad del Reglamento 2201/2003.—Funcionamiento: cooperación.—Funcionamiento: ejecutoriedad de resolución de internamiento y de sucesivas resoluciones sobre la prórroga del mismo.**

Preceptos aplicados: arts. 6 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; arts. 1, 2, 8.1, 15, 20, 21, 23, 28, 31, 33, 34, 55, 56 del Reglamento 2201/2003.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.<sup>a</sup>), de 26 de abril de 2012, asunto C-92/12 PPU *Health Service Executive c. S. C., A. C.* Ponente A. Rosas.**

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

1. *Una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dispone el acogimiento de un menor en régimen cerrado en un centro asistencial terapéutico y educativo situado en otro Estado miembro que implique, para su protección, una privación de libertad durante un periodo de tiempo determinado, está comprendida en el ámbito material de aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 [...]*

2. *La aprobación a la que se refiere el artículo 56, apartado 2, del Reglamento núm. 2201/2003 debe darla, antes de que se dicte la resolución sobre el acogimiento de un menor, una autoridad competente de Derecho público. No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido. En circunstancias como las del asunto principal, en las que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dispuso el acogimiento tiene dudas acerca de si la aprobación se concedió válidamente en el Estado miembro requerido, ya que no se ha podido determinar con certeza cuál era la autoridad competente en ese último Estado, es posible proceder a una regularización con el fin de asegurarse de que el requisito de la aprobación que establece el artículo 56 del Reglamento núm. 2201/2003 se ha cumplido íntegramente.*

3. *El Reglamento núm. 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el acogimiento forzoso de un menor en régimen cerrado en un establecimiento situado en otro Estado miembro debe, antes de ejecutarse en el Estado miembro requerido, ser declarada ejecutiva en ese Estado miembro. Con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil, la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido acerca de la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, sin que los recursos interpuestos contra tal resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo.*

4. *Cuando haya sido dada por un periodo determinado, la aprobación de un acogimiento en virtud del artículo 56, apartado 2, del Reglamento núm. 2201/2003 no se aplicará a las resoluciones que tengan por objeto prorrogar la duración del acogimiento. En tales circunstancias, deberá solicitarse una nueva aprobación. Una resolución que ordene el acogimiento, adoptada en un Estado miembro y declarada ejecutiva en otro Estado miembro, sólo podrá ejecutarse en este último Estado miembro por el periodo indicado en la resolución de acogimiento.*

**Nota.** 1. Una de las dificultades de la presente nota es concentrar en el espacio disponible la gran cantidad de problemas y de matices que el supuesto de hecho plantea y la propia Sentencia del TJUE aborda. El esfuerzo del tribunal de remisión por tratar de ajustar la realidad fáctica a los mecanismos del Reglamento 2201/2003 (en adelante el Reglamento) es, a mi juicio, sorprendente en términos de conocimiento del tema y de anticipación de posibles problemas que en la realidad del caso estaban siendo oscurecidos (o, sencillamente, no existían) por una eficaz respuesta en orden a salvaguardar el interés superior de la menor sujeto de acogimiento. Es absolutamente revelador cómo todos los órganos intervinientes (irlandeses e ingleses) deslindaron toma y ejecución de decisiones y su correspondiente acomodación a las exigencias legales y con qué celeridad actuaron en todo momento. Los Cdos. 51 a 55 son, por ejemplo, una muestra de cómo la presentación de la cuestión prejudicial ante el TJUE no impidió la subsiguiente actividad de autoridades irlandesas e inglesas. Los hechos, sumariamente descritos, son los siguientes: el Health Service Executive irlandés (HSE), autoridad oficial responsable de los menores a cargo del Estado era responsable de una menor irlandesa y con residencia habitual en Irlanda desde el año 2000. Tras una convulsa y problemática evolución y próxima la mayoría de edad, el HSE decidió que era urgente (en todo momento el relato de los hechos pone el acento en esta urgencia) ingresar a la menor en un centro situado en Inglaterra, en acogimiento en régimen cerrado. A tales efectos inició un procedimiento ante la *High Court* irlandesa e informó a la Autoridad Central irlandesa de dicho procedimiento, pidiéndole que solicitase de la paralela autoridad central para Inglaterra y Gales la aprobación prevista en el art. 56 del Reglamento. Poco después recibió un escrito de la Autoridad Central para Inglaterra y Gales donde se trasladaba la aceptación del «establecimiento» de acogida. La *High Court* de Irlanda ordenó el acogimiento, con carácter urgente y provisional, el 2 de diciembre de 2011. En su resolución hacía mención a la obtención de la aprobación prevista por el art. 56 del Reglamento y a que no se había zanjado la cuestión del reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad de su resolución, habida cuenta de la urgencia del asunto. El HSE trasladó a la menor al centro inglés. La menor fue efectivamente internada en el establecimiento inglés.

Ello, no impidió ni que la *High Court* elevase al TJUE la cuestión prejudicial que nos ocupa, ni que instase al HSE para que solicitase auxilio a la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales. El HCS solicitó la adopción de medidas provisionales y cautela-

res al Alto Tribunal inglés, que las dictó el mismo día de la solicitud para que la menor residiese en el establecimiento inglés elegido; también solicitó la declaración de ejecutoriedad de la resolución de la *High Court* irlandesa, declaración que se produjo dos semanas después de la solicitud. También la *High Court* irlandesa fue sucesivamente (hasta 13 veces) renovando la solicitud de acogimiento.

Las dudas que plantea la *High Court* irlandesa son las relativas a si una medida de protección que implica la privación de libertad del menor entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento; cuál debe ser el régimen jurídico de la cooperación prevista por el art. 56 del Reglamento, en especial, el de la aprobación requerida en su apdo. 2.º; cuáles los posibles efectos de la resolución antes de que obtenga la declaración de ejecutoriedad en el Estado requerido o antes de que esta declaración sea firme; y, por último, si el régimen de cada una de las resoluciones prorrogando el internamiento es individual y supone el reinicio de todo el proceso.

2. La duda sobre la inclusión en el ámbito material del Reglamento de una medida de internamiento como la del asunto principal es liquidada sucinta y positivamente por el TJUE. Los Cdos. 56 a 66 de la Sentencia son claros y convincentes. La cautela del órgano de remisión en cuanto a la importancia de la «privación de libertad» derivada de la adopción de la medida no supone, en opinión del TJUE, ninguna especialidad respecto de lo establecido en el art. 1.2.d) del Reglamento: «acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento».

3. Mayor enjundia tiene la respuesta a la segunda cuestión. La *High Court* actuó con diligencia pero con la celeridad que el caso exigía: solicitó la aprobación requerida por el art. 56.2 del Reglamento («La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apdo. 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento»), pero el modo en que se produjo no fue totalmente convincente. Recordemos que la Autoridad Central para Inglaterra y Gales le trasladó la aprobación del establecimiento de acogida: ¿es suficiente? En un tema que entronca directamente con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (como los arts. 6, derecho a la libertad y a la seguridad, o 24, derechos del menor), ¿no habría que extremar las precauciones para cerciorarse de que este elemento capital de cooperación se cumple escrupulosamente? La respuesta del TJUE es compleja y puede sintetizarse en la secuencia siguiente: la aprobación a que se refiere el art. 56.2 del Reglamento es esencial para la tutela del interés superior del niño, es obligatoria y debe preceder a la resolución de internamiento; la cooperación que prevé el Reglamento exige a los Estados miembros establecer normas y procedimientos nítidos a efectos de la aprobación, que permitan en especial identificar fácilmente a la autoridad competente (cosa que no ocurría en el asunto principal) y a ésta conceder o denegar la aprobación en un breve plazo; dicha autoridad puede ser la Autoridad Central y otra, pero ha de ser una autoridad de Derecho público; el procedimiento para la obtención de la aprobación se rige por el Derecho del Estado miembro requerido (en el caso del Reino Unido), obviamente, respetando el efecto útil del Reglamento; y, quizá lo más novedoso, ante las dudas o las eventuales deficiencias en la obtención de la aprobación, se hace precisa la posibilidad de *regularización* a posteriori del requisito de la aprobación, algo que podría llegar, incluso a permitir que el juez de la ejecución suspenda el procedimiento para que se obtenga la aprobación con arreglo al art. 56 del Reglamento (Cdo. 91, que la Sentencia pone en boca de la Comisión, pero que no rechaza con posterioridad). Téngase en cuenta que la Sentencia, en este punto, introduce una real modificación procedimental en la economía del Reglamento, que no obstante limita a los supuestos

de aprobación aparente o dudosa, sin que pueda extenderse a los casos en los que ha habido una total ausencia del procedimiento de obtención de la referida aprobación (Cdos. 92 y 93).

4. También las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta obligan al TJUE a matizar o incidir en aspectos procedimentales. En esencia, se pregunta si la resolución que ordena el internamiento debe ser reconocida y declarada ejecutiva en el EM requerido y si produce efectos en este EM con anterioridad a ser declarada ejecutiva. Las dudas, de nuevo, vienen aparejadas al caso concreto y a la urgencia con la que en alguno de estos temas se ha de operar. El interés superior del menor (que motiva la urgencia) puede verse menoscabado por la duración de los procedimientos previstos en los arts. 33 y 34 para la obtención de la declaración de ejecutoriedad. Así lo reconoce el TJUE que, no obstante, reafirma la necesidad de esa previa declaración de ejecutoriedad (negada para el caso de menores por el Gobierno Alemán durante la sustanciación de la cuestión). La novedad que aporta el TJUE es que los recursos contra la declaración de ejecutividad en primera instancia no podrán necesariamente tener efectos suspensivos. La realidad del Reino Unido era, precisamente, que ningún acto de ejecución podría realizarse en virtud de una sentencia extranjera hasta que no hubiere expirado el plazo para recurrir la declaración de ejecutoriedad. Así lo disponía el art. 31.17 de las *Family Procedure Rules* 2010. Los efectos de la sentencia que comento no han podido ser más inmediatos sobre esta regla, que hoy tiene el siguiente añadido: «(1A) *The court may enforce a judgment registered under rule 31.11 before the expiration of a period referred to in paragraph (1) where urgent enforcement of the judgment is necessary to secure the welfare of the child to whom the judgment relates*», como consecuencia de la modificación efectuada por la *Family Procedure (Amendment) (No. 2) Rules 2012*, en vigor desde el 1 de julio de 2012.

Esta respuesta obvió u oscureció en cierta manera el interés por saber qué posibles efectos tendría la resolución extranjera antes de la declaración de ejecutoriedad. El TJUE sabe qué se le pregunta, describe qué había ocurrido, en concreto que se habían solicitado y adoptado medidas provisionales y cautelares por parte de los órganos judiciales ingleses en virtud del art. 20 del Reglamento, posiblemente a la vista de la resolución irlandesa, y no va más allá. La mayoría de las partes en el procedimiento se habían pronunciado en contra de la aplicación del art. 20 del Reglamento, como queda reflejado en el núm. 92 de la Opinión de la Abogado General, J. Kokkot. Ésta también era partidaria de la solución que al final retuvo el TJUE, pero, como alternativa, no descartaba la posibilidad de que a través del art. 20 el órgano competente del Estado requerido (al que previamente se habría trasladado al menor) pudiese, mientras se sustancia el proceso de exequátur, adoptar medidas provisionales y cautelares y que *el contenido* de las medidas cautelares adoptadas se atenga en la medida de lo posible a la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional competente (núm. 102 de las Conclusiones, siendo la cursiva original).

5. Las cuestiones quinta y sexta vuelven a confrontar las especiales necesidades de los procedimientos relativos a la protección de menores con las exigencias del Reglamento. Las consecuencias de una supervisión permanente y la posibilidad de emitir resoluciones diversas en cortos lapsos de tiempo con los engorros de una tramitación transfronteriza compleja: ¿ha de solicitarse la aprobación del art. 56.2 del Reglamento para cada prórroga del internamiento? ¿Se requiere una nueva declaración de ejecutoriedad para cada nueva resolución prorrogando dicho internamiento? La respuesta del TJUE es clara: sí en ambos casos, cuando los plazos objeto de aprobación y prórroga sean distintos. Las razones son aceptables; como lo es el «consejo»

práctico que evitaría una situación a todas luces contraria a la urgencia y celeridad necesarias: en manos de la autoridad competente (en el procedimiento principal, la autoridad irlandesa) se encuentra el adoptar una resolución con un plazo lo suficientemente amplio y razonable, reservándose la posibilidad de que, dentro del periodo cubierto por la aprobación (y posterior declaración de ejecutoriedad), pudiese reducir la duración del acogimiento. En otras palabras, tanto autorización como declaración de ejecutoriedad tienen unos efectos temporales que operan como límites máximos; prorrogarlos implica un procedimiento desde el principio. Recortarlos, en su caso, es una prerrogativa de la autoridad competente que, en el caso de la aprobación, no requiere ningún nuevo concurso de voluntad. El TJUE considera que la misma idea es operativa para el caso de la declaración de ejecutoriedad (Cdo. 145).

6. La sentencia es una buena muestra de cómo las exigencias de la realidad y las previsiones normativas no siempre van de la mano. Que en casos extremos como el del litigio principal, los requisitos legales garantistas (obtención previa de autorización) o, simplemente, naturales (no ejecución sin la obtención previa de la declaración de ejecutoriedad), pueden y tienen que modularse para adaptarse al supremo interés del menor. Que el efecto útil del Reglamento sigue sembrando de consecuencias procesales a los derechos nacionales. Y que pueden existir alternativas funcionales (adopción por parte de la autoridad competente del Estado requerido de medidas provisionales y cautelares similares al contenido de la resolución extranjera cuya declaración de ejecutoriedad está pendiente de recurso) o previsiones inteligentes (solicitud en el marco del art. 56 del Reglamento de una autorización con un cierto «margen» temporal que evite tener que solicitar posteriores autorizaciones) que ayudan a garantizar ese supremo interés. Y quizá lo más interesante, no de la sentencia, sino del caso, que las legítimas dudas jurídicas no impidan la toma de las medidas de protección necesarias.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

2012-23-Pr

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.— Reglamento 44/2001.—Ámbito de aplicación temporal en relación con nuevos Estados miembros.—Sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor para EM de ejecución.—Aplicación del Reglamento 44/2001: no.**

Preceptos interpretados: art. 64.2 del Reglamento 44/2001.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.<sup>a</sup>), de 21 de junio de 2012, asunto C-514/10, *Wolf Naturprodukte GmbH c. SEWAR spol. s.r.o.***  
Ponente: D. Šváby.

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

25. *En efecto, las reglas de competencia y las relativas al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales que figuran en el Reglamento núm. 44/2001 no constituyen conjuntos separados y autónomos, sino que están estrechamente vinculadas. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que el mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución establecido en el artículo 33, apartado 1, de dicho Reglamento, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno, y que, en principio, con*

arreglo al artículo 35, apartado 3, del mismo Reglamento, da lugar a que no se fiscalice la competencia del tribunal del Estado miembro de origen, está justificado por la confianza recíproca existente entre los Estados miembros y, concretamente, por la que pone el juez del Estado requerido en el juez del Estado de origen, habida cuenta, en particular, de las reglas de competencia directa contenidas en el capítulo II del citado Reglamento (dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, Rec. p. I-1145, apartado 163). [...]

27. De lo anterior se desprende que la aplicación de las reglas simplificadas de reconocimiento y ejecución establecidas en el Reglamento núm. 44/2001, que protegen particularmente a la parte demandante al permitirle obtener una ejecución rápida, segura y eficaz de la resolución judicial dictada en su favor en el Estado miembro de origen, sólo se justifica en la medida en que la resolución que debe reconocerse o ejecutarse ha sido adoptada conforme a las reglas de competencia del mismo Reglamento, que protegen los intereses de la parte demandada, concretamente en la medida en que, en principio, sólo puede ser demandada ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto de aquel en el que está domiciliada con arreglo a las reglas de competencia excepcional recogidas en los artículos 5 a 7 de dicho Reglamento.

**Nota.** 1. Las dudas sobre los ámbitos de aplicación de los instrumentos comunitarios que regulan diversos aspectos del llamado Espacio de libertad, seguridad y justicia siguen provocando cuestiones prejudiciales a las que el TJUE se enfrenta con mayor o menor fortuna. En dos de las últimas que he tenido la oportunidad de comentar, distintos aspectos relacionados con el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2201/2003 y del Reglamento 864/2007 (Roma II), fueron abordadas y resueltas por el Alto Tribunal. En el caso resuelto por la STJUE (Sala 4.<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2011 (asunto C-412/10, *Deo Antoine Homawoo c. GMF Assurances S. A.*; véase mi nota en *REDI*, 2012-8-Pr) la propia terminología de los arts. 31 y 32 del Reglamento Roma II motivaba una duda razonable, cuyas alternativas contaban con argumentos ponderados en uno y otro sentido. El TJUE optó por una de ellas y, a mi juicio, lo hizo correctamente. En el caso resuelto por la STJCE de 16 de julio de 2009 (asunto C-168/08, *Laszlo Hadadi —Hadady— c. Csilla Marta Mesko*, esposa de Hadadi —Hadady—; véase mi nota en *REDI*, 2009-28-Pr) con un cierto trasfondo similar al que ahora analizo, el razonamiento del entonces TJCE fue más errático, pues, también a mi juicio, perdió un poco de vista el problema fundamental de que se trataba (aplicación *ratione temporis* del Reglamento 2201/2003 al reconocimiento en Francia de una sentencia dictada en uno de los nuevos EM —Hungría—) y se centró en el análisis de la doble nacionalidad como criterio de competencia judicial internacional en el art. 3.1.b) del Reglamento 2001/2003 en los casos de nacionalidad múltiple. No es de extrañar que, con posterioridad, los comentaristas recurran a Hadadi más para emitir juicios sobre el alcance de la nacionalidad múltiple ante cualquier norma comunitaria que se base en la nacionalidad, que para avalar una posición en torno al ámbito de aplicación de un instrumento comunitario.

2. La STJUE de 21 de junio de 2012 (C-514/10), objeto de esta nota, resulta sorprendente, en primer lugar, por existir; por que una cuestión prejudicial como la planteada por el Tribunal Supremo de la República Checa haya llegado al propio TJUE. El problema interpretativo planteado es de tan ínfimo calibre que llama la atención el mero planteamiento de la cuestión prejudicial. Bastaría con leerse cualquier manual al uso para ver cuál es la *ratio* y el alcance del art. 66.2 del Reglamento 44/2001, para eludir la necesidad de una consulta tal. El supuesto que la motivó, en esencia, es el de la solicitud de reconocimiento en la República Checa de una sentencia austríaca dictada el 15 de abril de 2003, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento

44/2001 para el EM requerido (República Checa, 1 de mayo de 2004). Hasta hace no demasiado tiempo, la ortodoxia interpretativa de estos instrumentos dobles (reguladores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento de resoluciones) venía a decir que una sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor del instrumento considerado para ambos Estados (de origen y requerido) era garantía de inaplicación del mismo a su reconocimiento (así, el art. 54 del Convenio de Bruselas, antecesor del Reglamento 44/2001, el art. 54 del Convenio de Lugano de 1988, el art. 63 del Convenio de Lugano de 2007). Las matizaciones a esta regla venían dadas por un juego coherente entre viejos instrumentos que son sustituidos por instrumentos nuevos: estos segundos también se aplican al reconocimiento de resoluciones dictadas con anterioridad a su entrada en vigor o fecha de aplicación pero con posterioridad a la fecha de entrada en vigor o aplicación de aquéllos a los que sustituyen. Las relaciones entre el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 1347/2000 son un buen ejemplo: art. 64.3 y 64.4 del primero.

Como excepción poco comprensible, el peculiar Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, nos obsequió con una extraña disposición transitoria [art. 75.2.a)], cuyo alcance se me oculta, pero que literalmente permite la aplicación del sistema de reconocimiento del Reglamento a resoluciones dictadas en los Estados miembros antes de la fecha de aplicación del Reglamento, independientemente de otras consideraciones. Pero consideremos ello una excepción que algún día se nos aclarará [lo intenta, aunque no acabo de verlo claro ANDRAE, M., «Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR», en RAUSCHER, T. (Hrsg.), *Brüssel IIa-VO, EG-IntVO EG-ErbVO-E, HUntStProt 2007*, Múnich, Sellier, 2010, p. 762, núm. 9].

En estos términos, y no habiendo estado vinculada la República Checa por instrumento «predecesor» o sustituido alguno, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de la República Checa sólo podía tener la respuesta que el TJUE le dio: «El art. 66, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, para que ese Reglamento surta efecto en relación con el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial, es necesario que, en el momento de dictarse la resolución, dicho Reglamento haya entrado en vigor tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro requerido». El TJUE se esforzó en demostrar la relación existente entre la competencia y el reconocimiento en el Reglamento 44/2001 para justificar su postura; ese esfuerzo no siempre fue convincente.

3. A pesar de lo dicho en los anteriores párrafos en torno a la obviedad de la cuestión prejudicial, justo es reconocer que la terminología empleada por el art. 66.2 del Reglamento 44/2001 no es la más clara del mundo, cuando en su primer párrafo habla *de entrada en vigor del presente Reglamento*, sin especificar de forma indubitada en el Estado de origen y en el Estado requerido. Aunque la copulativa sí existe en los apdos. a) y b) del propio art. 66.2 [«entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro requerido»; «[...] o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción»] no es frontalmente contrario a *la letra* de la ley defender la postura del demandante en el proceso original: que cuando se dictó la sentencia por el Tribunal austriaco el Reglamento 44/2001 ya estaba en vigor y debía aplicarse al reconocimiento (así se reconoce en el Cdo. 23 de la Sentencia). Sí lo es, es decir, sí es contraria esa pretensión a la sistemática y a la finalidad de la disposición transitoria interpretada. El TJUE así lo pone de manifiesto, incidiendo en



dos variables: la indisoluble relación entre competencia judicial internacional y sistema privilegiado de reconocimiento y ejecución, por un lado, y como una especie de consecuencia de este dato, en la tutela de la situación jurídica del demandado.

4. El reproducido Cdo. 27 de la sentencia es nítido: la aplicación de las reglas simplificadas de reconocimiento se justifica en la medida en que la resolución fue adoptada conforme a las reglas de competencia del Reglamento. Nada que objetar. Una de las características en su momento más sobresalientes, que sigue siéndolo respecto de algunos otros regímenes de reconocimiento, es la supresión del control de competencia del juez de origen, sobre la base de una confianza recíproca, que no es enteramente ciega: se basa en la confianza del juez del Estado requerido en la correcta aplicación del sistema por el juez del Estado de origen (Cdo. 25 de la sentencia). Ello exige que, o bien el Reglamento estuviese también en vigor para el Estado de origen (regla prevista por el art. 66.1), o bien que los Convenios de Bruselas o de Lugano estuviesen en vigor en los dos Estados en el momento de presentarse la demanda sobre el fondo en el Estado de origen [art. 66.2.a)], o bien que las normas de competencia empleadas hubieran sido similares a las del Reglamento, o bien que fuesen normas comunes para ambos Estados por tener un convenio que así lo previese en el momento de presentación de la demanda [art. 66.2.b)]. En el primer caso (Convenios de Bruselas y de Lugano), la *confianza* a la que hace referencia el TJUE también existía (KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar*, Francfort del Meno, 8.ª ed., Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, p. 527, núm. 5).

Sin duda, esta razón es perfectamente entendible, aunque no llega a explicar totalmente por qué, cumpliéndose los requisitos vinculados a la «competencia» del juez de origen, se sigue exigiendo que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende haya sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento. Se puede decir que en los casos vinculados a los Convenios de Bruselas y de Lugano, el régimen jurídico de éstos ya se encarga de disciplinar el reconocimiento. Cierto. ¿Y en el resto de los casos del art. 66.2.b)? ¿Qué cambia en este argumento, por ejemplo, que la sentencia del caso principal hubiese sido dictada el 2 de mayo de 2004, un día después de la entrada en vigor del Reglamento para la República Checa? El TJUE, no sé si consciente o inconscientemente, se esfuerza en dar un argumento suplementario: uno en el que sí importa que el Reglamento estuviera en vigor. No obstante, a mi juicio, no es enteramente convincente.

5. Efectivamente, en los Cdos. 29 y siguientes el TJUE incide en la existencia de mecanismos previstos en el Reglamento para la protección de los derechos del demandado pendiente el proceso que sólo son operativos, obviamente, cuando el Reglamento está en vigor en el Estado de origen. Se refiere expresamente a lo previsto en el art. 26 del Reglamento. Concluye que el hecho de que en la República Checa no estuviese en vigor el Reglamento en el momento en que se *dictó la resolución* judicial privó al demandado de hacer uso de los mecanismos de protección previstos en el art. 26 del Reglamento.

Este argumento me parece bienintencionado, pero forzado. Es verdad que el art. 26 del Reglamento es un instrumento importante en la gestión de la competencia judicial internacional, en manos, recordemos, más del juez que del demandado *domiciliado en otro Estado miembro* (recordemos esto también), que por hipótesis no ha comparecido. Pero lo que creo más decisivo es que, en la práctica, el art. 26 se va a canalizar a través del Derecho procesal nacional y es perfectamente posible que incluso aun habiendo entrado en vigor el Reglamento para los dos Estados a lo largo del proceso, la protección que proporciona ya no pueda ser activada (ejemplo que propongo de la sentencia dic-

tada al día siguiente de la entrada en vigor del Reglamento para la República Checa). Se puede objetar con razón a esta situación que el efecto útil del art. 26 del Reglamento debe modular el Derecho procesal nacional a fin de hacer valer la uniforme aplicación de aquél (paradigmática en el ámbito de la abstención de oficio la STJCE de 15 de noviembre de 1983, C-288/82, *Duijnstee/Goderbauer*). Pero a los efectos que nos ocupan, creo que el argumento es débil desde una perspectiva práctica y, sobre todo, sobra. Y sobra porque, no lo olvidemos, estamos tratando sobre si se aplica o no se aplica el Reglamento: no sobre si se reconoce o no se reconoce la sentencia de marras. Y el propio Reglamento tiene mecanismos para tutelar en fase de reconocimiento lo que el TJUE dice que es necesario tutelar en fase de procedimiento sobre el fondo (art. 34.2 Reglamento, simplificando y siendo consciente de la diferencia existente con su art. 26).

6. El TJUE (Cdo. 33) echa mano de la génesis, la estructura y la finalidad del art. 66.2 interpretado, para apoyar su respuesta. Era una respuesta previsible. Pero no por ello el supuesto deja de ser interesante, aunque sólo sea para poner matices al propio precepto.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

#### 1.4. Ley aplicable

2012-24-Pr

**LEY APLICABLE A CONTRATO DE TRABAJO MARÍTIMO.—Determinación del lugar de prestación habitual de trabajo de un ingeniero de máquinas que presta sus servicios en alta mar desde un Estado miembro distinto del lugar donde tiene su sede la naviera que le ha contratado.**

Preceptos aplicados: arts. 1, 3, 4 y 6 del Convenio de Roma, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, *Jan Voogsgeerd c. Navimer S. A.* Ponente: C. Toader.**

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

1. *El artículo 6, apartado 2, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto debe determinar en primer lugar si el trabajador, en la ejecución del contrato, realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, que es aquel a partir del que, habida cuenta del conjunto de los elementos que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador.*

2. *Si el tribunal remitente considera que no puede pronunciarse sobre el litigio del que conoce a la luz del artículo 6, apartado 2, letra a), del Convenio, el artículo 6, apartado 2, letra b), de dicho Convenio debe interpretarse del modo siguiente:*

— *debe entenderse que el concepto de «establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador» se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquel al que está vinculado por su ocupación efectiva;*

— dicha disposición no exige que el establecimiento del empleador esté dotado de personalidad jurídica;

— el establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleador, con la que ésta mantiene vínculos, puede calificarse de «establecimiento» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra b), de dicho Convenio, si concurren elementos objetivos que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, y ello aun cuando no se haya transferido a esa otra empresa la facultad de dirección.

**Nota. 1.** *Voogsgeerd* es una decisión de compleja evaluación: de una parte, es significativa por los tópicos que contradice, de otra, la significación que reviste la oposición a dichos tópicos viene devaluada por el hecho de que no contiene mención alguna del porqué se aparta de los mismos. El caso concierne a un ingeniero de máquinas de nacionalidad holandesa, el Sr. Voogsgeerd, contratado por una naviera luxemburguesa, Navimer S. A., para prestar sus servicios en dos buques de su propiedad que operaban en el Mar del Norte. No se menciona en el relato de los hechos el pabellón de los buques, pero sí que las nóminas del Sr. Voogsgeerd eran pagadas por una asesoría situada en Luxemburgo, donde también se pagaban sus seguros de enfermedad y vejez, así como que el contrato se sometía a la ley luxemburguesa. Más allá de estos contactos con Luxemburgo, el trabajador había concluido su contrato de trabajo en la sede de otra empresa, Naviglobe NV, establecida en Amberes (Bélgica), a cuyo establecimiento debía acudir para recibir las instrucciones de trabajo y adonde debía regresar tras finalizar cada viaje. Teniendo en cuenta estos contactos y tras su despido, el Sr. Voogsgeerd presenta demanda en Amberes frente a Naviglobe y Navimer fundada en el Derecho belga, más favorable a su posición que el luxemburgués, puesto que el plazo de reclamación ya habría expirado en este último.

Las cuestiones prejudiciales descartan el apdo. a) del art. 6.2 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante CR, para centrarse en su apdo. b) y, por tanto, en la noción de establecimiento que ha contratado al trabajador. Sin embargo, el TJUE reconduce la determinación de la ley aplicable de manera objetiva al contrato a la localización del lugar de prestación habitual de los servicios, teniendo en cuenta que «los elementos que caracterizan la relación laboral, como figuran en la resolución de remisión, a saber el lugar de la ocupación efectiva, el lugar en el que el trabajador recibe las instrucciones o aquel en el que debe presentarse para cumplir sus misiones, son relevantes para determinar la ley aplicable a dicha relación laboral en el sentido de que, cuando dichos lugares están situados en el mismo país, el juez que conoce del asunto puede considerar que la situación entra en el ámbito de aplicación del art. 6, apdo. a), del Convenio de Roma» (STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C 384/10, apdo. 40). Así, han de valorarse todos los elementos del contrato para determinar «si el trabajador, en la ejecución del contrato, realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, que es aquel a partir del que, habida cuenta del conjunto de los elementos que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador» (apdo. 41), donde el énfasis es mío.

Con este planteamiento dos son las cuestiones que se van a tratar a continuación: la incidencia de esta decisión en la arquitectura del art. 6/8 CR/Reglamento Roma I (extensamente, GARDEÑES SANTIAGO, M., «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 387-424) y su impacto en las relaciones de trabajo marítimo.

2. *Voogsgeerd* es hija de *Koelzsch*, donde se insiste en que corresponde al órgano jurisdiccional ponderar las circunstancias que rodean el trabajo para «determinar en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte», en los mismos términos que ya hemos citado anteriormente (STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C 29/10, *Heiko Koelzsch c. Großherzogtum Luxemburg*, apdo. 49, comentada por MASEDA RODRÍGUEZ, J., «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», *La Ley*, 29 de noviembre de 2011, núm. 7662). Como es sabido, el art. 6/8 CR/Roma I fía la protección del trabajador y la previsibilidad del empleador al lugar de la prestación habitual del trabajo; en principio fácilmente determinable, la conexión entra en crisis ante determinadas categorías de trabajadores «ambulantes», en particular, transportistas, personal aeronáutico y trabajadores del mar.

Pensando en estas y otras dificultades, el citado precepto apunta una conexión subsidiaria, precisamente aquélla sobre la que pregunta el *Hof van Cassatie* belga, el lugar donde se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador. Ahora bien, esta conexión es fácilmente manipulable por el empleador, sin que la cláusula de escape que contiene el mismo precepto pueda dar respuesta a estas desviaciones. Así y con *Mulox* (STJCE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92) comenzó a perfilarse la noción de lugar «a partir del que» se realiza la prestación de trabajo para los casos difíciles reseñados, primero cristalizada en la dicción del art. 8 Roma I que mejora en este sentido la del art. 6 CR, después a través de la jurisprudencia aquí comentada que extiende una interpretación en principio pensada para el personal aeronáutico a cualquier supuesto de trabajadores sin un lugar habitual de trabajo. De este modo, lo que importa es localizar el lugar donde se presta *principalmente* el trabajo, obligando al juez en cuestión a ponderar las circunstancias laborales del interesado. Es obvio que ello tiene impacto en la arquitectura del art. 6/8 CR/Roma I, en la medida en que la conexión subsidiaria pasa a ser, además, residual, en tanto que el examen de contactos que ha de realizarse para establecer dicho lugar también convierte a la cláusula de escape en un recurso retórico.

3. Lo llamativo de este supuesto y la significación de la decisión aquí comentada es que se refiere a la ley aplicable al trabajo marítimo y no por ello le otorga un tratamiento específico, es decir, no toma en consideración en ningún momento el pabellón de los buques como posible ley rectora de la relación laboral (en contra de la extensión de *Koelzsch* a *Voogsgeerd*, MANKOWSKI, P., y KNÖFEL, O. L., «On the Road Again oder: Wo arbeitet ein Fernfahrer? Neues vom europäischen Internationalen Arbeitsvertragsrecht», *EuZA*, 2011, pp. 521-534, pp. 529-530). Todavía más: de los datos extraídos tanto de la propia decisión como de las Conclusiones de la Abogado General V. Trstenjak (la misma de *Koelzsch*), se desprende que no se trata de una bandera de conveniencia ya que, y a pesar de las dudas que existen en torno a su definición, en este caso coinciden propiedad de los buques, pabellón y lugar desde el que se pagan salarios y seguros. Ahora bien, el caso afecta a servicios prestados en distintos buques y por un tiempo no determinado, aunque presumiblemente reducido, por lo que la ley del pabellón todavía podría tener influencia en aquellos casos de marinos que prestan con carácter habitual servicios en un solo buque. Ello no obsta a que su operatividad en este ámbito quede seriamente relativizada como consecuencia de la aproximación funcional aquí propuesta y que obliga a buscar «con qué Estado tiene el trabajo un vínculo significativo» (*Koelzsch*, apdo. 44, *Voogsgeerd*, apdo. 36).

El TJUE aborda otra cuestión clave del tráfico laboral marítimo, aunque no específica del mismo, como es la colaboración entre empresas, sea dentro del mismo

grupo o no, lo que en el ámbito marítimo se traduce normalmente en el recurso a agencias de embarque. Al hilo de esta colaboración se presenta otro problema, el de rastrear al verdadero armador, apareciendo como una solución el levantamiento del velo. En *Voogsgeerd* la cuestión llega al TJUE a través de la evaluación de la noción «establecimiento que ha contratado»: a pesar de su contrato con Navimer, el trabajador debía presentarse en el establecimiento en Amberes de otra empresa, Naviglobe, donde recibía instrucciones y adonde debía regresar una vez terminado el pertinente servicio en alguno de los buques propiedad de la empresa que le contrató. Al respecto, el TJUE se limita a recordar la restrictiva doctrina ya sentada en *Eurofood* (STJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04): ha de atenderse a los elementos objetivos para establecer la existencia de una situación real diversa de la que evidencian los términos del contrato, pero «únicamente en el supuesto en que resulte que una de las dos sociedades actuó por cuenta de la otra podrá considerarse que el establecimiento de la primera pertenece a la segunda» (*Voogsgeerd*, apdo. 64). A pesar de su rigidez, lo cierto es que la flexibilidad que el TJUE imprime a las conexiones fácticas plasmadas en instrumentos europeos, como es el caso del lugar de prestación habitual de trabajo, las convierte en un instrumento de lucha contra el *forum shopping* mucho más ágil que otros mecanismos como el propio levantamiento del velo.

Laura CARBALLO PIÑEIRO  
Universidad de Santiago de Compostela

## 2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

### 2.1. Matrimonio. Crisis matrimoniales

2012-25-Pr

**MATRIMONIO.—Ley aplicable a la nulidad.—Diferencia entre nulidad e inexistencia.—Segundo matrimonio inexistente en España.**

Preceptos aplicados: arts. 9.1, 46 107 CC; art. 39 Ley 70-03 del Código de Familia de Marruecos (*Mudawana*).

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1061/2010 (Sección 18.<sup>a</sup>), de 17 de enero de 2012.** Ponente: Dolors Viñas Maestre.

**F: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/94171.**

*La sentencia debe ser confirmada procediendo la denegación de la nulidad del segundo matrimonio. El artículo 107 del CC remite para la nulidad a la Ley Marroquí conforme a la cual no procedería anular el segundo matrimonio en tanto no reconociera el primero celebrado entre musulmana y no musulmán. El primer matrimonio celebrado en España en 1998 conforme a la ley española es válido en España. El impedimento de la Ley Marroquí de religión o culto —matrimonio de musulmán con no musulmán (art. 39.4 La Mudawana)— es excluido en España por razones de orden público. La Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 10 de junio de 1999 argumenta que si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado (artículo 9.1, CC.), dicha ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la norma extranjera, aplicable como regla, sea considerada contraria al orden público [...].*

*El segundo matrimonio celebrado en Marruecos es válido en dicho país, al ser inexistente el primero, y carece de eficacia en nuestro país en el que no puede ser reconocido. El acto público de celebración del primer matrimonio, no disuelto, en tanto hay separación pero no divorcio, impide el reconocimiento de la existencia del segundo matrimonio. El impedimento del artículo 46.2 del CC impide el reconocimiento del matrimonio contraído en Marruecos, cuya nulidad ahora se pretende, como tampoco podría celebrarse ex novo ante autoridad española. No puede reconocerse en definitiva dicho matrimonio por inexistente. Concurriendo un vínculo matrimonial constituido en España, no puede reconocerse efectos al matrimonio celebrado en Marruecos, por lo que no puede decretarse la nulidad que se solicita.*

**Nota.** 1. En el arco de unos pocos meses, dos supuestos idénticos con la bigamia en su núcleo han recibido respuestas distintas. No se trataba aquí de los consabidos litigios sobre acceso al Registro Civil o efectos en España de un matrimonio celebrado en el extranjero, sino del tipo de sanción que debe recibir el segundo vínculo matrimonial contraído por un sujeto: nulidad o inexistencia.

En nuestro caso, una ciudadana marroquí que había contraído matrimonio en España con un español según rito civil se separa de éste y contrae un segundo matrimonio en Marruecos con un connacional y según rito islámico. El litigio que origina la sentencia anotada se refería a este último, con los pedimentos usuales en un proceso de divorcio; el juez de primera instancia se pronuncia sobre guardia, custodia y régimen de visitas, desestimando la solicitud de declarativa de nulidad del mencionado segundo vínculo, tal y como solicitaba el otro «cónyuge» —llamémosle así— en su reconvenición (siguiendo una estrategia por lo demás incomprensible si lo que quería era no pagar: art. 58 del CF de Marruecos). Es esta validez o nulidad lo que constituye el objeto de la apelación. Es importante subrayar que, a diferencia de otras decisiones en las que al segundo matrimonio no se le reconoce como tal sino como a una unión de hecho, nunca se ha dudado de que existe una apariencia de matrimonio, lo que en buena lógica abriría la puerta a la aplicación de los arts. 9.2 y 9.3 CC, por ejemplo. Desconocemos por lo demás en función de qué se declaran competentes nuestros órganos judiciales, lo que habría arrojado alguna luz adicional sobre el nivel de radicación de la relación en nuestro foro (¿qué nacionalidad?, ¿dónde reside el actor?). Sea como fuere, la idea es negar existencia al vínculo controvertido en la consideración de que la celebración de un matrimonio válido en España funciona como un veto a la posible existencia en nuestro foro de cualquier otro posterior en el que esté implicado alguno de los contrayentes. En consecuencia, solicitada la declaración de nulidad, por lo demás, la congruencia comporta la desestimación del recurso.

2. La SAP de Cádiz (Sección 5.<sup>a</sup>) de 24 de marzo de 2011 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2011/241878) alcanza conclusiones diferentes: ciudadana marroquí contrae matrimonio civil en España, adquiere la nacionalidad española, se separa y contrae nuevo matrimonio en Marruecos según rito coránico. Que tras la celebración del segundo obtuviera el divorcio del primero es irrelevante (la validez o nulidad se aprecia al tiempo de la celebración). Al solicitarse la nulidad del segundo, habría sido muy fácil articular una solución estándar y aplicar la ley española a la capacidad nupcial *ex* art. 9.1 CC, afirmando que no se puede contraer un segundo matrimonio cuando se está ya vinculado por otro anterior y decretando la nulidad de aquél (si la señora pudo contraer matrimonio en Marruecos, donde a las mujeres les está vedada la poliandria, es probablemente porque en aquel foro el primero fue considerado inválido por concurrir el impedimento de religión —o no se controló su capacidad nupcial—; a nuestros efectos esto es irrelevante, porque el orden público del foro impide al juez español

tomar en consideración a la hora de enjuiciar la validez del segundo matrimonio la causa de nulidad del primero). Sin embargo, la Audiencia de Cádiz procede por un camino argumental que sigue una calificación llamativa, descartando expresamente la aplicación de la ley española (art. 46 CC en particular) y sosteniendo la competencia de la marroquí como rectora de la celebración del matrimonio —según la norma de conflicto del art. 9.2 CC en relación con el 107.1 CC—; lo de menos es que la adúltera al aplicarla parcialmente, al margen de los elementos genéticos del matrimonio controvertido y fijando la atención en una causa de nulidad adaptada a la sensibilidad cristiana, la del art. 39.5 de la *Mudawana* (existencia de vínculo previo); lo de más es forzar el razonamiento. Y de otra parte no deja de ser extraño que un párrafo antes se asevera que el estado civil de la señora era el de casada, en los términos previstos por la ley reclamada por el art. 9.1 CC: cómo se encajen ambas piezas del razonamiento se nos escapa. En cualquier caso, el fallo opta por declarar la nulidad.

3. El asunto comentado escapa a los cánones habituales. La poligamia es accidental: la voluntad de los litigantes es clara, no se trata de reconocer una situación creada válidamente en el extranjero y válida según el Derecho del Estado donde ha nacido, ni del reconocimiento de alguno de los efectos en el foro a un matrimonio poligámico. Se pide simplemente que se declare nulo lo que se ha creado en el extranjero y que jamás podría haber nacido o generado efectos en nuestro foro. El silogismo estándar pasaría por aplicar la ley marroquí del bigamo a la verificación de la validez del matrimonio, como ley aplicada a su celebración-dimensión capacidad nupcial (así, por ejemplo, la resolución de la DGRN de 12 de enero de 2007). La jurisprudencia no admite dudas de que la existencia de impedimento de vínculo afecta a la capacidad y por ello se somete a la ley nacional del contrayente (sistematizado en la resolución circular de la DGRN de 29 de julio de 2005). La sentencia de la AP de Cádiz yerra justamente porque aplica la ley marroquí como si hubiera *una* ley rectora de la nulidad matrimonial, y porque a todas luces (parece) está aplicando la ley del lugar de celebración. El problema de ese silogismo estándar es que conduce a la ley marroquí, en la que no existiría impedimento alguno, porque se considera que el primero es un matrimonio nulo por infracción de las normas sobre capacidad nupcial (impedimento de religión). Una posible respuesta puede venir del rechazo de la aplicación del art. 39.4 de la *Mudawana* por incorporar una restricción de la libertad nupcial, trámite orden público; pero el orden público siempre es una patología.

4. Cabe explorar otra vía. El objetivo está claro: que no se reconozcan en España los efectos de un matrimonio ya celebrado, al amparo del ordenamiento competente, que legítimamente lo ha considerado válido. Evidenciaba Francescakis que cuando una situación ha sido creada al amparo de otro ordenamiento, no puede enjuiciarse usando la perspectiva del propio Derecho. Ese matrimonio nos queda muy lejos, demasiado, hasta el punto de que cabe preguntarse si resulta legítimo que un tribunal español entre a enjuiciarlo. Sólo el primero (aquel en el que aparece implicado un ciudadano español) debería ser objeto del sistema jurídico español. La perspectiva frente a hipótesis de bigamia ha de plantearse cuáles son los intereses en juego, y descubrir que junto al interés público de defender una concepción del matrimonio caracterizada por la monogamia existe el interés privado del ciudadano español que cuando contrae matrimonio puede confiar en que de acuerdo con su ley nacional está casado y que su cónyuge no puede entrar en nuevas nupcias. Probablemente sería oportuno por ello introducir en el enjuiciamiento de situaciones del género un cúmulo de leyes nacionales (la ley de la autoridad deja el problema intacto), de modo que el ciudadano perteneciente a un ordenamiento inspirado en la monogamia pueda oponerse a que su cónyuge contraiga nuevo matrimonio, sea lo que sea lo que diga la ley

nacional de este último, con lo que estará protegido frente a leyes extranjeras con un contenido demasiado heterogéneo. La solución francesa (Sentencia del TGI de París de 8 de abril de 1987) de aplicar la ley rectora de los efectos a la cuestión de si se puede contraer o no otro matrimonio más resulta protectora en el caso concreto, pero no garantiza su idoneidad en general y distorsiona la calificación, porque lleva a efectos lo que sin duda es un problema de capacidad. En realidad, confiar al cúmulo de las dos leyes nacionales de los ya cónyuges esa función de veto arranca de lo que como negocio jurídico que es comparte el matrimonio con los contratos: se ha entrado en un programa negocial definido, conocido por las partes, y posteriormente no se puede hacer nada que quebrante las expectativas generadas. El cónyuge del ordenamiento monógamo tiene derecho a impedir, constante su matrimonio, nuevos enlaces de su *partner*. Sólo si todas las leyes nacionales en presencia admiten la poligamia puede ésta ser admitida.

5. Por consiguiente, cuando uno de los cónyuges sea español la respuesta será la inexistencia. En la práctica patria —sobre todo a nivel doctrinal— se ha caído en la tentación de afirmar que sólo la nulidad como sanción sirve para proteger intereses dignos de tutela, olvidando que la coherencia de nuestro sistema de valores va por otro lado, y que idénticos niveles de protección se pueden lograr mediante la consideración aislada de las relaciones. Sin perjuicio de cuáles sean las consecuencias concretas de la nulidad y de la inexistencia, de que puedan confundirse dada la falta de disciplina en nuestro ordenamiento de esta última, a nivel conceptual está claro cuándo hay una y cuándo otra. La nulidad tiende a borrar no el hecho en sí pero sí sus consecuencias jurídicas pretendidas; con la inexistencia se pretende sancionar la falta de un elemento esencial; estaríamos ante supuestos de imposibilidad de existencia lógica (GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad e inexistencia», en *Centenario del CC*, vol. 1, Madrid, 1990, pp. 935 y ss.). En el presente litigio estamos en puridad ante algo que ontológicamente no puede tener entidad real; por eso el cúmulo de leyes prealudido sirve de freno a la penetración de nuevos vínculos: no es que se aplique el Derecho del foro en función de no se sabe qué, sino que la respuesta viene basada en el propio sistema conflictual. Por lo demás, en el ordenamiento español la única causa de inexistencia que queda es la presencia de vínculo previo, una vez desaparecida la tradicional de la identidad de sexos. En consecuencia:

a) Sólo la nulidad permite que se extraigan las consecuencias propias del matrimonio putativo (JORDANO BAREA, J., «Fundamento y naturaleza del matrimonio putativo», en *Libro homenaje a Giménez Fernández*, vol. 2, Sevilla, 1967, pp. 45-46). Interesa en particular en cuanto a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad o de la inexistencia. Al matrimonio nulo le pueden resultar aplicables las normas de conflicto de los arts. 9.2 y 9.3 CC, como vimos; al inexistente no. Si la enésima esposa tiene derecho a recibir una cierta cantidad de dinero, será en su caso por una descarnada exigencia de justicia, si hubo dolo del marido al contraer el matrimonio (engaño, generación de la apariencia de ser núbil), al amparo de la disciplina de las obligaciones extracontractuales (incluso se podría barajar la idoneidad del recurso a las acciones por enriquecimiento sin causa). Ni que decir tiene que las eventuales obligaciones de alimentos o el reconocimiento de derechos sucesorios al hijo del tercer matrimonio, por ejemplo, siguen su propio camino. Los hijos de matrimonios sucesivos podrán reclamar —en los términos previstos por la ley reguladora de la filiación o de la sucesión— lo que a su derecho convenga, sólo porque existe una relación paterno filial, autosuficiente, pero no porque el matrimonio de sus padres sea nulo, válido o medio pensionista, dato éste del todo irrelevante.



b) No existe en nuestro sistema procesal cauce alguno para implementar una solicitud de declaración de inexistencia del matrimonio. Los arts. 764 y ss. LEC no nos sirven, por lo que probablemente el cauce idóneo sea una pretensión declarativa en el del juicio ordinario (art. 249.2).

c) Lógicamente, un tribunal español no puede decretar el divorcio o la separación de dos personas que han concluido un matrimonio juzgado inexistente.

Luis CARRILLO POZO  
Universidad de Girona

Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO  
Universidad Autónoma de Madrid

2012-26-Pr

**CRISIS MATRIMONIALES.—Divorcio.—Régimen económico matrimonial primario.—Pensión compensatoria.—Ley aplicable.—Doble nacionalidad de los cónyuges.—Conflicto móvil.—Reenvío.**

Preceptos aplicados: arts. 9.2 y 107 CC; art. 706 del Código de Procedimiento Civil italiano.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>), núm. 155/2012, de 29 de febrero.** Ponente: Pascual Ortuño Muñoz.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/117110.**

*Segundo.—Con carácter previo al análisis de la impugnación, la sala ha de entrar de oficio a analizar la ley aplicable al objeto del debate.*

*De la «Libreta de Familia» expedida por la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República de Argentina que se acompañó con la demanda, y las propias manifestaciones de las partes consta que los litigantes contrajeron matrimonio en la ciudad de Córdoba (Argentina) el 25-10-1974, ostentando ambos la nacionalidad de dicho Estado, y fijando en el mismo su residencia, donde también nacieron sus hijas.*

*De las actas de apoderamiento e identificación de los litigantes, así como de las escrituras públicas que se han incorporado a los autos, resulta que en la actualidad ambos adquirieron y ostentan posteriormente la nacionalidad italiana, aun cuando tienen su residencia en España desde el año 1986.*

*De lo anterior resulta que las relaciones económicas del matrimonio han estado regidas por el régimen supletorio de primer grado que establece la ley aplicable, que es el de gananciales de la República Argentina, por la remisión del mismo de la norma de conflicto española [...].*

*No ocurre lo mismo con la ley aplicable al divorcio y a sus efectos que, al haber adquirido los litigantes la nacionalidad italiana, que es la que ostentan en el momento de interposición de la demanda, es la del referido Estado, en virtud de lo que establece el artículo 107 CC [...]. La consecuencia inmediata sería la inviabilidad del divorcio, habida cuenta de que la ley italiana de divorcio, de 6.3.1987, establece como causa general la separación efectiva durante un periodo de tiempo de tres años. No obstante lo anterior*

*la sala considera que, en lo que se refiere al divorcio y sus efectos, es de aplicación la ley de la residencia habitual, habida cuenta de que el sistema italiano establece una norma de reenvío, artículo 706 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la cual se deja a decisión del tribunal que conoce del litigio la conveniencia de aplicar la ley del país en el que transcurre preferentemente la vida conyugal de la pareja.*

*Tercero.—Al haber alcanzado un acuerdo extraprocésal respecto a la liquidación de bienes gananciales, y haber ratificado la actora ante esta sala su renuncia a la pensión compensatoria, se ha de enjuiciar el recurso con la consideración de tales circunstancias que afecta únicamente a derechos dispositivos.*

**Nota. 1.** Una pareja argentina contrae matrimonio en su país de origen, donde reside. Algunos años después ambos adquieren la nacionalidad italiana y trasladan su residencia a España. Es en este Estado donde se plantea una demanda de disolución del vínculo, con las cuestiones que suele llevar aparejadas: disolución del régimen económico, atribución del uso de la vivienda habitual y fijación de una pensión compensatoria. El órgano jurisdiccional español analiza «de oficio» la ley aplicable a dos de estas cuestiones, concluyendo, con desigual acierto, que el régimen económico se rige por la ley argentina, y el divorcio por la española (2). Nada dice, sin embargo, sobre la ley rectora de la atribución de la vivienda y la pensión compensatoria (3).

2. La decisión resulta acertada en lo que respecta a la determinación del régimen económico matrimonial en defecto de pacto: el conflicto móvil que plantea en este caso la adquisición de una nueva nacionalidad por los dos cónyuges se soluciona por el art. 9.2 CC privilegiando la nacionalidad común del momento de la celebración del matrimonio, para procurar la máxima estabilidad en dicho régimen. Es la ley argentina, por tanto, la que fija el régimen en defecto de pacto, porque cuando el matrimonio se conformó la única nacionalidad común era la argentina.

A efectos de determinar la ley aplicable a la disolución del vínculo, el art. 107.2 CC también precisa qué nacionalidad común debe tenerse en cuenta: la que los cónyuges tengan en el momento de la presentación de la demanda. De este modo, sólo resultaría acertada la afirmación de la AP de Barcelona si los cónyuges hubiesen perdido la primera nacionalidad que tuvieron en común, y ya sólo fuesen italianos cuando se plantea el litigio. En tal caso, el mencionado art. 107.2 CC reclamaría la aplicación de la ley italiana. Sin embargo, si ambos conservasen la nacionalidad argentina es preciso tener en cuenta la solución dispuesta para los supuestos de doble nacionalidad, a fin de determinar cuál de las nacionalidades que se ostentan en común en el momento de presentación de la demanda es la que debe prevalecer. Lo correcto, por tanto, sería aplicar la ley española, en calidad de ley de la residencia habitual (aunque no coincida con la ley de las dos o más nacionalidades que se ostenten), pues tal es la solución dispuesta en el art. 9.10 CC, al que remite el art. 9.9 CC cuando en la doble nacionalidad ninguna de las que concurren es la española.

Ahora bien: resulta criticable en todo caso la afirmación de la AP de que se aplica la ley española porque el art. 706 del Código de Procedimiento Civil italiano permite el reenvío. Y lo es, no sólo porque ese precepto no establece la norma de reenvío que el tribunal afirma, sino, fundamentalmente, porque aunque lo hiciera, son las normas (de aplicación de las normas de conflicto) del Derecho español, y no las del Derecho extranjero, las que determinan si cabe o no emplear tal expediente, y con qué alcance. Así, dado que la norma general del DIPr español, el art. 12.2 CC, permite el reenvío de retorno a la ley española, lo que cabría es aplicar la ley española si la norma de conflicto italiana así lo previese, esto es, si dispusiese la aplicación de la ley de la residencia habitual común (que es el criterio que vincula en este caso a los litigantes con el

foro). Pero el art. 31 de la Ley italiana de DIPr tiene un contenido similar al art. 107.2 CC: cuando ambos cónyuges son nacionales de un mismo Estado en el momento de presentación de la demanda de divorcio o separación, es la ley de ese Estado la que se aplica. El reenvío en este caso no podría operar, porque coinciden los puntos de conexión de la norma de conflicto del foro y la del Derecho reclamado por ella.

A salvo de la posibilidad apuntada sobre la aplicabilidad de la ley española en caso de que los cónyuges conservasen la nacionalidad argentina, es la ley italiana, por tanto, la aplicable; y no cabe entender que el art. 107.2.c) permite aplicar la *lex fori* porque la extranjera no conceda el divorcio en la situación litigiosa: ese supuesto únicamente se aplica si la ley extranjera no contempla en su regulación la relajación o disolución del vínculo (véase ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 276-277). La vía que quedaría para obtener el divorcio es la de fundamentar la demanda en el Derecho español, omitiendo toda mención al Derecho extranjero, con la esperanza de que el órgano jurisdiccional considere que la falta de invocación y prueba de la ley extranjera obliga a aplicar la *lex fori*. Sin embargo, la AP de Barcelona parece aplicar de oficio el Derecho extranjero. Esta aplicación, que a mi juicio posibilita la normativa actual (en este sentido, véase mi trabajo «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498, y referencias ahí contenidas), no es habitual. De hecho, la práctica jurisprudencial ha llevado a afirmar que el sistema conflictual español es facultativo *de facto* (así, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2.ª ed., Civitas, 2007, p. 523). Que existan resoluciones tan diversas a este respecto como la de la AP de Barcelona comentada y, *v. gr.*, la SAP de Valencia (Sección 10.ª) núm. 85/2009, de 10 de febrero (*Westlaw Aranzadi*, JUR 2010/73433) evidencia de que es conveniente reformar el art. 218 LEC 2000, a efectos de establecer una norma clara sobre el tratamiento procesal de la ley extranjera.

3. Aunque, como se ha puesto de manifiesto, su razonamiento no resulte del todo acertado, la AP de Barcelona al menos tiene presente que el carácter internacional de la situación obliga a determinar la ley aplicable al divorcio y al régimen económico, acudiendo a las normas de conflicto. Sin embargo, no efectúa ningún tipo de consideración similar en lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda y a la pensión compensatoria.

A falta de disposición expresa sobre la ley aplicable al uso de la vivienda habitual, se viene defendiendo que, en situaciones como la litigiosa, la cuestión se someta a la ley rectora de la crisis (ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 332). Por su parte, la ley aplicable a la pensión compensatoria variaría en función de la fecha de presentación de la demanda, pues el Protocolo de La Haya de 2007 se aplica a reclamaciones relativas a periodos anteriores a su entrada en vigor (art. 5 de la Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad a dicho Protocolo), pero sólo si el procedimiento se inició después de esta fecha. Así, en caso de que la demanda se hubiese presentado después del 18 de junio de 2011, fecha de la entrada en vigor del Protocolo, la ley aplicable sería la española, en tanto que ley de la residencia habitual del acreedor (art. 3), con independencia de cuál sea la ley aplicable al divorcio. Si se presentó antes de esa fecha, la misma ley que rige el divorcio es la aplicable a la pensión compensatoria, en función de lo previsto en el art. 8 del Convenio de La Haya de 1973.

Cabría salvar la decisión de la AP alegando que lo que hace el órgano jurisdiccional, precisamente, es extender la ley española, que es la *lex divortii* (aunque no justifique los motivos). Queda la duda, no obstante, de si en este supuesto debería darse aplicación al CC español o si, dado que existe plurilegislación en estas materias (aunque no en lo que respecta a la disolución), resultaría preciso delimitar cuál de las leyes españolas resulta aplicable.

En todo caso, cabe recordar que, aun suponiendo que la demanda se hubiese presentado antes de que el Protocolo de La Haya resultase de aplicación, la ley aplicable al divorcio y, por lo tanto, también a la atribución del uso de la vivienda y a la pensión compensatoria, sería la española únicamente en el caso de que los cónyuges aún tuviesen también la nacionalidad argentina (y por aplicación del art. 9.10 CC); y si los cónyuges fuesen ya sólo italianos, sería la ley de Italia la aplicable a estos aspectos.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS  
Universidad Complutense de Madrid

## 2.2. Obligaciones alimenticias

2012-27-Pr

**OBTENCIÓN DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO.—Cooperación internacional.—Convenio de Nueva York.—Reclamación alimenticia.—Acción de regreso planteada por una entidad pública.—Posición jurídica de los organismos públicos.**

Preceptos aplicados: Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956; arts. 39.2, 39.3 y 53.3 de la CE.

**Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4.<sup>a</sup>), de 2 de diciembre de 2011.** Ponente: Miguel Ángel Aguiló Monjo.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/130843.**

*En el fundamento jurídico único de la resolución combatida, precedente de su parte dispositiva se razona lo siguiente: «Advirtiendo este juzgado que la pretensión formulada por el Abogado del Estado contra D. Remigio no resulta en modo alguno una reclamación en concepto de alimentos de las previstas en la legislación vigente, toda vez que [...] lo que en realidad se reclama [...] es una determinada cantidad de dinero que se afirma fue satisfecha en su día por la Seguridad Social sueca pero no la fijación de una pensión periódica mensual a favor de una persona que precise de alimentos de otro para hacer frente a sus propias necesidades, procede inadmitir a trámite la demanda formulada al no ser éste ni el procedimiento a seguir ni el juzgado competente [...] para sustanciar la reclamación que se realiza, sin que tampoco se pretenda como en otras ocasiones que se han presentado recientemente por la abogacía del estado la ejecución de una resolución ya firme».*

*Se solicitaba en el escrito inicial del presente procedimiento que se dictara sentencia en la que «se fije pensión alimenticia y se condene a pagar la deuda de 7.938 euros, más intereses y costas a D. Remigio».*

*Interpreta la Juzgadora de instancia que nos hallamos ante una reclamación de cantidad de dinero avanzada por la Seguridad Social sueca de modo que el procedimiento iniciado es inadecuado y carece de competencia para su sustanciación.*

*No se comparte el anterior criterio. La acción ejercitada por el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, se enmarca dentro de los parámetros del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 [...].*

*De lo que se deduce de la demanda es que D.<sup>a</sup> Eva, madre de la menor D.<sup>a</sup> Josefina tiene promovida demanda ante las autoridades de Suecia reclamación de alimentos desde el 24 de abril de 2009, y que la Autoridad sueca para la aplicación del Convenio de Nueva York ha solicitado la cooperación internacional de la Autoridad Central Española para la formulación de demanda judicial en territorio nacional para fijar y cobrar tanto la pensión alimenticia como la deuda [...].*

*[...] Por la materia de que se trata, ello supone otorgar competencia para la decisión del caso a la jurisdicción española especializada en temas de Familia, para su resolución por los cauces procedimentales que resulten adecuados, sin que se pueda inadmitir «ad limine litis» la pretensión deducida.*

**Nota. 1.** La resolución que comentamos aborda la problemática relativa a la solicitud de reintegro alimenticio por parte de un ente público con el telón de fondo del Convenio de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. El Auto de la Audiencia Provincial resuelve un recurso de apelación contra un auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se inadmite una demanda del Abogado del Estado sobre solicitud de alimentos. Atendiendo al relato fáctico que se incluye en el auto podemos derivar la situación en la que la resolución trae causa: la madre de la menor interpone demanda de reclamación de alimentos en Suecia, en contra del padre de la menor, que se encuentra en España, el 24 de abril de 2009. La Seguridad Social sueca había satisfecho previamente cierta cantidad en concepto de los alimentos debidos por el padre. La Autoridad sueca solicitó la cooperación internacional de la Autoridad Central española, que interpuso demanda en España en la que incluye dos pretensiones: la fijación de la pensión alimenticia para la menor a cargo de su padre residente en España y el pago de la deuda por parte del este último a la entidad pública sueca que había efectivamente satisfecho los alimentos (más intereses y costas). El juzgador de instancia dictó un Auto de 9 de febrero de 2011 en el que inadmitió a trámite la demanda bajo el argumento de que no se trataba de materia alimenticia, sino de una simple reclamación de cantidad y, por tanto, no consideraba que se hubiese seguido el procedimiento adecuado ni que fuese competente para sustanciar la reclamación. Por su parte la Audiencia consideró que no se trataría de una simple reclamación dineraria sino de una demanda de fijación de alimentos a la que se añade el cobro de atrasos y con lo que estimó el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado.

Aunque el problema concreto se redujo a una cuestión de competencia meramente interna y tipo de procedimiento judicial, el supuesto es especialmente ilustrativo de un problema mayor, sobre el que existe normativa relevante y relevante práctica judicial, cual es la posición jurídica de las entidades públicas en el recobro de los alimentos por ellas satisfechos. En el caso comentado, en concreto, la calificación como alimenticia o no de la reclamación de devolución de las cantidades adelantadas. En este contexto, compartimos la consideración de la Audiencia, que se ve avalada no sólo por el escueto razonamiento del fallo, sino por otra serie de consideraciones que pasaremos a exponer. Al haberse enfocado el tema de manera general, por parte de la Audiencia, lo abordaremos también en su generalidad, comenzando por referirnos sucintamente a la cooperación internacional en el marco del Convenio de Nueva York de 1956 para, a continuación, abordar la problemática de si la acción de regreso por un organismo público es o no materia alimenticia y la posición jurídica que se les

otorga a las entidades públicas en los supuestos de las acciones de repetición contra un deudor alimenticio. Para tratar esta cuestión analizaremos el tratamiento que ha recibido y recibe la problemática en el ámbito comunitario desde las diferentes perspectivas desde las que puede ser abordado el tema: la competencia, el reconocimiento y ejecución y la ley aplicable.

2. En el asunto que nos ocupa, la opinión del Abogado del Estado y la del Juez de primera instancia chocan en la calificación de la pretensión deducida. Como es bien sabido, el Convenio de Nueva York es un instrumento de cooperación internacional que pretende facilitar la obtención de *alimentos* en los supuestos en los que el demandante se encuentra en un Estado parte y la persona de la que el demandante pretende tener derecho a recibir alimentos está sujeta a la jurisdicción de otro Estado parte. Tanto Suecia como España son partes del Convenio, por lo que éste resultaba sin duda de aplicación. La Autoridad sueca, en calidad de Autoridad Remitente solicitó la cooperación de la Institución Intermediaria española [función que desempeña en la actualidad el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia: Instrucción 1/04 de 5 de marzo sobre reclamación internacional de alimentos, de la Fiscalía General del Estado, *Aranzadi Westlaw* (JUR 2004/98101)]. Para la Autoridad sueca y para la Autoridad española, la reclamación (en lo que nos interesa, limitada a la pretensión de la Seguridad social sueca) tendría la naturaleza de alimenticia. Para el Juzgado, una simple reclamación de cantidad.

3. La Audiencia determina que la reclamación de las cantidades adelantadas por la Seguridad Social Sueca no es una simple petición de condena dineraria, sino que constituye una deuda alimenticia. A pesar de esta claridad, la determinación de si la acción de repetición es o no materia alimenticia no está exenta de complejidad en el ámbito comunitario y puede dar lugar a diferentes soluciones en función del ámbito en el que nos encontremos.

Por un lado, en el ámbito de la competencia judicial internacional el Tribunal de Justicia zanjó la cuestión de si las entidades públicas pueden o no beneficiarse de los foros especiales en materia alimenticia en el marco del Convenio de Bruselas en sentido negativo. La STJCE de 15 de enero de 2004 (asunto C-433/01, *Freistaat Bayern c. Jan Blijdenstein*, Rec. 2004, p. I-00981) negó la posibilidad de que un organismo público que plantea una acción de regreso pueda invocar el art. 5.2 CB con base en su configuración como un foro de protección de la parte débil y la falta de esta consideración en el organismo público. La solución, en términos dialécticos contraria a la postura de la Audiencia, es, no obstante, controvertida por dos razones fundamentales. En primer lugar, parte de la doctrina ha cuestionado el hecho de que el acreedor alimenticio al que se refiere el precepto deba ser la parte débil, constituya un presupuesto aplicativo del precepto o, incluso, una consecuencia de la realidad (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Acción de regreso alimenticio y competencia judicial internacional: un nuevo paso en la progresiva delimitación del art. 5.2 del Convenio de Bruselas», *La Ley*, 2004, núm. 5, pp. 1294 a 1297, p. 1295). En segundo término, la posibilidad de que el organismo público pudiese beneficiarse de los foros especiales redundaría, en último término, en beneficio de los derechos del alimentista, esto es, cumpliría con el objetivo último que persigue el foro en materia de alimentos, la satisfacción de la necesidad alimenticia del acreedor de alimentos [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 90; más de acuerdo con la postura del TJUE, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, Madrid, 2.ª ed., Civitas, 2007, p. 250]. El Reglamento 4/2009 sigue esta misma línea y, a pesar de la posición que otorga a los organismos públicos en el ámbito del reconocimiento y

la ejecución —posición que pondremos de manifiesto a continuación—, recoge como regla general la exclusión del concepto de acreedor de alimentos de las entidades públicas al establecer en su art. 2.1.10) que se entiende por acreedor «toda *persona física* a quien se deban o alegue que se deben los alimentos».

Por otro lado, en el ámbito del reconocimiento y la ejecución la situación podría ser parcialmente distinta. El Tribunal de Justicia, en el asunto Baten (STJCE de 14 de noviembre de 2002, asunto C-271/00, *Gemeente Steenberg c. Luc. Baten*, Rec. 2002, p. I-10489), determinó que la acción de regreso de una entidad pública contra un deudor alimenticio constituía materia civil en el marco del Convenio de Bruselas. La consideración de la situación como materia alimenticia gozaba, con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, de una consideración pacífica por parte de la doctrina, que ponía el acento para valorar este extremo en el hecho de si el organismo público actuaba o no con prerrogativas de poder público. De este modo, sólo los supuestos en los que la entidad pública actuase con atributos de poder público estarían excluidos de su consideración de materia civil por constituir una situación de Derecho público (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Comentario a la STJCE de 14 de noviembre de 2002», *REDI*, 2002-2, pp. 897-902, pp. 898-899). El Tribunal de Justicia distinguió entre los supuestos en los que las modalidades de ejercicio y el fundamento de la acción de repetición ejercida por el organismo público estaban regulados por normas bien de Derecho común o bien de Derecho público, de modo que sólo los primeros entrarían dentro del concepto de materia civil del Convenio [crítico, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El regreso alimenticio reclamado por una entidad pública: ¿es materia civil? (observaciones sobre la STJCE de 14 de noviembre de 2002)», *La Ley*, 2003, núm. 2, pp. 1559-1562, p. 1560]. El Reglamento 4/2009 en este caso equipara totalmente la situación del organismo público en materia de reconocimiento y ejecución a la de los acreedores persona física, por lo que la consideración de la situación como materia alimenticia en este ámbito concreto está fuera de toda duda. El Reglamento 4/2009 establece a este respecto en los considerandos que los organismos públicos deben tener derecho a los mismos servicios y a la misma asistencia judicial que los acreedores en sede de reconocimiento y ejecución.

Por último, en el ámbito de la ley aplicable la posición jurídica que se le otorga a los organismos públicos es clara tanto en el marco del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias como en el del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. En ambos supuestos se incluyen sus derechos dentro del ámbito de aplicación material de los instrumentos; y en ambos se establece como ley rectora del derecho a solicitar el reembolso por parte de un organismo público la ley a la que el organismo esté sujeto, lo que no deja de situarlos en una posición privilegiada —al menos en cuanto a la seguridad jurídica de sus prestaciones—.

4. En definitiva, la calificación realizada por la Audiencia de que la materia a la que se enfrentaba constituía una deuda alimenticia nos parece la más adecuada a pesar de que las consideraciones vertidas en el auto no reflejan las dificultades que esta determinación entraña. Estimamos que su consideración como deuda alimenticia es la que mejor tutela los derechos del acreedor de alimentos. En este sentido, la posición jurídica que se confiera a las entidades públicas es fundamental ya que si se tutela a la entidad se está tutelando, en última instancia, al acreedor de alimentos, por cuanto el fin último de la intervención del organismo público no es otro que la satisfacción de la deuda alimenticia. Por ello, parece preferible dicha calificación, que no sólo sirvió para resolver un problema de competencia interna en el caso comentado, sino que también sería relevante a los efectos de determinar la propia operatividad

del Convenio de Nueva York y la coherencia de una respuesta global a la obtención de alimentos en el extranjero.

Paula PARADELA AREÁN  
Universidad de Santiago de Compostela

### **2.3. Inscripción en el registro de compraventa de inmueble escriturada por autoridad extranjera**

2012-28-Pr

#### **EFICACIA REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES EXTRANJEROS.— Compraventa de inmueble situado en España.—Escritura pública autorizada por autoridad extranjera.—Cambio en la doctrina de la DGRN.**

Preceptos aplicados: arts. 9, 10.1, 11, 12.1, 608, 609, 1.280, 1.094 y 1.462 del CC; arts. 3, 4, 18, 99, 100 y 322 y ss. de la LH; arts. 1, 2, 4, 9 y 18 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (1980/934/CEE) sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 1 y 4 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 33, 34, 36 y 127 del RH.

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de febrero de 2012.** Ponente: Joaquín José Rodríguez Hernández.

**F.: BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2012.**

*En primer lugar, para determinar la ley aplicable al contrato concluido, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo lex contractus, la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Pese a que el mencionado Convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el propio Reglamento limita su aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha posterior a la del contrato que da origen al presente recurso. [...].*

*El Convenio de Roma, igual que el Reglamento Roma I, tiene carácter universal (cfr. artículo 2 de ambos textos) por lo que, consecuentemente con ello, resulta aplicable aun cuando el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado no miembro de la Unión Europea. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no elijan la lex contractus de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que éste presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento [artículo 4.5; en términos muy similares artículo 4.1.c) en relación con el artículo 4.3 del Reglamento Roma I].*

*Ahora bien, la lex contractus, determinada según las normas de conflicto del Convenio de Roma, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el*



marco del contrato [...] una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la *lex contractus* designada por el Convenio de Roma, o por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido y efectos, aspectos éstos excluidos del ámbito de la *lex contractus*. De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el artículo 10.1 del Código Civil español, según el cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

[...] En este caso, y dado que el inmueble objeto de la transmisión se ubica en España, será el ordenamiento español, y no el venezolano, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de transmisión de la propiedad.

[...] Y, dentro del proceso transmisivo, lo mismo cabe señalar en relación con la inscripción registral —al fin y al cabo, la cuestión planteada en el presente recurso—. Hay que partir del artículo 608 del Código Civil español, que dentro del Libro Segundo denominado «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo [...].

Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.

En el ámbito de la regulación de la adquisición del dominio y de los derechos reales el Código Civil no se remite a la legislación notarial. Únicamente, en el ámbito de la «prueba de las obligaciones», dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos, hay una remisión a la legislación notarial en el artículo 1.217 del propio Código, al regular los documentos públicos a efectos de esa prueba de «obligaciones» diciendo que «los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial». Pero tampoco dice que se trate de la «legislación notarial española», sino que lógicamente, ha de ser la «legislación notarial», correspondiente a la ley que regule las «formas y solemnidades del contrato», conforme al artículo 11 del Código Civil. En cambio, respecto a la remisión a la regulación de la Ley Hipotecaria, el artículo 608 del Código se refiere a la Ley Hipotecaria española, pues la publicidad registral de los inmuebles sitos en España se rige por la Ley Hipotecaria española, conforme al artículo 10 del Código Civil.

[...] Y, referente a los documentos otorgados en país extranjero, al artículo 4 de la Ley Hipotecaria: «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este artículo se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, básico para la resolución del presente expediente, que dispone [...].

[...] En este sentido, afirma la Sentencia núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, «La expresión «fuerza en España con arreglo a las leyes» recogida en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria no puede interpretarse como sinónima de los requisitos formales y solemnidades exigidas al documento notarial español, pues el artículo 4 es diferente al artículo 3 (y 2 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario) de la propia Ley Hipotecaria, que se refiere exclusivamente a los documentos otorgados en España. [...]

4. En el presente expediente, no se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que la registradora conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes venezolanas, que el docu-

*mento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o «ley que regula las formas y solemnidades del contrato» conforme al artículo 11 del Código Civil. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en el que se pruebe el contenido y vigencia del derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*

**Nota. 1.** La Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012 supone un cambio radical de doctrina acerca de la eficacia de los documentos de venta de bienes inmuebles situados en España otorgados ante notario extranjero, respecto de las restrictivas resoluciones de 7 de febrero y de 20 de mayo de 2005. La nueva doctrina se alinea con las decisiones judiciales que procedieron a anular dichas resoluciones (*SSJPI de Santa Cruz de Tenerife de 9 de mayo de 2006* y *SSJPI de Alicante de 5 de julio de 2007*), y en especial de la *SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 391/2006*, cuya doctrina se cita en los fundamentos de la Resolución con cierta profusión. Debe tenerse en cuenta que la citada sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo por la Abogacía del Estado y su sentencia debe recaer muy próximamente.

La Resolución resuelve el recurso interpuesto contra la negativa del registrador a inscribir un documento de venta de un inmueble situado en España formalizado ante notario en Venezuela. En la inscripción registral del inmueble constaba una hipoteca de fecha posterior a la venta a favor de una entidad bancaria española, constituida por la vendedora, debidamente representada, precisamente, por la compradora. La negativa del registrador se fundamenta, de un lado, en que no se desprende que el documento venezolano sea más que una mera autenticación de firmas, sin fe de conocimiento, juicio de capacidad ni control de legalidad alguno. Por lo demás, aprecia algún obstáculo derivado de la inscripción de hipoteca posterior a la venta, que la Resolución desestima por entender respetado el principio de tracto. El interés de la resolución radica en los fundamentos jurídicos relativos a las condiciones en que un documento público extranjero puede servir de título para practicar una inscripción registral en el sentido del art. 4 de la Ley Hipotecaria y al juego de las normas de Derecho internacional privado a este respecto.

2. Un primer elemento a destacar de la Resolución es el correcto planteamiento general que lleva a cabo en relación con las cuestiones de Derecho internacional privado, en particular al deslindar las cuestiones de Derecho aplicable que deben considerarse en estos casos. Resuelve, de esta forma, una cuestión sumida en una importante confusión en la doctrina anterior. Convenientemente, y al objeto de precisar los criterios con que debe proceder específicamente el registrador para controlar la legalidad del acto (extensibles en esencia a la actuación del notario), se señala en primer término que debe tenerse en cuenta el régimen de validez sustancial del contrato. En el supuesto concreto, dado que el contrato se había celebrado antes del 17 de diciembre de 2009 (fecha de entrada en vigor y aplicación del Reglamento CE 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), la DGRN determina acertadamente la aplicación de las reglas contenidas en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyas soluciones son semejantes a las previstas en el Reglamento «Roma I»: si las partes no han elegido la ley aplicable a su contrato (art. 3), resulta de aplicación, en principio, la ley española como ley del país de situación del inmueble cuya propiedad es objeto del contrato de compraventa (art. 4). En consecuencia, las partes pueden someter un contrato de venta de un inmueble situado en España a la ley que estimen conveniente, bien de forma expresa, bien tácita; de hecho, la propia circunstancia de acudir a un notario

venezolano puede ser tenida en cuenta para interpretar la existencia de una elección tácita de la ley venezolana.

En segundo lugar, la capacidad de las partes debe observarse de conformidad con su ley nacional, en aplicación del art. 9.1.º del CC: se trata de una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Roma (y del Reglamento «Roma I») —con la salvedad de lo dispuesto en el art. 11 (doctrina del interés nacional), que no es de aplicación al caso—, de forma que la capacidad de las partes debe atenerse a lo previsto en la ley nacional venezolana de ambas partes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1.º del CC.

Otro aspecto diferente, y hasta cierto punto intrascendente para la cuestión que se dilucida, son los aspectos reales referidos a la transmisión de la propiedad, asimismo excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento «Roma I». En consecuencia, tanto el modo del transmisión de la propiedad entre las partes como la oponibilidad frente a terceros de la transmisión quedan regidos por la ley española como *lex rei sitae* en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1.º del CC.

Finalmente, por lo que se refiere a la ley aplicable, se plantea la DGRN la cuestión de la validez formal del contrato, cometiendo, en este punto, algunos errores e imprecisiones: la DGRN yerra al estimar que la validez formal del contrato deriva de lo dispuesto en el art. 11 del CC, puesto que esta cuestión sí está incluida en el Convenio de Roma y tiene una regla especial en su art. 9 (art. 11 del Reglamento «Roma I»), si bien la solución final no dista mucho en ambos casos. En todo caso, la referencia al art. 11 del CC, que es finalmente la regla general del sistema en materia de forma, parece que obedece al deseo de resaltar el principio de «equivalencia de formas», contrario al principio de «equivalencia de leyes» que exigía la doctrina anterior.

3. La nueva doctrina de la DGRN acerca de las condiciones para la eficacia registral del documento público extranjero puede sintetizarse en los siguientes puntos: en primer término, afianza el principio de la equivalencia de formas: frente a lo establecido por la doctrina anterior; con buen criterio la DGRN aclara en el fundamento 3 que el hecho de que la propiedad del inmueble se rija por la ley española no es óbice para la posibilidad de otorgar la venta ante un notario extranjero. El art. 1.217 del CC —se afirma— no exige la intervención de un notario público español, y tratándose de uno extranjero el principio *auctor regit actum* implica la normal aplicación de su propia legislación notarial (equivalencia de formas, pero no de leyes).

En segundo lugar, refiriéndose analógicamente al art. 323 de la LEC, la DGRN precisa las condiciones de reconocimiento para que el documento público extranjero tenga fuerza registral en España, en el sentido del art. 4 de la LH y del art. 36 del RH. En concreto, ello implica: *a)* acreditación de la autenticidad, en su caso mediante legalización o apostilla, así como traducción; *b)* control de la capacidad de las partes conforme a la ley aplicable: cabe decir que generalmente esta ley será la ley nacional de cada parte (art. 9.1.º), pero en materia de menores sometidos a patria potestad, tutela u otras formas de protección, debe tenerse en cuenta la aplicación de la ley de su residencia habitual para el alcance y condiciones de la representación y autorización de la venta por padres y tutores (arts. 15 y 16 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en vigor desde el 1 de enero de 2011); *c)* control de la legalidad del objeto y contenido del contrato conforme a la ley aplicable según las reglas del Convenio de Roma o Reglamento «Roma I»; *d)* adecuación del documento público a la forma prevista en el lugar de otorgamiento, de conformidad con el art. 11 del CC.

4. La nueva doctrina del DGRN despeja muchas dudas acerca de la eficacia registral de los documentos públicos extranjeros y constituye, sin duda, un paso adelante. Sin embargo, requiere ciertas aclaraciones. La Resolución acaba desestimando el recurso, porque finalmente no se ha acreditado conforme al Derecho venezolano, correspondiente al lugar y autoridad del otorgamiento, si el documento presentado como título de inscripción es, en realidad, un documento público conforme a la legislación notarial venezolana, aplicable a la forma en virtud del art. 11 del CC (*auctor regit actum*).

Sin embargo, en realidad el principio de equivalencia de formas exige algo más de precisión. En efecto, es imprescindible que el documento público extranjero sea auténtico, conforme a su legislación notarial y capaz de desplegar su eficacia para acreditar como documento público el acto que contiene. Retomando la doctrina de la Resolución DGRN de 11 de junio de 1999, la calificación del documento público extranjero sólo cabe por equivalencia con el concepto de documento público español. A tal efecto, es necesario, en primer lugar, que el documento haya sido autorizado por un notario o empleado público competente, que tenga atribuida la función pública de dar fe. En segundo término, y a ello se refiere específicamente la Resolución comentada, deben haberse respetado las solemnidades requeridas por la Ley. Cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, debe exigirse la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (juicio de identidad) y la apreciación por el otorgante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien éste puede interpretarse como implícito. Son tales extremos los que no quedan claros de conformidad con la presente Resolución, lo que justifica la desestimación parcial del recurso.

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO  
Universidad de Granada

## 2.4. Sucesiones

2012-29-Pr

**SUCESIONES.—Heredero testamentario.—Fundación constituida en Liechtenstein.—Reconocimiento de personalidad jurídica.—Ausencia de negocio fiduciario.—Sucesión en los derechos en la fundación.**

Precepto aplicado: art. 22.3 de la LOPJ.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.<sup>a</sup>), núm. 13/2012, de 16 de enero.** Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

**F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2012/53881.**

*Segundo. En el escrito de demanda, sostenía la actora, resumidamente, que D. Víctor otorgó su último testamento el 3 de marzo de 2006, en el que designaba como única y universal heredera de todos sus bienes a la «Asociación Gijonesa de la Caridad», que el testador falleció pocos meses después, el 9 de mayo de 2006, sin dejar descendientes ni herederos forzosos, por lo que aquella le sucedió en todos sus bienes, derechos y obligaciones, y que entre dichos bienes se encuentra la totalidad del patrimonio de la «Fondation La Fraternité», constituida por el Sr. Víctor el 16 de julio de 1980 y con domicilio en Vaduz (Principado de Liechtenstein ) [...].*

Tercero. [...] (L)a Sentencia apelada afirma que la «Fondation La Fraternité» no es un «Trust», sino una Fundación válidamente constituida conforme a las normas jurídicas del Principado de Liechtenstein, y que tiene personalidad jurídica propia, distinta de la del fundador [...].

Cuarto. [...] Pues bien, partiendo, por tanto, de la existencia, validez y plena personalidad jurídica de la Fundación demandada, distinta de la del Sr. Víctor, no ha aportado la parte actora, ahora apelante, prueba suficiente de que en los actos de disposición del Sr. Víctor, por los que transmitió en vida fondos a la «Fondation La Fraternité», existiese una finalidad oculta de mantener esos fondos en el patrimonio del Sr. Víctor, y una finalidad solo «aparente» de transmitir la propiedad de esos fondos a la Fundación. Es más, ni siquiera ha precisado la parte demandante cuando, por qué medios y, lo que es más importante, desde donde, transfirió el Sr. Víctor fondos a la «Fondation La Fraternité» [...] teniendo en cuenta que solo si los actos de disposición se hicieron desde España son competentes los Tribunales españoles para decidir sobre su validez y eficacia (art. 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) [...].

No obstante, analizando los Estatutos y Normas de funcionamiento interno de la Fundación demandada, tampoco podemos llegar a la conclusión de que el dinero que allí transfería el Sr. Víctor no salía de su patrimonio particular. Según el artículo 3 de los Estatutos de la Fundación, ésta tenía como finalidad la administración de la propia Fundación, que no es lo mismo que gestionar el patrimonio del Sr. Víctor, puesto que, aun suponiendo que todo el patrimonio de la Fundación estuviese constituido por donaciones efectuadas por el Sr. Víctor, se trataría de un patrimonio separado, regido por las normas de la Fundación y perteneciente solo a ella [...]. Cierto es también que, según el Reglamento de la Fundación y sus Estatutos Complementarios, el Sr. Víctor era el primer beneficiario en vida de la totalidad del patrimonio de la Fundación, de sus rendimientos y del eventual resultado de la liquidación, pero es necesario tener en cuenta que [...] en caso de muerte del primer beneficiario, los haberes de la Fundación serían destinados a constituir en España una Fundación con el nombre de «La Golondrina», lo que constituía, obviamente, un mandato dirigido a los órganos rectores de la Fundación, que les obligaba a dar un destino concreto a los bienes de ésta. Nótese que en la fecha en que se aprobaron los Estatutos Complementarios (21 de marzo de 2000), el Sr. Víctor había otorgado ya varios testamentos como particular o persona física, de modo que igual que las disposiciones sucesorias de la Fundación no afectaban al último de esos testamentos —en aquella fecha—, otorgado en el año 1999, tampoco los testamentos que el Sr. Víctor otorgó con posterioridad como particular —en los años 2001, 2004, 2005 y 2006— afectaban a las disposiciones sucesorias, ni las anulaban, pues unas y otras disposiciones afectaban a patrimonios distintos. Nótese, además, que en el Reglamento de la Fundación, aprobado también en el año 2000, pero con posterioridad a los Estatutos Complementarios, se modificó aquella inicial disposición de la Fundación, que preveía el destino que había de darse a sus fondos, una vez fallecido el primer beneficiario, y se estableció que si el Sr. Víctor fallecía antes o durante el disfrute de sus derechos, éstos (es decir, los derechos que tenía él en la Fundación) serían repartidos entre sus descendientes, en todos sus grados y según el principio de las partes iguales por linaje y, a falta de descendencia, pasarían a diversas asociaciones y fundaciones —entre las que se encontraba la española «Asociación Gijonesa de La Caridad» [...].

En definitiva, no ha probado la actora, ahora apelante, que entre el Sr. Víctor y la Fundación por él constituida en Liechtenstein existiese un pacto por el que los fondos que aquel donó a esta, debieran revertir al patrimonio del donante en una fecha determinada, o tras producirse un hecho determinado, ni tampoco que ese pacto o esa finalidad

*se deduzca con claridad de los Estatutos y demás normas de funcionamiento interno de la Fundación, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada [...].*

**Nota. 1.** Los litigios sucesorios siempre plantean interesantes cuestiones para el DIPr., por su carácter transversal y por la internacional inherente (o buscada) a la sucesión. En el caso que nos ocupa, la asociación demandante reclama para la masa hereditaria, a título de heredera universal instituida vía testamentaria, la totalidad de las aportaciones realizadas por el causante (y que ascienden a 16 millones de euros) a la Fundación por él constituida en Liechtenstein. La demandante impugnó, en instancia, la personalidad jurídica de la citada Fundación, a la que califica como un *trust* no válido en el Derecho español; en la apelación, niega el carácter de verdadera transmisión patrimonial de las sucesivas aportaciones realizadas por el causante a la Fundación.

2. Debe puntualizarse que el demandante no cuestiona directamente la validez de la Fundación, sino que su planteamiento afecta al «reconocimiento» en España de la personalidad jurídica de una entidad constituida conforme a las leyes de Liechtenstein. Este análisis no merece una lacónica respuesta, como la dada por los tribunales, en términos de respeto a la «competencia exclusiva» del Estado de la constitución sino que presenta diferentes perfiles que, adecuadamente planteados en la demanda, hubieran obligado a una conclusión más elaborada.

Del contenido de los Estatutos de la Fundación que se incorporan en la Sentencia, cabe entender que ésta entraría dentro de la categoría de entidad de interés particular o familiar, admitida en Liechtenstein pero no en España. Debe hacerse así constar que las escrituras fundacionales establecen que, durante la vida del fundador, su finalidad es la «administración de la propia Fundación», sometida al control del propio fundador, sin que se hagan constar otras aportaciones que las efectivamente realizadas por él mismo y siendo además el primer beneficiario de la totalidad del patrimonio fundacional. Los recelos de nuestro ordenamiento a reconocer en nuestro país, como fundación, a una entidad de este tipo ya se han manifestado en una aplicación rigurosa del art. 7 de la Ley de Fundaciones y del orden público (Resolución DGRN de 24 de enero de 2008, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2008/627) que, aunque criticables con carácter general [«Nota» de PARADELA AREÁN, P., *REDI*, vol. LX, 2008-1, pp. 264 y ss.; GARDEÑES SANTIAGO, M., «Reconocimiento y actuación en España de las fundaciones extranjeras de interés particular o familiar», en ARENAS GARCÍA, R., y otros (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 251 y ss., esp. pp. 262 y ss.], resultan pertinentes si existen elementos que evidencien la búsqueda de una localización de conveniencia de una entidad jurídica.

Ciertamente, Liechtenstein no sólo resulta un destino atractivo por la flexibilidad en la organización civil de las fundaciones, sino también, y especialmente, por sus conocidos beneficios tributarios. Con la internacionalización de su patrimonio, obtiene el fundador una doble ventaja, civil y fiscal, al constituir la entidad en un país con el que, en apariencia, no existen más vínculos que la propia voluntad de beneficiarse fiscalmente. La calificación como fraude a la ley, a los efectos de los arts. 6.4 y 12.4 del CC, requiere una acreditación de una conexión meramente formal entre la entidad y el Estado de la constitución de la que, en este caso, existen indicios suficientes: la nacionalidad española del fundador, su posible residencia en España y la finalidad principal de la Fundación descrita en sus Estatutos, que no sólo evidencia la nula actividad de la entidad en el Principado sino que, al contrario, demuestra su vinculación exclusiva con el entorno personal y familiar del propio fundador. Un análisis desde

esta perspectiva hubiera obligado a matizar el reconocimiento «automático» y sin reservas en España de la personalidad jurídica de una fundación constituida en otro Estado de manera posiblemente fraudulenta (véase GARDEÑES SANTIAGO, M., *op. cit.*, pp. 275 y ss.).

3. No obstante, reconocida en el caso la personalidad jurídica de la Fundación, la reintegración del patrimonio de ésta a la masa hereditaria requería que la demandante probara el carácter de negocio fiduciario de las aportaciones realizadas por el fundador. La Audiencia no considera acreditado tal extremo ni por el tipo de donaciones realizadas (sin pacto de reversión) ni por el contenido de los Estatutos. Entiende, además, que su análisis sólo podría circunscribirse a las transferencias realizadas «desde España», presuponiendo una calificación «contractual» de las donaciones realizadas a la Fundación a los efectos del art. 22.3 LOPJ (lugar de nacimiento de la obligación), al no resultar aplicables los criterios ni del Reglamento Bruselas I ni del Convenio de Lugano.

Desde la perspectiva del contenido de los Estatutos, es más que cuestionable que pueda entenderse producida una transferencia de la titularidad real de las aportaciones a la Fundación en vida del fundador. Valoración diferente merece el destino de sus derechos en la Fundación al fallecimiento de aquél al reflejarse en las escrituras fundacionales una transmisión *mortis causa* a los descendientes del fundador y, en su ausencia, a diversas asociaciones (entre las que, por cierto, figura la propia demandante).

La valoración de estas reglas *mortis causa* incluidas en los propios estatutos fundacionales está sometida a un tratamiento conflictual separado del resto de la sucesión: será la *lex foundationis* la que determine la eficacia y validez de estas disposiciones. Así lo recoge el art. 1.2.h) de la propuesta de Reglamento sobre sucesiones, al excluir de su ámbito «las cuestiones que rijan por la normativa aplicable a sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales [...] que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros».

Ahora bien, esta autonomía conflictual en relación con la transmisibilidad de los derechos del fundador en la Fundación no elimina el papel de la ley rectora de la sucesión del causante. Debe tenerse en cuenta que han sido las propias aportaciones efectuadas por éste las que integran el patrimonio de la Fundación y que pretenden transmitirse a terceros, de modo que la Fundación no dejaría de ser un instrumento para canalizar diversas donaciones *mortis causa* dispuestas por el causante a favor de los beneficiarios designados. Ello demostraría una voluntad de transmisión real de la titularidad de las aportaciones (con ese carácter *mortis causa*), pero no evitan la incidencia de la ley sucesoria, y el obligado respeto a los derechos de los legitimarios, en cuanto al régimen de colación y reducción de las donaciones efectivamente realizadas por el causante (sobre esta cuestión, véase GARDEÑES SANTIAGO, M., *op. cit.*, pp. 198-199; claramente, en un supuesto similar de constitución de una fundación en Liechtenstein, Sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 4 de febrero de 1986, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, pp. 685 y ss.). En esta clave, el propio Derecho de Liechtenstein (arts. 522 y ss. de la *Personen- und Gesellschaftsrecht*, PGR de 20 de enero de 1926) refuerza la idea de protección del régimen sucesorio evitando que la constitución de una fundación pueda utilizarse en fraude de los derechos de herederos o acreedores del fundador.

El problema, en el caso concreto planteado, es que esta vía de impugnación y de protección de los derechos sucesorios, dada su posición en la sucesión, no beneficia a

la Asociación demandante, a diferencia de lo que podría haber ocurrido con los herederos legitimarios. No obstante, hubiera sido posible, en defensa de los intereses de la demandante, haber intentado una impugnación civil de las transferencias realizadas basándose en la ilicitud de la causa, siguiendo la línea marcada por la STS (Civil, Sección 1.ª) 83/2009, de 19 de febrero (*Aranzadi Westlaw*, RJ 2009/1506), de resultar realmente acreditado el fraude tributario insinuado en el proceso. Esta valoración hubiera redundado a favor de los derechos sucesorios de la Asociación heredera testamentaria.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO  
Universidad de Oviedo

2012-30-Pr

**SUCESIONES.—NOTIFICACIÓN INTERNACIONAL DE DOCUMENTOS.—Partija por mayoría de Derecho civil gallego.—Acta notarial de notificación.**

Preceptos aplicados: arts. 295 y 296 de la Ley de Derecho civil gallega; arts. 201 y 202 del Reglamento notarial; arts. 1, 2 y 16 del Reglamento (CE) 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil.

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de febrero de 2012.** Ponente: Joaquín José Rodríguez Hernández.

**F.: BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2012.**

*Se debate en el presente recurso si es suficiente, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 296 y 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, la notificación realizada por el notario, a los herederos domiciliados en el Reino Unido, mediante la remisión, por correo certificado sin acuse de recibo, de la cédula de notificación.*

*[...] el artículo 296, dispone que, quienes promuevan la partición habrán de notificar su propósito notarialmente a los demás interesados, si conocen su domicilio; y, en el artículo 307 se establece, que el notario notificará la formalización de la partición a los interesados que no comparecieron a la protocolización. La notificación se realizará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 295 y 296; y una vez practicada la notificación, la partición produce todos sus efectos y pone fin a la indivisión.*

*En el supuesto de que el acta de notificación o requerimiento deba despacharse en país extranjero, podrá utilizarse el exhorto notarial, el exhorto consular, si el país de destino lo autoriza a las autoridades consulares españolas, en la forma prevista en los tratados internacionales, y tratándose de países de la Unión Europea, mediante el procedimiento previsto en el Reglamento número 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, admitido por todos los países de la Unión Europea, incluida Dinamarca, que en su artículo 16 establece que «los documentos extrajudiciales podrán transmitirse a efectos de notificación o traslado en otro Estado miembro de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento».*

*[...] en las actas de notificación, como son aquéllas a las que expresamente se refieren los artículos 296 y 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, no*



*pueden realizarse por el notario fuera de su jurisdicción, ni siquiera mediante remisión de la diligencia, por correo certificado, sino que deberá proceder en la forma expuesta.*

**Nota. 1.** En la presente Resolución, la DGRN resuelve un recurso interpuesto por un notario de la Coruña contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Betanzos en la que se deniega la inscripción de una escritura de herencia por no haberse producido la notificación prevista en los arts. 296 y 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Dichos artículos prevén la instrumentalización de una partija por mayoría de Derecho civil gallego y aluden a la notificación notarial al ausente como requisito previo a su formalización. El problema está en cómo realizar dicha notificación cuando el ausente se encuentra en el extranjero, más concretamente en el Reino Unido. El notario no duda en acudir a nuestra regulación autónoma y en una interpretación no rigorista de la Ley gallega en conjunto con el Reglamento notarial considera el correo certificado como medio adecuado para realizarla. Pero ello no resulta ser suficiente ni para el Registrador ni para la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN) que desestima el recurso, confirma la nota del Registrador y nos recuerda las particularidades que rodean a las notificaciones a realizar en el extranjero, aludiendo a las distintas fuentes existentes de Derecho internacional privado en la materia. El debate se debería haber centrado en qué instrumento de Derecho internacional privado se aplica para proceder a despachar un acta de notificación notarial que informa sobre la partición abierta por mayoría contemplada en el Derecho civil gallego; aunque la discusión entre el notario y el Registrador ha seguido otros derroteros.

2. Teniendo en cuenta que el destinatario de la notificación objeto de la controversia se encuentra en el Reino Unido, la cuestión que se nos plantea es si podemos integrar o no a este tipo de actas del Derecho civil gallego en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (R. 1393). La pregunta no es fácil de responder y supone una labor hermenéutica que le corresponde hacer al TJUE, no a la DGRN. El art. 16 del R. 1393 se refiere a la transmisión de documentos extrajudiciales pero no establece una definición precisa de «documento extrajudicial». De modo que el primer problema es si dicho concepto ha de determinarse en función del Derecho de cada Estado miembro en virtud de una calificación *ex lege fori* o si debe efectuarse una interpretación autónoma y unificada del término. El TJCE y ahora el TJUE en jurisprudencia reiterada ha sido partidario de realizar una interpretación comunitaria de los conceptos jurídicos integrados en el R. 1393 (tal y como se extrae del caso *Leffler*, caso *Plumex*, caso *Weiss un Partner* y caso *Roda*). Las razones son claras y acertadas: con ello se favorece la aplicación uniforme del instrumento comunitario y se actúa acorde a la finalidad de la norma. Pero, a pesar de esta postura, todavía no tenemos una definición precisa de «documentos extrajudiciales» a la que acudir para despejar nuestra cuestión.

3. El TJUE ya ha tenido la ocasión de pronunciarse de manera positiva sobre la inclusión de un acta de notificación notarial española dentro del ámbito de aplicación del R. 1393 —en tanto «documento extrajudicial»— en el más reciente caso *Roda* [asunto C-14/08, Sentencia de 25 de junio de 2009, véase MARCHAL, N., «Quid de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal», *Diario La Ley*, 30 de octubre de 2009, núm. 7273, Ref. D-338; MASEDA, J., «Reglamento (CE) 1348/2000, relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial», *Noticias de la Unión Europea*, 2010, núm. 309, pp. 141-156]. Y en la presente, la DGRN la trae a co-

lación para fundamentar su decisión. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en el caso *Roda Golf* el TJUE optó por dar una solución al caso particular sin aventurarse a ir más allá. En él no se llega a instaurar una definición de «documento extrajudicial» acorde con el Reglamento sino que se limita a realizar una calificación autónoma (véase MARCHAL, N., «Quid...», *op. cit.*) de un acta notarial de notificación y requerimiento por la que se comunica la resolución unilateral por parte de una Sociedad española a través de dieciséis cartas de un contrato de compraventa de inmuebles celebrados con dieciséis destinatarios establecidos en el Reino Unido. En concreto ha apreciado que un acta de este tipo sí se integra en el concepto de «documento extrajudicial» al que se refiere el art. 16 del instrumento europeo y, consecuentemente, dentro de su ámbito de aplicación. Así bajo el discurso de la DGRN subyace una interpretación extensiva de la jurisprudencia europea mediante la que equipara las actas de notificación a las que se refieren los arts. 296 y 307 de la Ley de Derecho Civil de Galicia a las actas de notificación aludidas en el caso *Roda Golf*, y ello le sirve para concluir que el notario tendría que haberse sometido al procedimiento instaurado en el Reglamento 1393 para hacer la notificación exigida.

4. La DGRN efectúa una fundamentación basada en la distinción entre actas de notificación y requerimiento y actas de remisión de documentos (arts. 201 y 202 Regl. Not.), y concluye que el acta exigida en el Derecho civil gallego se enmarca entre las primeras y, como tales, también entre las reseñadas en el caso *Roda*. Sin embargo la jurisprudencia comunitaria es confusa a este respecto. De hecho se trata de un tema controvertido que le ha llevado a evitar realizar una definición precisa de «documento extrajudicial», a pesar del riesgo de provocar el efecto contrario al pretendido: las instituciones nacionales terminan acudiendo a la *lex fori* para despejar sus dudas alejándose de la interpretación uniforme de la norma comunitaria (AUDIT, M., «L'interprétation autonome du Droit International privé communautaire», *Journ. dr. int. pr.*, 2004-3, pp. 789-816). No obstante se podría proferir que no hay problema a la hora de considerar como «documento extrajudicial» un acta de este tipo otorgada por notario de La Coruña. Por un lado se ajusta a la definición establecida por el Convenio de 26 de mayo de 1997 sobre notificación, precedente inmediato del Reglamento 1348/2000. Este Convenio, aunque nunca entró en vigor, incorporaba un Informe explicativo (DO 1997, C 261) que una vez admitida la dificultad de determinar el término «documento extrajudicial» disponía que dichos documentos son aquellos «confeccionados por un funcionario ministerial, tales como las actas notariales, o por un agente judicial, los establecidos por una autoridad del Estado miembro o los que, por su naturaleza e importancia, justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial». Por otro, también cabría en el Léxico elaborado en cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento 1348 a través de la Decisión de 25 de septiembre de 2001 por la que se aprueba un manual con un listado de documentos extrajudiciales transmisibles o notificables en cada Estado miembro (anexo II); si bien se trata de un listado de actos con un valor meramente indicativo. En España serán «los documentos no judiciales que emanen de autoridad pública con competencia según la ley española para realizar notificaciones». Y lo son los notarios (art. 202 a 206 Regl. Not).

5. Sin embargo se me plantean ciertas dudas derivadas de la especial naturaleza de la figura de Derecho civil gallego a la que se vincula la debatida notificación que me hacen recelar del hipotético acomodo del Reglamento 1393 al Derecho civil gallego. La partija por mayoría del Derecho civil gallego constituye una particularidad desconocida en otros ordenamientos civiles que responde a las especiales circunstancias en las que se ha desenvuelto, tanto desde un punto de vista jurídico como sociológico. El alto índice de migración gallega unida al imperio del Derecho civil común y a la des-

confianza hacia la partición judicial llevó al legislador gallego a introducir esta figura mediante la que se otorgan facultades particionales a la mayoría. Con ello se adecuaba el Derecho positivo a la realidad social a la par que se facilitaba el reparto de las herencias que permanecían indivisas durante años (véase COLINA, R., «La partición de la herencia en la Ley de Derecho civil de Galicia», *AFDC*, núm. 4-2000, p. 8). En este contexto la Ley gallega prescribe una notificación que debe ser interpretada de acuerdo a sus antecedentes históricos y al espíritu de la norma de una manera no rigorista. Tal y como nos recuerda nuestro notario con anterioridad ni siquiera se exigía la participación del notario y bastaba con la notificación postal. En definitiva, aunque no podemos olvidar que la competencia en Derecho procesal reside en manos del legislador estatal, es menester recordar que se puede justificar la competencia de las CCAA cuando se trata de garantizar la no desnaturalización de soluciones materiales. Aunque, como vemos, esta excepción tiene difícil cabida en la tendencia unificadora europea.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI<sup>1</sup>

Universidad de Santiago de Compostela

## 2.5. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado

2012-31-Pr

**SUCESIONES.—Derecho interregional.—Ley aplicable.—Determinación de la vecindad civil de la testadora.—Adquisición de la vecindad civil navarra.—Fraude de ley.—Análisis de los requisitos de adquisición de la vecindad civil.—Residencia continuada: no.—Análisis de la intención de la testadora: fraude.—Consecuencia: nulidad de los testamentos otorgados.**

Preceptos aplicados: arts. 9.8, 12.4 y 14.5 CC.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 3/2012 (Sección 14.<sup>a</sup>), de 16 de diciembre de 2011.** Ponente: Pablo Quecedo Aracil.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079370142011100577.**

*La Ley personal de la testadora a los efectos de testamento era, según el art.9.8 CC la determinada por su vecindad civil [...] El problema es que el art. 12.4 CC nos dice que: «Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española», y en este caso la ley imperativa española es la que impone el carácter inderogable de las legítimas de los herederos forzosos, arts. 806 y 813 CC. Todo lo expuesto nos lleva a examinar el sistema de adquisición de la vecindad foral según el art. 14.5 CC se adquiere por residencia continuada durante dos años con declaración positiva [...] Lo decisivo es la vinculación del sujeto al territorio, y el ejercicio en ese lugar, que se constituye como sede jurídica permanente y estable de la persona, de sus derechos y obligaciones. [...] En los autos queda evidencia de las malas relaciones familiares con sus hijas, y la explicación para adquirir la vecindad foral navarra parece fácil; lograr la desheredación de sus hijas [...] Para terminar hay otro argumento. Uno de los elementos indiciarios más fuertes para reconocer el fraude de Ley es el exceso de articulación jurídica.*

<sup>1</sup> 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)].

**Nota. 1.** Nos enfrentamos a una sentencia compleja en la que confluyen diversos recurrentes y en la que la AP de Madrid tiene que dar solución a distintos motivos de recurso. De todos los recursos que se plantean a nosotros nos va a interesar uno, que se refiere a la determinación de la ley aplicable a dos testamentos de la causante, con especial hincapié en el análisis de la vecindad civil de la testadora y la posibilidad de existencia de fraude a la ley en la adquisición de la pretendida vecindad civil foral navarra. El supuesto de hecho es el de una testadora que ha otorgado varios testamentos, los dos últimos al amparo del Derecho foral navarro. La testadora, que en principio ostentaba la vecindad civil común, parece adquirir la vecindad civil navarra, bajo el requisito de la declaración de voluntad ante la autoridad correspondiente y dos años de residencia continuada en el territorio foral. En el último testamento que realiza, y al amparo de la legislación navarra, deja sus bienes a varios herederos, la mayor parte organizaciones católicas y de beneficencia o asistencia social, y deja sin nada a su hija, la demandante. Esta última solicita en instancia la declaración de la nulidad de los testamentos otorgados el 27 de mayo y el 2 de marzo de 2007 y la declaración de la validez del testamento inmediatamente anterior, de fecha 21 de octubre de 2003, salvo en lo referente a una cláusula en la que se la deshereda. Algunos de los demandados recurren en apelación afirmando la vecindad civil navarra de la testadora, la aplicación del Derecho foral navarro y la validez de los testamentos, y, en concreto, del último otorgado por la causante. El objeto del proceso, en lo que a nosotros nos interesa y según dice el tribunal, es decidir sobre la nulidad de los actos otorgados bajo una vecindad civil aparentemente lícita.

2. Para dar solución a este recurso en concreto, la AP nombra el art. 9.8 CC y entiende que lo que procede es determinar cuál era la vecindad civil de la testadora. Éste es el primero de los aspectos relevantes de la sentencia. En particular, el tribunal se centra en dilucidar si la testadora tenía vecindad civil navarra y si hubo actividades fraudulentas en su pretendida adquisición. Ya podemos adelantar que la AP llega a la conclusión de que hubo fraude de ley por parte de la testadora y que no llegó a adquirir nunca la vecindad civil navarra o que la adquirió fraudulentamente. La AP se basa en dos tipos de argumentos que debemos distinguir para realizar la correspondiente valoración. En primer lugar, la AP analiza si en el caso concreto se cumplieron los requisitos del art. 14.5 CC. El tribunal procede a verificar en concreto si la interesada cumplió realmente el requisito de la residencia continuada en territorio navarro durante dos años. Para ello, la AP recuerda la jurisprudencia según la cual no es suficiente el empadronamiento municipal, sino que se exige una vinculación efectiva del sujeto al territorio. En aplicación de esta doctrina y tras valorar las pruebas pertinentes, tales como un historial médico en una clínica de Madrid o la matrícula en un centro de personas adultas de la misma localidad, el tribunal no puede sino concluir que fue imposible una residencia continuada por el periodo de dos años en Navarra por parte de la testadora.

La AP pudo bien terminar aquí su análisis sobre la vecindad civil ostentada por la testadora, pues en este punto ya tenía datos suficientes para concluir que ésta no había adquirido realmente la vecindad civil navarra, sino que ostentaba la vecindad civil común. Sin embargo, continúa el tribunal analizando esta cuestión desde otra perspectiva distinta y, a nuestro juicio errónea, lo que constituye el segundo grupo de argumentos que vamos a valorar. Desde este punto de vista, el tribunal procede a analizar las intenciones de la testadora en la adquisición de la vecindad civil navarra; en este sentido, la AP considera relevante poner de manifiesto la existencia de malas relaciones familiares entre la causante y sus hijas y lo relaciona con la búsqueda de la aplicación a la sucesión del Derecho navarro, en cuanto Derecho que legitima la

posibilidad de desheredar a sus hijas sin necesidad de aducir causa alguna, evitando así que se les aplique el sistema legitimario del CC. En el mismo sentido, la AP ve como un indicio relevante de la existencia de fraude de ley el exceso de articulación jurídica por parte de la testadora; así, entiende el tribunal que la testadora buscó el asesoramiento legal oportuno que le llevó a conocer el Derecho navarro y la forma de que éste fuera el Derecho aplicable a su sucesión, así como el método para adquirir la vecindad foral navarra. Todo ello, lleva a la AP a sostener la existencia de una actividad fraudulenta por parte de la causante, cuyo único propósito era evitar la aplicación del sistema legitimario del CC [existe, como se sabe, una práctica judicial en la que se califica de fraude de ley la situación en la que se produce un cambio de vecindad civil con el ánimo de evitar un sistema legitimario; véase por ejemplo la STS de 5 de abril de 1994 (RJ 1994, 2933), o la SAP de Madrid de 17 de marzo de 2008 (JUR 2008/190431)]. Este segundo punto de vista que acoge la AP plantea la posibilidad, discutida en la doctrina, de la existencia de fraude de ley, en el sentido del art. 12.4 CC, en el ámbito del Derecho interregional. Un planteamiento que precisamente en el Derecho de sucesiones tiene mucha relevancia en cuanto a la protección y determinación de los derechos legitimarios, máxime a la vista del variado sistema de legítimas que coexisten en los distintos Derechos civiles españoles.

A propósito de este tema, estimamos que el fraude de ley choca con la idea base de nuestro sistema interregional de igualdad o paridad de los Derechos civiles que coexisten en España; este principio implica que las soluciones previstas por los distintos Derechos civiles son igualmente válidas, por lo que difícilmente se puede llegar a un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico español. Por otro lado, el sistema de adquisición y pérdida de la vecindad civil está regulado de manera unitaria por el legislador estatal. La combinación de estos dos factores lleva a la conclusión de que no se puede entender que existe fraude de ley en los casos en los que una persona, en el ejercicio de su libertad, cumple los requisitos establecidos por la ley para cambiar su vecindad civil, aunque lo haga con el único propósito de acogerse a una ley sucesoria que le interese más (véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Imprenta universitaria, 2007, p. 62; FONT SEGURA, A., «Comentario a la STSJ Cataluña de 13 de mayo de 1999», *REDI*, vol. LI, 1999-2, pp. 796-773, esp. pp. 772 y ss.). Cosa distinta es que, como en el caso analizado, lo que se intente defraudar sea el propio sistema de adquisición de una vecindad civil, a través, por ejemplo, de la simulación de la residencia en territorio navarro.

Estamos pues de acuerdo con la solución última (la sucesión se regiría por el Derecho común), pero no con la argumentación del fallo, que traduce una comprensión a nuestro juicio deficiente del mecanismo del fraude a la ley en el Derecho interregional. Una comprensión que está más en la línea de la última sentencia del TS sobre el tema, la *STS de 14 de septiembre de 2009* (RJ 2009/4445), en la que nuestro Alto Tribunal parece eliminar el juego del fraude de ley como consecuencia del principio de la igualdad de los Derechos civiles españoles, si bien no consigue desprenderse del elemento subjetivo del fraude de ley, esto es, de la intención de la interesada en modificar su vecindad civil. Un pequeño paso que, sin ser definitivo, puede suponer la apertura hacia una práctica judicial dirigida a la eliminación del fraude de ley en Derecho interregional.

3. El segundo aspecto relevante que merece ser abordado son las consecuencias que la AP otorga al hecho de que la testadora adquiriera la vecindad civil navarra de manera fraudulenta. En la demanda se solicita la declaración de la nulidad de los dos últimos testamentos de la causante; para saber si tales actos son nulos la AP tiene que conocer cuál es la ley aplicable, de ahí que hubiera que descubrir cuál era la vecindad

civil de la testadora. Ahora bien, pese a que ése es el planteamiento del tribunal, pues para ello invoca el art. 9.8 CC, la AP no aplica a los testamentos la ley correspondiente a la vecindad civil real de la causante, sino que confirma la declaración de nulidad de los testamentos que realizó el juez de instancia. Dicho en otras palabras, se sanciona la (presunta) actividad fraudulenta de la testadora con la declaración de la nulidad de sus dos últimos testamentos, que había otorgado bajo su pretendida vecindad civil navarra. Esta consecuencia responde a una práctica bastante frecuente entre nuestros tribunales que consiste en declarar la nulidad del testamento cuando éste es otorgado bajo una presunta ley anticipada [práctica sobre la que alerta y que denuncia ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», en TORRES GARCÍA, T. F. (coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, pendiente de publicación cuando redactamos esta nota; ejemplos de sentencias que declaran directamente la nulidad del testamento, SAP de Vizcaya de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/137301), SAP de Vizcaya de 31 de mayo de 2007 (JUR 2007/349744)].

Resulta evidente que la consecuencia, tanto en los supuestos en los que se declare la existencia de fraude como en los que simplemente no coincidan la presunta ley sucesoria anticipada a la que se ajustó el testamento y la ley sucesoria, no debe ser la declaración directa de la nulidad de los testamentos, sino la aplicación de la ley sucesoria con todas sus consecuencias, en el caso el CC, que puede prever unas soluciones específicas distintas para el caso concreto, como por ejemplo la reducción de las disposiciones testamentarias necesarias para dar cumplimiento a los correspondientes derechos legitimarios (art. 814 CC). Esta solución no sólo cuenta con propuestas desde incluso antes de la reforma del Título Preliminar del CC (PASTOR RIDRUEJO, J. A., «El fraude de la ley en el Derecho interregional español», *REDI*, 1966, pp. 40-55, esp. p. 54; recientemente ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», *op. cit.*), sino que es, simplemente, lo que ordena la ley: bien nos encontremos —lo que, repetimos, no consideramos posible en Derecho interregional, al menos en relación con la sucesión testada— en la órbita de los arts. 12.4 y 6.4 del CC («no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»), bien apliquemos simplemente el art. 9.8 del CC: la ley sucesoria determina las consecuencias de las disposiciones testamentarias.

4. La sentencia que anotamos tiene interés por plantear un típico presunto supuesto de fraude de ley en Derecho interregional como consecuencia de una alteración del punto de conexión de la vecindad civil. En nuestra opinión, la AP empieza planteando bien el tema, en lo que se refiere a la comprobación de si se cumplió o no por parte de la testadora el requisito de adquisición de la vecindad civil de residencia continuada de dos años en territorio navarro. Tras valorar las correspondientes pruebas, se llega a la conclusión de que no pudo existir tal residencia en territorio navarro por parte de la testadora. La AP debió quedarse en este punto, donde ya podía constatar que el caso se trata de un cambio de vecindad civil en el que el propio régimen de cambio es defraudado por simulación de una residencia continuada por parte de la testadora. Sin embargo, la AP continúa con otros argumentos dirigidos a clarificar la intención de la testadora con ese cambio de vecindad civil. Tales argumentos nos parecen innecesarios, pues la cuestión ya estaba resuelta con el primer tipo de argumentos, e inadecuados, en cuanto a las dudas que se plantean sobre el funcionamiento del art. 12.4 en el ámbito interregional. Sobre este último punto entendemos que en el caso de que se hubiera constatado que la testadora sí cumplió el requisito de la residencia continuada en Navarra, no cabría plantear la posibilidad de un fraude de ley con base en las intenciones de la testadora. Por último, tampoco estamos de acuerdo con la consecuencia que la AP aplica a la constatación del fraude en el cambio de ve-

cidad civil por parte de la testadora, pues frente a la drástica declaración de nulidad del testamento, lo que corresponde es la aplicación de la norma que se ha pretendido defraudar, en el caso, la ley sucesoria, el CC.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ<sup>1</sup>  
 Universidad de Santiago de Compostela

2012-32-Pr

**CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS.—Plurilegislación en materia de cooperativas.—Responsabilidad civil del consejo rector, director e interventores.—Plazo de prescripción.—Constitucionalidad de legislación autonómica.—Aplicabilidad de la legislación autonómica.**

Preceptos aplicados: arts. 149.1.6 y 149.1.8 de la CE; art. 13.20 del EA (derogado) de Andalucía. art. 1.964 del CC; art. 949 del CCo; arts. 59, 72.3, 73.5 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 995/2011, de 18 de enero de 2012.** Ponente: Francisco Marín Castán.

**F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2012/1790.**

*FD Cuarto: [...] De todo lo anterior cabe concluir que tanto al interponerse la demanda como al dictarse la sentencia recurrida el art. 73.5 CA respetaba la legislación mercantil estatal, cumpliendo así lo que a su vez disponía el Estatuto de Autonomía para Andalucía, ya que era la propia legislación estatal la que reconocía competencia a la Comunidad Autónoma en materia de responsabilidad de los miembros del consejo rector de las sociedades cooperativas andaluzas, incluido el plazo de prescripción de la acción social, que no debe olvidarse es la ejercitada por la propia cooperativa contra miembros de un órgano de la misma, ámbito interno que evita cualquier perjuicio a la tutela efectiva de eventuales derechos de terceros por relaciones jurídicas cuyos elementos o efectos no se limiten estrictamente a la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya que el art. 72.3 LCA in fine se remite, para la responsabilidad frente a terceros, a «la legislación estatal aplicable».*

*Tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional ofrece razones bastantes para cuestionar la constitucionalidad del art. 73.5 LCA.*

*Quinto: [...] Como se desprende de todo lo razonado hasta ahora el problema no consiste, aunque el alegato del motivo parezca querer plantearlo así, en cuál sería el plazo de prescripción aplicable a la vista de que la ley estatal de 1999 prescinde ya de establecer plazos específicos y opta por remitirse a «lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas», sino en si era o no aplicable el art. 73.5 LCA efectivamente aplicado por la sentencia recurrida, que establece unos plazos específicos como antes hacía la legislación estatal.*

*De ahí que, admitida la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la norma aplicable sea el art. 73.5 LCA y no el art. 949 C.Com porque, como declaró la ya citada STC 291/2005, «[l]a supletoriedad, en suma, en la relación Derecho*

<sup>1</sup> 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)].

*estatal-Derecho autonómico, opera a favor de aquél y no de este último, de manera que no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga».*

*En definitiva, existiendo norma autonómica que establece un plazo de prescripción sin efectos más allá del ámbito interno de la cooperativa andaluza, no hay razón alguna para aplicar una ley estatal que a su vez se remite a la regulación de otra ley estatal no específica ya sobre cooperativas.*

**Nota. 1.** En esta misma crónica de jurisprudencia, me refería hace no mucho tiempo a un aspecto crucial de la plurilegislación civil española como generadora de conflictos de leyes internos: la relación entre ámbito de vigencia y ámbito de aplicación de las normas legítimamente producidas por legislador autonómico y legislador estatal en materia de prescripción [véase mi nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.<sup>a</sup>) núm. 65/2011, de 16 de febrero de 2011, *REDI*, 2011-15-Pr; el tema lo desarrollo más ampliamente en «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español», *InDret*, 1/2012]. Mi discurso partía de la hipótesis de que la normativa considerada, estatal y autonómica, era plenamente constitucional, puesto que ese es un presupuesto *sine qua non* de la existencia de dichos conflictos de leyes. La actual nota versa sobre la STS de 18 de enero de 2012 que, precisamente, resuelve un problema sobre la existencia de esa legítima plurilegislación, en torno también a la institución de la prescripción vinculada a un caso de responsabilidad civil; la prescripción de la pretensión de responsabilidad civil ejercitada por una cooperativa contra el expresidente de su consejo rector; el centro del debate gira en torno a la regulación del asunto por parte de un legislador autonómico, el andaluz, que no tiene competencia en materia de legislación civil, ni en materia de legislación mercantil (en este caso ninguno la tiene) pero sí en materia de cooperativas. La aplicación del art. 73.5 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, en vez de la normativa estatal que alegaba el demandante, hizo que se desestimase la pretensión de responsabilidad civil en primera y segunda instancia y que en casación se solicitase al TS el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por presunta vulneración de lo dispuesto en los arts. 149.1.6 (legislación mercantil) y 149.1.8 (en lo que atañe a la legislación civil) de la Constitución española. El TS rechaza tal solicitud, al considerar que el precepto andaluz no alberga dudas sobre su compatibilidad con la CE.

En esta nota me voy a limitar a poner de manifiesto lo que considero que son perspectivas y planteamientos erróneos, sustentados por el TS, para llegar a dicha conclusión. No prejuzgo su bondad última, que no será objeto de mi opinión y que escapa a los estrechos márgenes de este comentario. Concluiré con la referencia a la razón, esta sí de colisión entre normativa estatal y normativa autonómica, por la que el TS no considera aplicable la primera, al tratarse de un supuesto meramente homogéneo («andaluz»).

2. Puntos de partida que creo que podemos entender asentados es que la responsabilidad civil de un expresidente del consejo rector de una cooperativa es objeto natural de la legislación mercantil. Que también es objeto natural de la legislación sobre cooperativas; y que mientras que la primera es de competencia exclusiva del Estado, la segunda ha sido asumida por los legisladores autonómicos, a través de sus respectivos estatutos de autonomía. La ausencia de cualquier tipo de referencia expresa a la competencia en materia de cooperativas en los arts. 148 y 149 CE (tan sólo aparecen las cooperativas en el art. 129.2 del texto constitucional) ha hecho que por la vía del art. 149.3 CE las Comunidades Autónomas hayan asumido su regulación. Surge así, y de forma inevitable, un problema de delimitación de competencias legislativas sobre el



que la temprana STC 72/1983, de 29 de julio, a propósito de la Ley vasca 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas, se pronunció, siquiera de forma genérica, en su FD 3.º En este FD, nuestro TC se planteó como objeto de debate si la legislación sobre cooperativas era legislación mercantil (y consecuentemente excluida de las competencias autonómicas) para concluir, en términos funcionales, que no, puesto que ello debía resolverse a la luz de la Constitución y del art. 10.23 del Estatuto Vasco, y decir que lo contrario, supondría que la inclusión de ese artículo (atributivo de competencia) en el Estatuto no sería «correcta». Creo yo que significaría, no sería «constitucional». Lo cierto es que este tipo de razonamiento (no es legislación mercantil porque si lo fuese la norma atributiva de competencia sería inconstitucional) es poner el carro delante de los bueyes. Demasiado burdo y demasiado limpio. El propio FD 3.º de la STC abraza una solución más matizada; una solución «delimitativa» en la que concluye que la normativa autonómica «habrá de respetar tal legislación [la mercantil] en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles». Me queda la duda de si esta condescendencia del TC con la legislación mercantil lo es por lo dispuesto en el art. 149.1.6 CC, o por el hecho de que el propio EA del País Vasco introducía la cautela «conforme a la legislación general de carácter mercantil». Lo que me interesa es destacar que parece que la competencia en materia de cooperativas convive —es distinta— de la competencia en materia de legislación mercantil. Y que la primera, obviamente, ha de respetar la segunda (como señala la STC); pero en términos de sistema, añadido, la segunda también ha de respetar la primera. Sea como fuere, la compatibilidad (la que sea) es, no puede ser de otra manera, *constitucional*.

3. Este último es uno de los aspectos olvidados por el TS en la sentencia que comentamos. La normativa andaluza sobre la prescripción de la responsabilidad del consejo rector, director e interventores de una Cooperativa y, señaladamente, sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, puede ser constitucional o no. En todo caso, no lo es o deja de serlo porque la legislación autonómica respete la legislación mercantil estatal o deje de respetarla; ni lo es porque el legislador ordinario estatal mediante la evolución de la normativa estatal sobre cooperativas haya reconocido la realidad de las leyes autonómicas (como se esfuerza en detallar el TS en la primera parte de su FD 4.º). La razón es simple: ni el legislador estatal ordinario en ejercicio de sus competencias (exclusivas en materia de legislación mercantil), ni el legislador autonómico ordinario, en el ejercicio de las suyas (exclusivas en materia de cooperativas) pueden abdicar de dichas competencias. El reparto de las mismas corresponde al constituyente y al legislador (legisladores) estatutario, con pleno respeto a la Constitución (incluyendo, por ejemplo, las posibilidades que abre el art. 150 CE). Dicho con otras palabras, son la CE y al EA andaluz constitucionalmente ajustado los parámetros de constitucionalidad del art. 73.5 de la Ley de Cooperativas de Andalucía; no el resto de la normativa legislativa. Este modo de proceder del TS traduce un tipo de razonamiento en términos de legalidad ordinaria en modo alguno fructífero para decidir sobre la constitucionalidad de una norma autonómica por razón de la competencia para dictarla.

4. Se trata en éste, como en otros casos, de conjugar títulos competenciales que se solapan parcial o totalmente. La norma rectora de la responsabilidad de un director de cooperativa es legislación mercantil (o civil, o ambas) y también legislación sobre cooperativas. Del mismo modo que la legislación sobre cooperativas de crédito es legislación sobre cooperativas y puede ser «bases de la ordenación del crédito», que es competencia exclusiva del Estado (gráficamente la STC núm. 291/2005, de 10 noviembre, RTC 2005/291); del mismo modo que la regulación del cooperativismo incluye inequívocos aspectos laborales, cuya normativa es competencia exclusiva del Estado,

en los términos del art. 149.1.7 CC. Y la forma de conjugar estos títulos exige un discurso constitucional. El que sea, y del tenor que sea. Puede ser simple y considerarse que la especialidad de la competencia exclusiva autonómica desactiva la exclusiva estatal: por ejemplo, todos los aspectos que puedan incluirse en la «legislación sobre cooperativas» corresponderán, si así se ha asumido en el correspondiente Estatuto, al legislador autonómico, aunque incluyan aspectos crediticios, civiles, mercantiles, laborales, procesales, etcétera.

No parece que sea esta fórmula simple (más bien simplista) la más apropiada, aunque no es constitucionalmente descartable. Otra, parece que más aceptable, es la de la escrupulosa (delicada y difícil) delimitación entre aspectos que corresponden a uno u otro legislador (autonómico y estatal): es, por ejemplo, la que se desprende de la STC núm. 155/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/155): «[...] debiéndose tener en cuenta que, con arreglo a las singulares características de las Cooperativas de Crédito, en las que confluyen al menos y en lo que ahora interesa, *aspectos crediticios y cooperativos* —en los que, a su vez, inciden aspectos laborales y mercantiles (STC 134/1992, FJ 2.º)—, la normativa autonómica será complementaria de la estatal dictada al amparo del art. 149.1.11 de la CE y de directa aplicación en los *aspectos estrictamente cooperativos cuya regulación, por no tener carácter mercantil o laboral* (art. 149.1.6 y 7 CE), correspondiendo a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas» (cursiva añadida).

Aplicando esta plantilla, lo que cumple, en el caso que nos ocupa, es decidir si la regulación de la responsabilidad civil del consejo rector de una cooperativa incluyendo los plazos de prescripción de las acciones es un aspecto «*estrictamente cooperativo*» (de competencia autonómica) o «mercantil» de competencia estatal. Pero eso hay que decidirlo: la mera posibilidad de que la normativa enjuiciada sea efectivamente constitucional por razón de la competencia del legislador autonómico no significa que sea *necesariamente* constitucional. La segunda parte del FD 5.º de la STS introduce este correcto discurso constitucional, pero, a mi juicio, no lo lleva a sus últimas consecuencias (quizá porque el análisis de la doctrina del TC que analiza tampoco es categórico). El TS se conforma con concluir autocomplaciente, que son muchas las ocasiones en que la Sala 1.ª ha aplicado la ley andaluza de cooperativas vigente en cada momento sin cuestionarse su constitucionalidad. Argumento definitivo, si se me permite la ironía.

5. La constitucionalidad de la norma andaluza es, como dije al principio, presupuesto del pluralismo normativo y potencial causa de la aparición de un problema de ley aplicable. El TS lo liquida de un plumazo al asegurar su aplicación al considerar que no tiene efectos más allá del «ámbito interno» de la cooperativa andaluza, por lo que no habría razón alguna para aplicar una ley estatal. Colijo que lo que se hace es considerar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley estatal (Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas) no se dan las circunstancias para su aplicación (a «las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal»). De esta manera, lo dispuesto en la normativa estatal no es relevante. Mas la razón no es, si se me permite, que la estatal se remita a otra ley estatal *no específica* sobre cooperativas mientras que el art. 73.5 de la Ley autonómica establece plazos *específicos*, sino, simplemente, porque no es aplicable. Esta idea, que no está del todo clara en el FD 5.º de la STS, no siempre es bien comprendida cuando aparece la dualidad plazo-norma general/plazo-norma especial (véase mi postura en «La prescripción en el Código Civil de Cataluña...», *op. cit.*, núm. 7, nota 19).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela