

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. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—3.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Filiación natural.—4.2. Adopción internacional.—4.3. Derechos de guarda y custodia.—4.4. Matrimonio poligámico.—4.5. Crisis matrimoniales.—5. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

2010-1-Pr

CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—Ámbito de aplicación del Derecho europeo.—Adquisición y pérdida de la nacionalidad.—Efectos de la condición de apátrida y de la condición de ciudadano de la Unión.

Preceptos aplicados: art. 17 TCE; art. 16.1 Ley fundamental alemana; art. 8 Ley sobre nacionalidad alemana; art. 27.1 StbG (Ley sobre nacionalidad austriaca).

STJUE (Gran Sala) *Rottman c. Freistaat Bayern*, 2 de marzo 2010, asunto C-135/08.

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

* La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en los años 2009 y 2010. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Vésela Andreeva Andreeva, Laura Carballo Piñeiro,

36. [...], el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida de modo fraudulento mediante naturalización en la medida en que tal revocación priva al interesado de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, convirtiéndolo en apátrida, puesto que la adquisición de la nacionalidad de ese Estado miembro por naturalización supuso para la persona afectada la pérdida de la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

42. Es manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal, se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro que lo coloca, tras haber perdido la nacionalidad de origen de otro Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 CE y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión.

43. [...] la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.

48. La reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia, y recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión, el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión.

56. [...] es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión. A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen.

59. [...] procede responder a la primera cuestión y a la primera parte de la segunda cuestión que el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad.

Nota. 1. A través del asunto C-135/08 *Janko Rottman c. Freistaat Bayern* el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) decide dar un paso más en la capacidad del Derecho europeo de interferir en la aplicación de las normas de los Estados miembros en

Ángel Espiniella Menéndez, Fernando Esteban de la Rosa, Katia Fach Gómez, Cristina González Beilfuss, Nerea Magallón Elósegui, Nuria Marchal Escalona, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Cristian Oró Martínez, Paula Paradelo Areán, Ana Quiñones Escámez, Elena Rodríguez Pineau, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, Carmen Ruiz Sutil, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Barcelona, Granada, Oviedo, Pompeu Fabra, Santiago de Compostela y Zaragoza.

materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad. De hecho, a pesar de tratarse de una materia cuya competencia exclusiva, tal y como ratifica la presente Sentencia, se halla en poder de los Estados, ello no les excusa del deber de respeto de sus prerrogativas. Sumidos de lleno en la construcción política de la Unión avanzamos lentamente hacia el afianzamiento de la ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Y la presente decisión es un claro ejemplo de su potencialidad y virtual emancipación de la condición de nacional. De su enunciado se extraen dos importantes consecuencias con significativos efectos a futuro, sobre todo en lo que a las normas de adquisición y pérdida de la nacionalidad se refiere: el disfrute de la ciudadanía europea como conexión suficiente con el Derecho de la Unión y la apertura al intervencionismo europeo sobre las normas de adquisición y pérdida de la nacionalidad de los Estados miembros de las que, en última instancia, depende el disfrute de dicho estatus.

2. La cuestión prejudicial que ha dado pie al presente pronunciamiento trata de un nacional austriaco y, por tanto, ciudadano de la Unión, que solicita la nacionalidad alemana por naturalización. La nacionalidad alemana le es concedida, lo que supone la pérdida de la nacionalidad austriaca. El problema se encuentra en que en el momento de la solicitud de su nueva nacionalidad nuestro protagonista omite un dato de especial relevancia para su adquisición. Evita mencionar su condición de imputado en un procedimiento de estafa grave en Austria. A raíz de dicho procedimiento se dicta una orden de detención nacional contra su persona de la que son informadas las autoridades alemanas y que comporta la revocación de su naturalización por obtención fraudulenta de la nacionalidad alemana. La revocación de la nacionalidad alemana y la no restitución de la austriaca, por no darse los requisitos necesarios para ello, pueden convertir al señor Rottmann en apátrida y para evitarlo interpone un recurso de anulación contra la decisión revocatoria en el que alega el quebrantamiento tanto del Derecho internacional público como del Derecho de la Unión que ésta implica. Por un lado, debido a la forzada condición de apátrida en la que se vería inmerso y, por otro, por la consecuente pérdida de la ciudadanía de la Unión que tal revocación entrañaría.

Esta última posibilidad es la que lleva al Tribunal alemán a suspender el procedimiento y a plantear las cuestiones prejudiciales de las que se deriva la presente decisión. El debate se centra en las consecuencias que la pérdida de la nacionalidad alemana tiene para el estatus civil del señor Rottmann en tanto también comporta la consiguiente pérdida de la ciudadanía europea. Y la clave de la decisión se encuentra en el grado de respeto al Derecho europeo que se les puede exigir a las normas sobre adquisición y pérdida de nacionalidad de los Estados miembros en aras a evitar dicha pérdida.

3. Antes de entrar a analizar de manera concreta las cuestiones planteadas por el Tribunal alemán se debate la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Las dudas surgen de la dimensión aparentemente interna que presenta la situación objeto del litigio y de su imperceptible vinculación con el Derecho de la Unión. Por una parte ya hemos mencionado que no hay lugar a dudas sobre la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad. Aunque no es la primera vez que el TJUE establece que esta razón no comporta la automática exclusión de su ámbito de aplicación *ratione materiae* (como se ha visto en los asuntos *García Avello* y *Grunkin-Paul*). No obstante, aunque la nacionalidad de un Estado miembro es presupuesto indispensable para gozar de la condición de ciudadano, hasta el momento ésta tampoco era razón suficiente para comprender las normas sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad en el ámbito del Derecho de la Unión (tal y como se desprende de los asuntos C-64/06, C-65/96 *Uecker y Jacquet*).

Por otra, la vinculación podría proceder de los elementos de extranjería concurrentes (como se dedujo en el asunto C-148/02, *García Avello*); pero si entonces fue una interpretación en cierta medida forzada, en un supuesto como el actual en el que el interesado es un nacional alemán, residente en Alemania y sobre el que pesa una decisión administrativa alemana, se torna insostenible. Descartadas ambas, aún nos quedaría una última posibilidad defendida por el abogado general señor Poiares Maduro (apdos. 11 y 13 de las Conclusiones Generales) y que, aunque en principio podría parecer desatinada, ya ha sido utilizada en otras ocasiones: la puesta en marcha del ejercicio de las libertades comunitarias inherentes a la ciudadanía ya sea antes, después o a futuro (asunto C-403/03, *Schempp*, asunto C-352/06, *Grunkin-Paul*). Puesto que si el señor Rottman pudo desplazarse a Alemania, establecer allí su residencia e iniciar el proceso de naturalización de la nacionalidad alemana, fue haciendo uso de las facultades que su condición de ciudadano le conferían. A pesar de ello, esta vez el TJUE no ha seguido la argumentación ofrecida y ha optado por dotar de una mayor autonomía al estatus de ciudadano dando un giro a su anterior jurisprudencia al instaurar que «es manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal se enfrenta a la decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el art. 17 CE (actual art. 20 TFUE) y de los derechos correspondientes está comprendida por su propia naturaleza en el ámbito del derecho de la Unión» (apdo. 42 Sentencia).

4. Una vez establecido que una decisión revocatoria de la naturalización de la nacionalidad de un ciudadano de la Unión puede ser sometida a control jurisdiccional en la medida que es susceptible de afectar a derechos conferidos y protegidos por el Derecho europeo, lo siguiente que se debe dilucidar es su grado de conformidad con esos derechos. En este caso tanto el Abogado General como la resolución del Tribunal (apdo. 23 de las Conclusiones Generales y apdos. 52-53 de la Sentencia) admiten que la pérdida de la nacionalidad se debe a la adquisición fraudulenta de otra nacionalidad, por lo que la decisión sobre la revocación de esta última es una cuestión de interés general que compete, en exclusiva, a los Estados miembros. De este modo al TJUE no le queda otra opción que remitir la cuestión a los órganos nacionales a los que corresponderá establecer quiénes son sus nacionales, y resolver que el art. 17 TCE (actual art. 20 TFUE) no se opone a que un Estado miembro revoque a un ciudadano la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando éste la haya obtenido de modo fraudulento. Con ello revalida la competencia exclusiva de los Estados miembros pero se reserva la posibilidad de controlar sus efectos en el ámbito europeo mediante el establecimiento de un nuevo límite que corresponderá ponderar a los tribunales nacionales en el desarrollo de sus competencias: la decisión revocatoria deberá respetar el principio de proporcionalidad.

De lo contrario la emisión de una decisión «desproporcionada» podría declararse contraria al Derecho de la Unión. El problema está en dilucidar los elementos a tener en cuenta para soslayar ese riesgo y el Tribunal apenas se refiere a ellos. En definitiva, tras la promulgación de esta Sentencia la validez de una decisión sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad tropieza con nuevos límites que convendría que fueran concretados. Por el momento se ha abierto una nueva vía de intervención del Derecho europeo en las competencias de los Estados en materia de nacionalidad que refleja el comienzo de una nueva era: la de la ciudadanía europea.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI

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

2010-2-Pr

REGLAMENTO (CE) núm. 1346/2000.—Reconocimiento de decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia principal. Embargo preventivo de cuentas y créditos en otro Estado miembro.

Preceptos aplicados: arts. 3, 4, 5, 10, 16, 17, 25 y 26 del Reglamento (CE) 1346/2000.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de enero de 2010, asunto C-444/07, MG Probud Gdynia sp. Ponente: Sr. D. J. J. Kasel. Abogado General: Sr. D. M. Poiares Maduro.

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

39. *Del tenor del artículo 1, apartado 1, del Reglamento se desprende que los procedimientos de insolvencia a los que es aplicable dicho Reglamento deben reunir cuatro características. Debe tratarse de un procedimiento colectivo, fundado en la insolvencia del deudor, que implique el desapoderamiento al menos parcial de éste y el nombramiento de un síndico. Dichos procedimientos se enumeran en el anexo A del Reglamento, mientras que la lista de síndicos figura en el anexo C de éste (sentencia Eurofood IFSC, antes citada, apartados 46 y 47).*

40. *Dado que el procedimiento de insolvencia iniciado respecto a MG Probud está enumerado en el anexo A del Reglamento, de la aplicación del artículo 3 del mismo Reglamento resulta que los tribunales polacos son competentes para abrir un procedimiento principal de insolvencia y para tomar todas las decisiones relativas al desarrollo así como a la terminación de este último. Además, de la aplicación del artículo 4 del mismo Reglamento deriva que la ley polaca es aplicable a dicho procedimiento de insolvencia y a sus efectos.*

41. *Por otra parte, siempre que figure en el anexo C del Reglamento, el síndico designado por el tribunal polaco puede ejercer en el territorio de los demás Estados miembros todas las facultades que le hayan sido conferidas por la ley polaca, y en particular trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren, conforme al artículo 18 del Reglamento.*

42. *Como han observado varios interesados que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia, en el presente caso no se ha iniciado ningún procedimiento secundario, ni tampoco es aplicable en el marco del litigio principal ninguna de las excepciones previstas por los artículos 5 a 15 del Reglamento, y en particular ninguna de las que figuran en los artículos 5 y 10 de este último, expresamente mencionadas por el tribunal remitente.*

43. *A la vista de esos elementos y debido al alcance universal que debe atribuirse a todo procedimiento principal de insolvencia, el procedimiento de insolvencia iniciado en Polonia comprende todos los activos de MG Probud, incluidos los situados en Alemania, y la ley polaca no sólo determina la apertura del procedimiento de insolvencia sino también el desarrollo y la terminación de éste. En ese concepto la ley polaca es la aplicable para regular el destino de los bienes situados en los demás Estados miembros así como*

los efectos del procedimiento de insolvencia en las medidas de las que puedan ser objeto dichos bienes.

44. Dado que la Ley polaca de 28 de febrero de 2003, relativa a la insolvencia y al saneamiento, según su modificación, no permite que con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia se emprendan contra el deudor procedimientos de ejecución que afecten a los bienes que integran la masa del procedimiento, las autoridades alemanas competentes no podían ordenar válidamente, en aplicación de la legislación alemana, medidas de ejecución que afectaran a los bienes de MG Probud situados en Alemania.

45. En efecto, según resulta de los artículos 16 y 17 del Reglamento, la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia adoptada en Polonia debe ser reconocida automáticamente en los demás Estados miembros, sin ningún otro trámite, con todos los efectos que le atribuya la ley polaca.

46. Además, como sea que ningún elemento de los autos presentados al Tribunal de Justicia permite concluir que exista alguno de los motivos de denegación enunciados en los apartados 32 y 33 de la presente sentencia, el tribunal alemán que conocía del asunto estaba obligado no sólo a reconocer la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal polaco competente sino también todas las demás resoluciones relativas a ese procedimiento, y en consecuencia no puede oponerse a la ejecución de estas últimas en aplicación de los artículos 31 a 51 del Convenio de Bruselas.

47. Por el conjunto de las anteriores consideraciones procede responder a las cuestiones planteadas que el Reglamento, en particular sus artículos 3, 4, 16, 17 y 25, debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el principal, con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro en el que no se ha iniciado ningún procedimiento secundario de insolvencia están obligadas, a reserva de los motivos de denegación derivados de los artículos 25, apartado 3, y 26 del Reglamento, a reconocer y ejecutar todas las resoluciones relativas a ese procedimiento principal de insolvencia, y en consecuencia no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite y no se cumplen los requisitos a los que está sometida la aplicación de los artículos 5 y 10 del Reglamento.

Nota. 1. Un juzgado de primera instancia de Saarbrücken embarga preventivamente los fondos en cuenta y los créditos de los que es titular en Alemania la sociedad MG Probud, con domicilio social en Polonia, por un contencioso derivado del impago de salarios y de cotizaciones sociales de sus trabajadores. Poco antes de trabarse ese embargo, un juez polaco había abierto un procedimiento de insolvencia contra dicha sociedad, por lo que, de conformidad con la legislación polaca, no procedía la adopción de las medidas de embargo trabadas por el juez alemán.

La interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia es correcta. Parece que procede el reconocimiento automático en Alemania de la decisión de apertura del concurso adoptada en Polonia (apdos. 46 y 47 de la Sentencia), sin que concurra ningún motivo de denegación del reconocimiento de los previstos en los arts. 25 y 26 del Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Por tanto, la legislación del Estado de apertura del concurso establecerá la posible paralización de los embargos preventivos individuales trabados por cualquier autoridad de un Estado miembro, de acuerdo con el art. 4 del citado Reglamento europeo. En este sentido, me parece muy positivo que el Tribunal de Justicia flexibilice

el tenor literal del Reglamento 1346/2000 y extienda la aplicación de la *lex concursus* no sólo a las ejecuciones individuales, como parece ser el sentir de la norma europea, sino también a las medidas cautelares tendentes a asegurar la ejecución de una hipotética sentencia condenatoria. No en vano, la aplicación de la *lex concursus* garantiza el control por el administrador concursal de todos los activos de la sociedad concursada para una liquidación o un saneamiento ordenados. Aunque la medida cautelar depende de un proceso principal abierto en Alemania, no es menos cierto que la hipotética ejecución de un fallo condenatorio depende finalmente del procedimiento de insolvencia abierto en Polonia. La aplicación de la *lex concursus* sería sostenible, incluso, cuando el contencioso fuera anterior a la apertura del concurso: a pesar de la referencia del art. 15 del Reglamento 1346/2000 a la ley del Estado donde pende el litigio, esta ley no debería regular los efectos del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas.

También merece una valoración positiva que la argumentación del Tribunal, aunque sea de una forma tácita, dé pie a la posibilidad de que el concurso no afecte a la competencia de las autoridades de otro Estado para conocer de un proceso, pero sí a la adopción de las medidas cautelares vinculadas a éste. En efecto, el proceso principal, en el caso el abierto en Alemania contra el director de una sucursal de la sociedad fallida, no quedará afectado por el procedimiento de insolvencia —dejando al margen de la posible intervención de los administradores concursales—, porque ni nace de la legislación concursal ni guarda una estrecha relación con el procedimiento de insolvencia; simplemente se trata de un proceso ordinario por impago de salario y cotizaciones (véase la argumentación de la STJCE de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *C. Seagon c. Deko Marty*, aunque existe cierta contradicción con la STJCE de 2 de julio de 2009, asunto C-111/08, *SCT Industri c. Alpenblume*, *ibid.*). Sin embargo, las medidas cautelares sí que afectan al procedimiento de insolvencia y, en concreto, a la masa de activos, por lo que deben quedar reguladas por la ley rectora del concurso.

2. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia destaca ciertas situaciones que, sin darse en el caso, podrían justificar que el juzgado alemán trabara un embargo de conformidad con el Reglamento 1346/2000. En este sentido, las autoridades alemanas podían haber abierto un concurso territorial en Alemania, dado que la sociedad polaca tenía una sucursal en aquel país (apdos. 24 y 42 en relación con el art. 3 del Reg. 1346/2000). Dicho concurso territorial afectaría a los bienes localizados en Alemania en el momento de la apertura del concurso, en el caso, los fondos de las cuentas corrientes abiertas en oficinas bancarias alemanas y los créditos del concursado, siempre y cuando los deudores tuvieran su centro de intereses en Alemania [*ex art. 2.g*]. No obstante esta «recomendación» del Tribunal, ha de recordarse que la apertura de un concurso territorial despliega más efectos que los presuntamente deseados por el acreedor instante (la administración de aduanas de Saarbrücken), pues pueden presentar sus créditos todos los acreedores de la sociedad y no sólo los locales. Además, nada impide que, antes de declararse el concurso territorial, los administradores concursales polacos desplacen todos los bienes al Estado del concurso principal (como expresamente reconoce el Tribunal de Justicia en el apdo. 41).

Dado que el Tribunal entra en argumentos a mayor abundamiento, hubiera sido positivo que se refiriera a la posibilidad de que los tribunales alemanes adoptasen una medida cautelar dependiente del concurso abierto en Polonia —no del contencioso abierto en Alemania—. Avalaría, así, la interpretación doctrinal que sostiene que las medidas cautelares vinculadas al concurso pueden ser dictadas por los tribunales del Estado de apertura del concurso o por los tribunales del Estado donde se hallan los

bienes del deudor (véase, por todos, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 71-73).

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

2010-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001. Delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de prestación de servicios. Determinación del lugar de entrega de la mercancía en los contratos que implican el transporte de la mercancía.

Preceptos aplicados: art. 5, núm. 1, letra *b*) Reg. 44/2001.

STJ (Sala 4.^a) de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GmbH y Key-Safety Systems Srl*. Ponente: Ilmo Sr. D. E. Juhász.

F.: www.curia.europa.eu.

[...] El artículo 5, núm. 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato.

El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa. [...]

Nota. 1. La decisión objeto de esta nota resuelve dos cuestiones prejudiciales relacionadas con la interpretación del art. 5, apartado 1, letra *b*) del Reg. 44/2001. La primera versa sobre la delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de prestación de servicios al efecto de determinar a qué jueces se asigna la competencia en virtud del foro de la materia contractual del art. 5.1 Reg. 44/2001. En la segunda el TJ determina el lugar de entrega de la mercancía en los casos de *venta que implica el transporte de la mercancía* (cfr. punto 26 de la sentencia). Si bien esta segunda cuestión resulta clásica en la experiencia del Tribunal Europeo, se presenta en esta ocasión con perfiles distintos, sobre todo por permitir ahora la letra *b*) a los tribunales de un único país conocer de la totalidad de las cuestiones y obligaciones referidas al mismo contrato, lo cual concede mayor trascendencia a la respuesta del TJ.

2. El litigio que da origen al procedimiento judicial surge en el marco de varios celebrados entre la alemana *Car Trim GmbH* y la italiana *KeySafety Systems Srl*. La

segunda compró a Car Trim ciertos componentes de conformidad con varios contratos de suministro. Cuando la sociedad italiana da por finalizados los contratos, Car Trim presenta demanda por incumplimiento ante el *Landgericht Chemnitz* (Alemania). La primera y la segunda instancia (*Landgericht* y *Oberlandesgericht*) coincidieron en considerar la incompetencia de los jueces alemanes. Car Trim recurrió ante el *Bundesgerichtshof* quien decidió someter sendas cuestiones prejudiciales al TJ. En nuestro comentario nos centraremos en las consecuencias prácticas que se derivan del fallo, a fin de ofrecer pautas de comportamiento de interés para los operadores de la contratación comercial internacional. Pero permítasenos anotar brevemente la argumentación del TJ, que probablemente podría haber sido más afortunada (para un análisis más detenido, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Nuevos avances hacia la materialización del foro del lugar de ejecución del contrato del Reglamento Bruselas I: la STJ de 25 de febrero de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7.392, de 30 de abril de 2010, pp. 1-27).

3. El TJ lleva a cabo una argumentación de textura abierta, en donde tienen cabida fundamentaciones basadas en diferentes textos de Derecho europeo y Derecho internacional. No cabe reprochar al TJ que, en esa argumentación, sean utilizados elementos narrativos o de *soft law*, como ocurre con la cita de algún convenio que no está en vigor en todos los Estados miembros de la Unión Europea, pues se encuentra muy extendida en la práctica, y es bien saludada por la doctrina, la posibilidad de hacer recurso a esta clase de elementos para apoyar una determinada interpretación (véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 557-585). Pero una cosa es optar por un criterio material, y otra distinta fundar de forma apropiada dicho criterio material con arreglo a los principios y valores propios del sector de la competencia internacional, labor que se echa en falta en la decisión que anotamos. Tampoco consideramos muy afortunados los argumentos que menciona el TJ y que tienen en cuenta las normas sobre el origen de las mercancías (véanse las conclusiones presentadas el 24 de septiembre de 2009 por el abogado general Ján Mazák). Mejor valoración merece el último de los criterios utilizados por el TJ para diferenciar el contrato de compraventa del contrato de prestación de servicios, que se funda en la posibilidad de tener en cuenta el grado de responsabilidad asumido por el proveedor respecto del producto objeto del contrato, a fin de determinar la obligación característica del contrato, que se compadece un poco mejor con los principios de la competencia internacional. Con todo, el examen del supuesto desde esa perspectiva podría haber conducido a una solución alternativa. Si tenemos en cuenta que el contrato contiene elementos tanto del contrato de compraventa como del contrato de prestación de servicios, y si consideramos las graves dificultades del órgano jurisdiccional remitente, y del propio TJ, para calificar el contrato, se habría podido aceptar el desdoblamiento del foro, atribuyendo competencia a los tribunales del lugar de entrega de la mercancía y de la prestación del servicio. Ambos lugares resultan previsibles para las partes, y con ambos cabe apreciar la existencia del estrecho nexo necesario para determinar su proximidad.

4. Es sabido que en muchas ocasiones el lugar de entrega es designado a través de la inclusión en el contrato de un INCOTERM. Si el contrato incluye la expresión *EXW Málaga*, el foro del lugar de entrega de la mercancía obtiene concreción en los tribunales españoles. No obstante, en ocasiones las razones que llevan a las partes a utilizar un INCOTERM no tienen nada que ver con el tipo de razonamiento que tiene lugar respecto de la competencia internacional. Cabe imaginar la inclusión del INCOTERM *FOB puerto de Génova* en un contrato celebrado entre una empresa española y una empresa de Viena, donde la última, para una mayor eficiencia del transporte, se ocupa de llevar la mercancía hasta su embarque en el puerto de Génova. En estas

situaciones, la aplicación del criterio establecido por el TJ conduce a la atribución de competencia judicial internacional a los jueces italianos, resultado que no parece muy adecuado, sobre todo si tenemos en cuenta que, de este modo, de hecho se está restando un foro de competencia judicial internacional. A efectos prácticos, cuando el contrato no incluya una cláusula de jurisdicción, resultará conveniente que los operadores del comercio internacional pongan atención en no incluir en el contrato INCOTERMS que puedan originar este resultado. De lo contrario perderá mucha eficacia un foro importante para ejercitar acciones judiciales, como es el foro del lugar de ejecución del contrato.

5. Para cuando las partes no han designado el lugar de entrega de la mercancía, el TJ opta por el lugar en el que las mercaderías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final. El TJ no sólo no ofrece explicaciones sobre las razones que hacen preferir a dicho lugar sino que la solución ofrecida resulta incoherente con los razonamientos seguidos a la hora de dar respuesta a la primera cuestión. En efecto, allí las disposiciones del CCIM fueron utilizadas como argumento de autoridad para alcanzar la solución; aquí, en cambio, el mismo Tribunal ignora por completo la existencia de una solución específica para dichos supuestos en el art. 31 CCIM. Como consecuencia, la respuesta del TJ supone un cambio radical respecto del tratamiento de las pretensiones relativas a la obligación de pago del contrato. Antes, para la concreción del foro del lugar de cumplimiento de la obligación de pago era preciso tener en cuenta las normas de DIPr., y, en su caso, también el CCIM (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional, Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 108), que contiene disposiciones para la determinación del lugar de entrega de las mercancías (art. 31) y para la determinación del lugar de pago (art. 57). La competencia correspondía a los jueces del país del establecimiento del vendedor. Ahora, la competencia para conocer de la obligación de pago corresponde a los jueces del país de entrega de la mercancía, no siendo dicho lugar el definido por el art. 31 CCIM, sino aquél en el que el comprador recibe finalmente la mercancía. Para evitar esta consecuencia, los vendedores deberían bien incluir en el contrato un pacto de jurisdicción, o bien realizar una designación del lugar de entrega de la mercancía.

6. La respuesta material que ofrece el TJ al problema de la determinación del lugar de entrega de la mercancía no se puede considerar completa o cerrada pues no se proporcionan soluciones efectivas para todos los casos. En defecto de pacto es necesario determinar cuál es el lugar en el que la mercancía ha de ser entregada materialmente al comprador con base en los términos del contrato. De no poder identificarse, será necesario concretar el lugar de entrega material en virtud de lo establecido en la ley aplicable al contrato designada de conformidad con las normas de DIPr. del foro, típicamente el Reglamento Roma I (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Car Trim», en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/03/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia.html>, consultada el 3 de julio de 2010). Para los casos en que proceda, la determinación del lugar de entrega pasará por la aplicación del art. 31 CCIM, a pesar de que la obligación que sirva de base a la demanda pueda ser la obligación de pago. Queda por ver si el TJ no volverá a ser requerido para generar alguna clase de criterio subsidiario que permita concretar el lugar de entrega de la mercancía y evitar el recurso a las normas de DIPr., en el modo en que están apuntando algunas decisiones recientes (véase STJ de 11 de marzo de 2010, asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions*).

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

2010-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de agencia.—Interpretación del art. 5.1 del Reglamento 44/2001 en relación con un contrato de agente comercial ejecutado en varios Estados miembros.

Preceptos aplicados: art. 5.1 Reglamento 44/2001.

STJUE de 11 de marzo de 2010, asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade S. A.* Juez ponente: K. Lenaerts.

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

[...] En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) a) *¿Es aplicable el artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento [...] en caso de un contrato de prestación de servicios, también cuando los servicios se presten contractualmente en varios Estados miembros?*

En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión:

b) *¿debe interpretarse la citada disposición en el sentido de que el lugar de cumplimiento de la obligación característica debe determinarse en función del lugar donde se encuentre el centro de las actividades (que se ha de apreciar teniendo en cuenta el tiempo pasado en dicho lugar y la importancia de la actividad de que se trate) del prestador de servicios?*

c) *en el supuesto de que no se pueda determinar tal centro de actividad, ¿debe interpretarse la mencionada disposición en el sentido de que, a elección del demandante, puede presentarse la demanda relativa a todas las pretensiones derivadas del contrato en cualquier lugar en el que se presten servicios dentro de la Comunidad?*

2) *En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:*

¿Es aplicable el artículo 5, número 1, letra a), del Reglamento [...] en caso de un contrato de prestación de servicios, también cuando los servicios se presten contractualmente en varios Estados miembros? [...]

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

1) *El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.*

2) *Para determinar, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de pago de la remuneración adeudada en virtud de un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho, procede seguir teniendo en cuenta los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en*

materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

Nota. 1. El 21 de agosto de 2007, Wood Floor demandó a Silva Trade ante el Landesgericht austriaco de Sankt Polten. Wood Floor, con domicilio social en Amstetten (Austria) reclamaba 111.458,60 euros a Silva Trade, empresa con domicilio social en Wasserbillig (Luxemburgo). La pretensión de la demandante estaba basada en la violación de los arts. 23 y 24 de la *Handelsvertretergesetz* austriaca, referidos respectivamente a la indemnización por resolución de contrato y a la indemnización compensatoria en los contratos de agencia. Wood Floor consideraba que la carta de 2 de abril de 2007, en la que Silva Trade le comunicaba la terminación del contrato de agencia que les vinculaba, constituía una extinción unilateral y prematura del contrato, que permitía reclamar las citadas indemnizaciones. Según indica la Abogada General Trstenjak en sus conclusiones de 12 de enero de 2010, el señor Andreas Domberger había actuado como agente de Silva Wood en Austria, Italia, los países bálticos, Polonia y Suiza. El contacto con los clientes se realizaba habitualmente por teléfono o correo electrónico desde Austria, aunque ocasionalmente éste viajaba personalmente al país donde se localizaban las oficinas de dichos clientes.

2. En la demanda ante el juzgado de Sankt Polten, Wood Floor declaró que había desempeñado su actividad exclusivamente en el lugar de su domicilio social y por ello consideró fundamentada la competencia del tribunal austriaco en el art. 5.1.b) del Reglamento 44/01 («las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios»). En cambio, Silva Trade impugnó la competencia de dicho tribunal austriaco, exponiendo que las tres cuartas partes del volumen de negocios del agente se habían llevado a cabo en países distintos de Austria. Ello condujo a la demandada a defender la determinación de la competencia a través del art. 2 del Reglamento, al considerar que la obligación que servía de base a la demanda estaba geográficamente ilimitada, lo que impedía la aplicación del art. 5.1 del Reglamento. Desestimando estos argumentos, el Landesgericht declaró su competencia para conocer al caso. Para este tribunal, los contratos de agente comercial como el analizado eran subsumibles en la noción de «prestación de servicios» a que alude el segundo guión del art. 5.1.b). Adicionalmente, se estimó que si los servicios se prestan en varios países, el lugar de prestación de éstos es aquel en que se localiza el centro de actividades del prestador.

Silva Trade apeló ante el *Oberlandesgericht* de Viena, señalando que la argumentación del Landesgericht sobre el centro de actividades del prestador se fundamentaba en jurisprudencia austriaca únicamente aplicable a supuestos en los que los diversos lugares de entrega se localizaban dentro del mismo Estado. En cambio, si los distintos lugares de prestación se hallaban en una pluralidad de Estados, Silva Trade consideró que cada tribunal únicamente sería competente para conocer de la obligación que debiese ejecutarse en su jurisdicción y que sólo el citado art. 2 permitiría presentar todas las demandas ante un único tribunal. Desestimando estas argumentaciones de la apelante, el *Oberlandesgericht* vienes declaró su intención de confirmar el fallo de la primera instancia. Inspirándose en la Sentencia Color Drack, el tribunal austriaco consideró que en el caso controvertido el lugar de prestación principal era Amstetten, teniendo en cuenta el tiempo invertido y la importancia de la actividad desarrollada en ese centro. Sin embargo, el *Oberlandesgericht* era consciente al mismo tiempo de

que en la Sentencia Color Drack el TJUE expresamente indica que «las consideraciones que siguen se limitan al supuesto de una pluralidad de lugares de entrega en un único Estado miembro y no prejuzgan la respuesta que deba darse en el caso de pluralidad de lugares de entrega en varios Estados miembros». Por ello, el órgano jurisdiccional austriaco elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales reproducidas al inicio de este comentario y que, en definitiva, pretenden saber si las respuestas de Color Drack efectivamente pueden extrapolarse a un contrato de prestación de servicios con las características del caso controvertido.

3. En la Sentencia de 11 de marzo de 2010, el Tribunal resuelve de la siguiente forma las cuestiones prejudiciales planteadas: en relación con la aplicabilidad del art. 5.1.b) del Reglamento 44/01 a los servicios prestados en varios Estados comunitarios, el TJUE reitera planteamientos expuestos en sentencias anteriores como Rehder, Car Trim o la ya citada Color Drack. En primer lugar, el foro especial contenido en el art. 5.1, que es alternativo al art. 2, viene justificado por la estrecha conexión entre el contrato y el tribunal competente para conocer de éste. En segundo lugar, el primer guión del art. 5.1.b) dedicado a contratos de compraventa de mercancías, insta a el lugar de entrega de las mercancías «como criterio de vinculación autónomo que debe aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato de compraventa». En tercer lugar, este primer guión del art. 5.1.b) también permite que un único tribunal conozca de todas las demandas generadas por un contrato de compraventa, cuando exista una pluralidad de lugares de entrega de mercancías dentro del mismo Estado. En cuarto lugar, estas consideraciones son asimismo aplicables a los contratos de prestación de servicios, incluidos aquellos que se llevan a cabo en una pluralidad de Estados miembros, ya que ambas reglas de competencia referidas a estas dos tipologías contractuales «tienen el mismo origen, persiguen la misma finalidad —proximidad y previsibilidad— y ocupan el mismo lugar en el sistema establecido por dicho Reglamento».

Respecto a la determinación del «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda» en el caso de un contrato de agencia comercial desarrollado en varios Estados miembros, el Tribunal aplica en este ámbito de los servicios lo concluido en la sentencia Color Drack. De esta forma, el lugar de cumplimiento será aquel «que garantiza el vínculo más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, encontrándose este vínculo de conexión más estrecho, por regla general, en el lugar de la prestación principal». Tras recordar que es el agente comercial quien cumple la obligación que caracteriza a dicha tipología contractual, el Tribunal desarrolla el razonamiento clave de esta sentencia. Si el agente presta sus servicios en diversos Estados comunitarios, la concreción del lugar de la prestación principal se ha de realizar de la siguiente manera: inicialmente, ha de atenderse a la indicación contenida en el tenor literal del art. 5.1.b) segundo guión del Reglamento 44/01 —«según el contrato»— y, por tanto, acudir al propio contrato de agencia que vincula a las partes para determinar el lugar de la prestación principal. Caso de que dicho contrato no permita realizar tal determinación —por recoger una pluralidad de lugares de prestación o bien carecer de tal referencia— el órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo del litigio deberá «tomar en consideración el lugar en el que [el agente] haya desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato». Para ello, el TJUE sugiere que se tengan en cuenta características del caso como, por ejemplo, el tiempo que el agente ha pasado en cada lugar y las actividades desarrolladas en tales. Por último, si el criterio del cumplimiento efectivo tampoco permite determinar el lugar de la prestación principal de los servicios de agencia, el Tribunal escoge como conexión de cierre el

domicilio del agente, por considerar que ésta cumple con los objetivos de previsibilidad y proximidad que el Reglamento ambiciona.

4. Los tres mecanismos que, con objeto de determinar el lugar de prestación principal de los servicios, va presentando jerárquicamente el Tribunal en este asunto C-19/09 pretenden anular la intervención del art. 5.1.a) del Reglamento y con ello evitar las complicaciones que puede llevar aparejado este precepto. Tanto a la hora de interpretar el contrato de agencia como de, si procede, precisar cuál es el lugar del cumplimiento efectivo de éste, se está concediendo un papel destacado a los tribunales nacionales de los distintos países comunitarios. En ambos casos, éstos van a gozar de un margen valorativo superior al ofrecido por el criterio del domicilio del agente que, al ser el criterio último, halla su justificación esencial en los ya citados principios básicos del sistema jurídico comunitario. Sin duda, quedaron atrás los días en los que el art. 5.1 del Convenio de Bruselas, a la hora de ser aplicado a contratos de agencia comercial, generaba abundantes dificultades. No obstante, la actual interpretación del art. 5.1.b) segundo guión del Reglamento 44/01 para este tipo de relaciones contractuales desarrolladas en varios Estados miembros puede seguir requiriendo intervenciones judiciales y doctrinales en el futuro. Habrá que ver, por ejemplo, si los aspectos fácticos vinculados al lugar de cumplimiento efectivo de la prestación principal son valorados de forma uniforme en todo el territorio comunitario o si la práctica comercial nos descubre abusos en torno a la precisión contractual del lugar de la prestación principal del servicio de agencia comercial (véase FACH GÓMEZ, K., «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: Aspectos jurisdiccionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2003, pp. 181-222, esp. pp. 211-214).

Katia FACH GÓMEZ

2010-5-Pr

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.—Compatibilidad entre regímenes: Reglamento 44/2001 y Convenio de Ginebra de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).—Reconocimiento de resoluciones, competencia judicial internacional, litispendencia.—Aplicación preferente del Convenio especial condicionada al respeto a los principios y fines del Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: art. 71 Reglamento 44; art. 31 CMR.

STJUE de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, *TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG*. Juez ponente: M. Ilešič.

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

[...] 1) *El artículo 71 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el artículo 31, apartado 2, del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera [...], y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el artículo 31, apartado 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten*

una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (favor executionis).

2) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es competente para interpretar el artículo 31 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, en su versión modificada.*

Nota. 1. TNT y Siemens Nederland NV celebraron un contrato de transporte de mercancías por carretera desde los Países Bajos hasta Alemania. La mercancía no se entregó en su lugar de destino. En 2002, TNT interpuso ante el *Rechtbank* de Rotterdam y contra AXA, compañía aseguradora de Siemens, una acción declarativa de no responsabilidad de ningún daño por la pérdida de las mercancías (excepto lo indicado en el art. 23 CMR). Acción que fue desestimada en 2005 y, por ello, recurrida por TNT ante el *Gerechtshof* de La Haya (Países Bajos). En 2004, AXA demandó a TNT ante el *Landgericht* de Múnich (Alemania) con el fin de obtener una reparación por el daño sufrido por Siemens por la pérdida de las mercancías: TNT entendió que este Tribunal no podía conocer de la acción por la existencia de un proceso pendiente en los Países Bajos entre las mismas partes en relación con el mismo transporte *ex* art. 31.2 CMR. Esta alegación fue desestimada por el *Landgericht* de Múnich y en 2006 condenó a TNT al pago de una indemnización. En 2007, AXA solicitó ante el *Rechtbank* de Utrecht (Países Bajos) y *ex* Reglamento 44, que declarara ejecutivas en los Países Bajos las referidas resoluciones del *Landgericht* de Múnich. A la estimación por el juez holandés de esta solicitud se opuso TNT, alegando que el reconocimiento de las resoluciones del *Landgericht* de Múnich atentaba contra el orden público neerlandés, y ello, porque, a su entender y conforme a la regla de litispendencia del art. 31.2 CMR, el *Landgericht* Múnchen no era competente para conocer de la acción de AXA. Ésta, por el contrario, estimaba que el art. 35.3 R. impedía al juez holandés fiscalizar la competencia del juez alemán, dado que el criterio del orden público del art. 34.1 R. no puede aplicarse a las reglas de la competencia. El *Rechtbank* de Utrecht desestimó el recurso de TNT en 2007 (en esta fecha, el *Gerechtshof* de La Haya aún no se había pronunciado sobre el recurso de apelación interpuesto por TNT), acogiendo el argumento de AXA. TNT recurrió en casación contra el auto del *Rechtbank* de Utrecht ya que, a su juicio, este Tribunal no tuvo en cuenta que, vía art. 71.2.b) (párr. 2.º) R., el art. 31 CMR constituye una excepción a la prohibición de fiscalizar la competencia de órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen establecida en el art. 35.3 R. El *Hoge Raad* de los Países Bajos decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: determinar si el art. 71 R. debe interpretarse en el sentido de que las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un Convenio especial, así como la regla de la litispendencia del art. 31.2 CMR y la relativa a la fuerza ejecutiva del art. 31.3 CMR se aplican en un asunto como el litigio principal.

Aunque el *Hoge Raad* lo pidió, el TJCE no entró en el análisis del art. 31 CMR: su facultad de interpretación afecta sólo al Derecho de la UE, extendida a los Convenios celebrados por ésta, pero no a los celebrados entre Estados miembros con terceros Estados, como es el caso del CMR. Tampoco se halla vinculada la UE por sus disposiciones ya que no ha asumido las competencias ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de este Convenio, no conteniendo el CMR, además, ninguna cláusula atributiva de competencia interpretativa a favor del Tribunal de Justicia (apdos. 58-62, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Lo que sí hizo el TJCE fue interpretar

el alcance del art. 71 R. en relación con el art. 31 CMR, limitándose a condicionar la aplicación preferente de éste último al respeto a los principios del Derecho comunitario. Aunque el proceso que dio lugar a la cuestión prejudicial se hallaba en fase de ejecución, analizaremos aquí, brevemente, las relaciones entre estos dos preceptos también en materia de litispendencia y competencia judicial.

2. El respeto a los compromisos internacionales adquiridos antes de la entrada en vigor del Reglamento 44/2001 y su elaboración con base en las características específicas de las materias a las que afectan (apdo. 24, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*), justifican la respuesta del art. 71 R. de aplicación privilegiada de los Convenios anteriores relativos a materias particulares (la regla difiere, como es sabido, respecto de los posteriores). Ello supone, en sede de competencia judicial, la eventual atribución de competencia por parte de un Tribunal comunitario con base en el foro especial del Convenio específico tanto en ausencia de foro en el R. (STJCE de 28 de octubre de 2004, *Portbridge*; p. ej., *S. Landsgerich* Aquisgrán, de 26 de enero de 1976: competencia por cláusula de sumisión expresa válida de acuerdo con el CMR y no válida según el CB 68), como en su existencia (así, O'MALLEY, S., y LAYTON, A., *European civil practice*, 1989, pp. 861-862, respecto de foros exclusivos del Convenio especial; o STJCE de 16 de diciembre de 1980, *Rüffer*, respecto de foros alternativos; en otro sentido, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*). Lo mismo en sede de reconocimiento (apdo. 48, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*), en remisión a las condiciones específicas del Convenio particular (p. ej.: *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento en materia de obligaciones alimenticias*).

Ahora bien, no debe olvidarse que el objetivo básico del Reglamento 44/2001 es el buen funcionamiento del mercado interior (consid. 1). En lo que ahora nos ocupa, significa adecuar el alcance del art. 71 R. a los principios que inspiran la normativa de la que forma parte y que son la base de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el ámbito de la Unión (apdo. 51, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). O, lo que es lo mismo, el régimen del art. 71 R. sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la aplicación preferencial del régimen específico resulta acorde con el objetivo básico del Reglamento 44: un Convenio especial, por tanto, no puede conducir a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones del Reglamento 44, lo que justificaría su inaplicación y cesión a favor de las reglas del Reglamento 44/2001. Es lo que se desprende, asimismo, de aquella jurisprudencia del TJCE que impide invocar Convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros respecto de las relaciones entre los Estados miembros cuando ello vaya en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión (apdo. 84, STJCE de 6 de abril de 1995, *RTE*; apdo. 19, STJCE de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*).

3. La aplicación preferente del CMR no debería ser, pues, ilimitada. En sede de competencia judicial, sólo sería posible en aquellos casos en los que sus reglas tengan un alto grado de previsibilidad, faciliten la buena administración de justicia y permitan reducir el riesgo de procesos paralelos (apdo. 53, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Al respecto, nada que decir en relación con el foro especial del art. 31.1 CMR: no parece refido con la previsibilidad y la buena administración de justicia disponer que «...el demandante podrá escoger, fuera de las jurisdicciones de los países contratantes, designadas de común acuerdo [...], las jurisdicciones del país en el territorio del cual el demandado tiene su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte; o está situado el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para la entrega de la misma...». No es así, en cambio, en lo que se refiere a

la reducción del riesgo de procesos paralelos. La posibilidad de pluralidad de procesos en relación con el CMR es alta: la interpretación diferente que los distintos órganos jurisdiccionales hacen de sus disposiciones en materia de indemnización de daños y perjuicios puede provocar la búsqueda de aquel que sostenga la interpretación más favorable (HAAK, K., *The Liability of the Carrier under the CMR*, 1986, p. 250, sobre el art. 29 CMR, p. ej.). De ahí el art. 31.2 CMR regulador de la litispendencia a favor de la primera acción. Ahora bien, no está claro que, desde la óptica del CMR, exista litispendencia entre una acción declarativa de no responsabilidad y una acción de indemnización, que es el caso que nos ocupa, dada la interpretación estricta que algunos jueces hacen del término *misma causa* que emplea el art. 31.2 CMR (p. ej.: Sent. BGH de 20 de noviembre de 2003: no litispendencia; sí, *Court Appeal England & Wales*, de 23 de enero de 2001). La aplicación preferente del Convenio especial frente al Reglamento 44/2001 ex art. 71 R. podría conducir, pues, a procesos paralelos según art. 31.2 CMR, cuando desde la óptica del art. 27 R. las referidas acciones son sustancialmente incompatibles y, por tanto, litispendentes (así, apdos. 14-19, STJCE de 8 de diciembre de 1987, *Gubisch Maschinenfabrik*; o apdos. 37-45, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*; recuérdese que no estamos ante la posibilidad de recurrir al art. 27 R. en ausencia de norma de litispendencia en el Convenio especial; CERINA, P., «In tema di rapporti tra litispendenza e art. 57 nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 961; apdo. 25, STJCE de 6 de diciembre de 1994, *Tatry*).

4. Ya en materia de reconocimiento de resoluciones, la aplicación del CMR sólo sería posible en aquellos casos en los que se garantice, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el Reglamento 44, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (*favor executionis*) (apdos. 54-55, STJCE de 4 de mayo de 2010, *TNT*). Y eso es cuestionable en relación con el CMR de sostenerse el control de competencia del juez de origen como condición de reconocimiento ex art. 31.3 CMR, ausente en el art. 35 Reglamento 44/2001 y que quiso ser introducido por la parte vía orden público, algo expresamente prohibido en el Reglamento 44/2001. Así, puede entenderse que la alusión del art. 31.3 CMR a un «...litigio de los mencionados en el apdo. 1...», presupone implícitamente la verificación ex art. 31.1 CMR de la competencia del Tribunal de origen (así, MESSENT, A., y GLASS, D. A., *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 2000, 10.48 y nota 103; LOEWE, R., «Note explicative sur la Convention au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) du 19 mai 1956», *ETL*, 1976, p. 487). De ser así, la aplicación preferente del CMR frente al Reglamento 44/2001 comprometería el *favor executionis* que está detrás de la ausencia de control de competencia del juez de origen del art. 35 R. Piénsese, además, que del CMR no parece desprenderse la existencia de una cláusula de remisión al régimen más favorable al estilo del art. 23 *Convenio de La Haya de 1973 sobre alimentos*, p. ej. (con todo, cierto sector entiende que, aun no siendo expresa, esta regla puede deducirse de la propia naturaleza y función de las normas reguladoras del reconocimiento; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 2009, p. 178).

No obstante, no está claro que el CMR recoja realmente esta condición de exequátur, ya que la alusión que el art. 31.3 CMR hace al art. 31.1 CMR también puede entenderse tan sólo como referencia a los litigios a que pueda dar lugar el transporte regulado por este Convenio (apdo. 99 Concl. AG TNT). Es más, el CMR parece imponer como único requisito de reconocimiento la prohibición de la revisión de la causa (art. 31.3 CMR). De hecho, sólo añade que una resolución ejecutoria de un órgano

jurisdiccional de un Estado contratante resulta ejecutoria en el resto de Estados contratantes, siempre que se cumplan las formalidades prescritas a este efecto en el país interesado. No parece, pues, que la regulación de reconocimiento del CMR contenga una regulación completa, exhaustiva, exclusiva ni específica para el transporte. Ello permitiría recurrir tanto al procedimiento del Reglamento 44/2001 (algo ya contemplado en el propio art. 71 R., y ello aun cuando exista un procedimiento *ad hoc* en el Convenio específico), como a la valoración de ciertas condiciones a través del Reglamento 44, como el orden público. Es lo que se deduce de la remisión que hace el art. 31.3 CMR a las *formalidades* del Estado requerido en materia de reconocimiento (Concl. AG TNT). Se ajustaría ello, así y en mejor medida, al *favor executionis*.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ

2010-6-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de seguro.—Interposición de la demanda por parte de la aseguradora en su propio domicilio.—Comparecencia y no impugnación de la competencia por parte del tomador del seguro.—Sumisión tácita.

Preceptos aplicados: arts. 13, 24, 26 y 35 Reglamento 44/2001.

STJ de 20 de mayo de 2010, asunto C-111/09. Ponente: C. Toader.

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

[...] El objeto de esta cuestión es determinar si, incluso en lo que respecta a los litigios a los que se aplican las reglas de competencia especial establecidas en el Reglamento núm. 44/2001 [...] la comparecencia del demandado que no impugna la competencia del juez que conoce del asunto constituye una prórroga tácita de la competencia [...].

[...] a pesar de que, en los ámbitos a que se refieren las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento las reglas de competencia tienen la finalidad de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada [...] no puede imponerse a esta parte la competencia judicial determinada en dichas secciones.

[...] habida cuenta del objetivo de las reglas de competencia formuladas en las secciones 3 a 5 del capítulo II de dicho Reglamento, que consiste en ofrecer una protección reforzada a la parte que se considera más débil, el juez que conoce del asunto siempre está autorizado a asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer.

[...] procede responder a la segunda cuestión que el artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de la sección 3 del capítulo II de dicho Reglamento debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia.

Nota. 1. La sentencia objeto de comentario trae causa en la acción ejercitada el 14 de abril de 2008 por la aseguradora checa Česká podnikatelská pojist'ovna as Vienna Insurance Group contra el señor Bilas, tomador del seguro domiciliado en la Re-

pública Eslovaca. La aseguradora interpone la demanda ante el tribunal de su propio domicilio que, en principio, carece de competencia judicial para conocer del supuesto planteado. Sin embargo, el demandado comparece para defenderse en cuanto al fondo y no propone excepción de incompetencia. Ante esta situación, el tribunal checo manifiesta su preocupación por no poder examinar de oficio su propia competencia y, para solventar sus dudas, decide plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJCE, de las cuales el Tribunal resuelve la segunda. En concreto el tribunal checo plantea si, en el supuesto en que exista un tribunal competente de conformidad con las normas de la sección 3.^a del capítulo II del Reglamento, puede el demandado, por el hecho de comparecer en el procedimiento y no proponer excepción de incompetencia, fundar la competencia del tribunal en el sentido del art. 24. El TJCE, resuelve la cuestión estableciendo, en esencia, que el tribunal ante el que se somete un litigio contraviniendo las reglas específicas en materia de seguros debe declararse competente si el demandado comparece y no impugna la competencia, por constituir, esta comparecencia, una sumisión tácita de conformidad con el precepto; y señala, a mayores, que el tribunal siempre puede informar al demandado sobre las consecuencias que comportará su falta de impugnación.

En la presente nota examinaremos las consideraciones del TJCE en torno a la prorrogación tácita de la competencia en materia de seguros analizando: de un lado, la posibilidad y requisitos de aplicación del art. 24 del Reglamento 44/2001 en aquellos supuestos en los que concurre una parte débil y, de otro, la interrelación entre la voluntad real de las partes y el factor de economía procesal, presentes en la aplicación de la sumisión tácita.

2. La resolución objeto de comentario resulta relevante por cuanto, pese a que la prevalencia del art. 24 del Reglamento 44/2001 sobre los foros de protección ha sido siempre una realidad asumida por la doctrina de forma unánime (véase, entre otros, Informe JENARD, *DOCE* C 189, de 28 de julio de 1990, p. 156; GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, La Ley, 1986, p. 121; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, 2009, p. 74), es la primera vez que el TJCE se pronuncia expresamente sobre este extremo. Si bien es cierto que existen otras resoluciones sobre seguros, consumidores o trabajo en las que concurre la sumisión tácita (véase asunto *Gerling*, STJCE de 14 de julio de 1983, asunto C-201/82, Recueil 1983, p. 615), la comparecencia de la parte débil como demandado ante un tribunal en principio incompetente y la consiguiente atribución de competencia al mismo, no había sido analizada con anterioridad por el TJCE. Del propio tenor literal del art. 24 del Reglamento 44/2001 se extraen los supuestos, entre los que no se encuentra el de la concurrencia de un *foro de protección*, en los que la comparecencia del demandado no implica la atribución de competencia al tribunal: los casos en los que exista otra jurisdicción exclusivamente competente y aquellos en los que la comparecencia tenga por objeto impugnar la competencia. En el supuesto que nos ocupa el demandado comparece, circunstancia que provoca, como acertadamente advierte el tribunal checo, que el juez no pueda verificar de oficio su propia competencia (véase, para un análisis profundo, ARENAS GARCÍA, R., *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, 1996, pp. 147 a 155); y se defiende en cuanto al fondo sin plantear excepción de incompetencia, lo que conlleva, tal y como establece el TJCE, la prórroga tácita de la competencia.

El acuerdo atributivo de jurisdicción en los supuestos en los que, como en la resolución anotada, existe una parte contractual débil, debe cumplir una serie de requisitos adicionales. En concreto, en el ámbito del contrato de seguro, el art. 13

del Reglamento 44/2001 posibilita la sumisión de las partes del contrato de seguro a un tribunal distinto del fijado en los artículos que le preceden, entre otros supuestos, en aquellos en los que el acuerdo es posterior al nacimiento del litigio. Esta posibilidad es la que ha llevado a la doctrina a aceptar la sumisión tácita en la materia, ya que aquí, en todo caso, el acuerdo entre las partes tiene lugar con posterioridad al nacimiento del litigio (véanse, en este sentido, GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4.^a ed., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 154; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 306). Frente a esta consideración, ciertos autores precisan, aun admitiendo la sumisión tácita en la materia, que no estaríamos ante uno de los convenios posteriores al nacimiento del litigio [véase, al respecto, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Comentario al art. 12 del Convenio de Bruselas», en CALVO CARAVACA, A. L. (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 247-259, p. 254], la idea que estaría tras esta consideración es que, en puridad, no se trataría de un «acuerdo», sino de una voluntad coincidente de las partes manifestada unilateralmente. Al margen de consideraciones terminológicas, y a pesar de que no se recoge expresamente en la resolución, ésta es la idea que está, también, tras el pronunciamiento del TJCE.

3. Más interesante resulta la idea apuntada por el TJCE al hilo de ciertas observaciones realizadas por los gobiernos checo y eslovaco, orientadas a descifrar la verdadera voluntad del demandado parte débil. En este sentido, ambos gobiernos proponen que el tribunal llamado a conocer de un asunto para el que, en principio, no fuese competente, verifique de oficio que la manifestación de la voluntad de sometimiento del demandado parte débil es consciente. El TJCE señala al respecto que este deber sólo podría imponerse si se estableciese una regla expresa en el Reglamento 44/2001 y, a su vez, recuerda que el juez ante el que se somete un asunto en estas circunstancias siempre puede asegurarse de que el demandado tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer. La idea de que el juez informe sobre este extremo ya había sido esbozada por la doctrina con anterioridad (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 306) y se encuentra amparada por una interpretación teleológica del Reglamento debido a la finalidad tuitiva de las normas en materia de seguros. Sin embargo, como bien apunta el TJCE, a falta de norma que expresamente recoja esta obligación, la advertencia al demandado sobre las consecuencias de su comparecencia es una facultad que, si bien resulta recomendable en aras de la protección de la parte débil, se deja al arbitrio del juez. No obstante, no debemos pasar por alto que, a pesar de que el TJCE se centra en el elemento volitivo, la sumisión tácita es una ficción legal que presenta, junto con el principio de la voluntad de las partes, un elemento de economía procesal importante (véase ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 150). En este sentido la sumisión tácita se configura como una regla de preclusión de la impugnación de competencia que impide plantear cuestiones sobre este extremo durante el proceso, de modo que la competencia del juez queda fijada al inicio (véase, en este sentido, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 305). Así, no basta con que el demandado tenga intención de no someterse, sino que, siempre que comparezca, como ocurre en el caso analizado, esta intención debe manifestarse mediante el cauce procesal adecuado y en el momento procesal oportuno; como es bien sabido en el supuesto de que no comparezca será el tribunal el que deberá verificar de oficio su propia competencia. El cauce procesal adecuado para plantear la excepción de competen-

cia y el momento procesal en el que ha de plantearse son cuestiones que dependen, con los límites establecidos por el TJCE y en la medida en que no supongan un obstáculo a la aplicación del Reglamento, de la *lex fori* (en este sentido véase GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *op. cit.*, p. 130, y ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 153; en sentido contrario y sobre la disyuntiva doctrinal al respecto, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., «Alcance material del art. 18 CB sobre los medios procesales de impugnación de la competencia judicial internacional», *Diario la Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-385, t. VI). Por tanto, a pesar de que el TJCE ha llevado tradicionalmente a cabo una interpretación flexible de los supuestos en los que se considera que el demandado impugna la competencia para evitar que una defensa subsidiaria en cuanto al fondo provoque, precisamente, una sumisión involuntaria (véanse, en este sentido, asunto *Elephanten*, STJCE de 24 de junio de 1981, asunto C-150/80, Recueil 1981, p. 457 y asunto *Rohr/Ossberger*, STJCE de 22 de octubre de 1981, asunto C-27/81, Recueil 1981, p. 66), el amplio margen que se le concede al demandado para que lleve a cabo esta impugnación no es absoluto, sino que, debido a la configuración de la sumisión tácita como una regla de preclusión, está supeditado a unas condiciones de forma y tiempo que dependen de los respectivos Derechos nacionales y que provocan que la voluntad resulte irrelevante si los límites que establecen son rebasados. Este principio de economía procesal que se encuentra tras la sumisión tácita no desaparece por la concurrencia de una parte débil, si bien es cierto que su dimensión volitiva, tendente a desentrañar la verdadera voluntad del demandado, puede precisar una implicación mayor del juez en aras de la protección de la parte débil. En la sentencia anotada el demandado no llevó a cabo ninguna actuación que indicase que tuviese intención de impugnar la competencia, ni siquiera a través de un cauce procesal o en un momento procesal inadecuados, al contrario, compareció ante el tribunal checo para defenderse en cuanto al fondo sin manifestar en ningún momento su falta de conformidad, por lo que no hay duda de que su comparecencia comporta, a todos los efectos, una prorrogación tácita.

4. En definitiva, la sentencia anotada resulta significativa por reconocer, expresamente, la posibilidad de que el demandado parte débil se someta tácitamente a un tribunal distinto del que recogen los foros de protección. Nos encontramos ante un pronunciamiento previsible, pero acertado, que evidencia una realidad ya asumida por la doctrina. No obstante cabe preguntarse, por lo que respecta a la verdadera voluntad de sometimiento del demandado parte débil, hasta qué punto debe ser tenida en cuenta y hasta dónde debe llegar la función del juez en orden a averiguar este extremo, habida cuenta de que: no existe una norma expresa que recoja una obligación para el juez en este sentido y la prorrogación tácita es, además de un mecanismo de atribución de competencia, una ficción legal que trata de evitar posibles contingencias en relación con la competencia durante la sustanciación del proceso.

Paula PARADELA AREÁN

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2010-7-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Compraventa de mercancías entregadas en las instalaciones del vendedor. Reglamento 44/2001: lugar de cumplimiento de la obligación contractual.

Preceptos aplicados: art. 5.1.b), primer guión del Reglamento 44/2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 448/2009 de 24 de septiembre. Ponente: Eduardo Navarro Peña.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2009\444884

[...] Consta acreditado por la prueba documental aportada por la mercantil actora con el escrito inicial de demanda y el reconocimiento expreso efectuado por la demandada al formular su escrito de planteamiento de cuestión de competencia por declinatoria, que las mercancías compradas por esta última fueron retiradas de las instalaciones de la vendedora en la localidad zaragozana de Terrer mediante camiones de una empresa de transporte contratada al efecto por la ahora demandada apelante, quien abonó los portes correspondientes.

No constando acreditado por las pruebas obrantes en autos pacto expreso entre las partes litigantes acerca del lugar en que debían ser entregadas las mercancías objeto de dichos contratos de compraventa, extremo que tampoco queda determinado por el citado Reglamento CE, lo que tampoco queda fijado por el Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Convenio CMR), al que alude la parte demandada para fundamentar su recurso de apelación contra la sentencia de instancia, tal cuestión ha de ser resuelta conforme a las normas del ordenamiento jurídico español, tal como señala con acierto el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de los de Calatayud al resolver la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la mercantil demandada, normas que son las contenidas en los artículos 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como en los artículos 337, 338 y 339 del Código de Comercio, y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, según las cuales el pago del precio de una compraventa ha de hacerse en el lugar en que se haga entrega de la cosa vendida, entrega que en el caso de autos ha de entenderse realizada en la localidad zaragozana de Terrer, en la que tiene su sede la vendedora, lugar en que la mercancía fue retirada por la compradora mediante una empresa de transportes por carretera por ella contratada a tal fin, que actuó al efecto como mandataria de aquella, que se hizo cargo de los costes de dicho transporte.

Nota. 1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza es una prueba más del carácter controvertido del art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001. Dicha decisión judicial se añade a la lista de ejemplos de cómo las intenciones y el esfuerzo del legislador comunitario de eliminar las posibles controversias que presentaba el art. 5.1 del Convenio de Bruselas han creado otras cuestiones conflictivas en la aplicación del art. 5.1.b) R 44/2001. En el litigio se enfrentan la entidad mercantil «Bodegas y Vinos

Ángel Luis Pablo Uriol, S. L.», constituida de acuerdo con el Derecho español y con domicilio social en Terrer (Zaragoza), y la sociedad «Vins Duprat Frères, S. A. R. L.», constituida conforme al Derecho francés y con domicilio social en Bayona (Francia). Ambas entidades celebran tres contratos de compraventa de determinadas mercancías. El comprador, «Vins Duprat Frères, S. A. R. L.», contrata el transporte y recoge la mercancía de las instalaciones del vendedor, «Bodegas y Vinos Ángel Luis Pablo Uriol, S. L.», en Terrer (Zaragoza). La sociedad francesa no paga el precio pactado y la entidad española presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza. La parte demandada considera que los órganos judiciales españoles no tienen competencia y presenta una declinatoria. El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición y procede a analizar las cuestiones de fondo, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora. Como consecuencia, ésta última presenta recurso de apelación alegando falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

2. El problema, sobre el que versa el litigio, es precisar cuál es el lugar de entrega de las mercancías, para poder, aplicando la letra *b*) del art. 5.1 R 44/2001 determinar el tribunal competente. Una de las razones que motivó la modificación del art. 5 CB y la introducción de los preceptos de la letra *b*) era evitar la posibilidad de que más de un tribunal tenga competencia para resolver litigios en materia de compraventa de mercancías (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 479; HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Rev. Esp. Der. Eur.*, núm. 9, 2004, pp. 55-84, pp. 68-70). La complejidad de la norma deriva de dos circunstancias que explican el carácter versátil del art. 5.1*b*). Por un lado, está la expresión «salvo pacto en contrario» (que no es objeto de la presente nota) y, por otro lado, la expresión «lugar de entrega de las mercancías». Para determinar dicho lugar se han de tomar en consideración tanto el acuerdo contractual, como los hechos sobre los que se desarrolla el caso. Si ambos lugares, el actual y el previsto en el contrato, coinciden, los tribunales de dicho Estado tendrán competencia judicial internacional. En el presente caso, sin embargo, de las pruebas presentadas por ambas partes no se desprende que los contratantes establecieran en el contrato un lugar de entrega. Lo que sí se prueba es que el comprador contrató el transporte y recogió las mercancías de las instalaciones del vendedor. En este punto, la Audiencia Provincial considera que para determinar el lugar en el que se debían entregar las mercancías se han de aplicar las disposiciones previstas en la normativa española (arts. 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como los arts. 337, 338 y 339 del Código de Comercio), sin acudir antes a las normas de conflicto, decisión aceptada por una parte de la doctrina y negada por otra.

3. El problema viene provocado por la ambigua redacción del art. 5.1*b*) guiño primero del R 44/2001, que ha llevado a diferentes interpretaciones. En la misma frase se lee que el lugar de entrega en los contratos de compraventa de mercancías es «el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o deberían entregarse las mercancías». Una parte de la doctrina (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2007, pp. 154-155; HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo foro...», *op. cit.*, pp. 77-79) considera que en el caso de que las partes no hayan previsto en el contrato dicho lugar el lugar de ejecución se determinará de acuerdo con el Derecho aplicable al contrato según las reglas de Derecho internacional privado del foro. El tribunal competente, en el presente caso, debía haber aplicado el art. 4.2 Convenio de Roma de 1980 que lleva a la ley del Estado en el que la parte que ha de realizar la prestación característica tiene su residencia habitual. En el contrato de compraventa de mer-

cancias la prestación característica es la entrega de las mercancías que realiza el vendedor. Consecuentemente, la ley aplicable al contrato es la ley española. Según los arts. 1.171, 1.462 y 1.500 del Código Civil, así como los arts. 337, 338 y 339 del Código de Comercio, tal y como establece en la sentencia la Audiencia Provincial, «el pago del precio de una compraventa ha de hacerse en el lugar en que se haga entrega de la cosa vendida, entrega que en el caso de autos ha de entenderse realizada en la localidad zaragozana de Terror». Consecuentemente, son competentes los tribunales españoles.

4. Tal interpretación se niega por la parte de la doctrina que hace hincapié a la expresión «según el contrato» (ARENAS GARCÍA, R., «Observaciones» a la STJCE de 3 de mayo de 2007», *ADIPR*, 2007, pp. 919-929; FACH GÓMEZ, K. «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», *Rev. Der. Com. Eur.*, núm. 7, 2003, pp. 181-222, p. 205). Dicha expresión limita el precepto tan sólo a los casos en los que en el contrato se determina el lugar de entrega de las mercancías. Si este detalle falta, la letra *b)* primer guión es inaplicable y se ha de ir a la letra *a)* del art. 5.1, interpretación que yo, personalmente, considero más acertada.

5. En la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de esta nota, las partes no determinan un lugar de entrega de las mercancías. En este caso, el Tribunal debía haber aplicado la letra *a)* y no la letra *b)* del art. 5.1. El precepto atribuye competencia judicial internacional a los tribunales del Estado en el que se ha de cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. La atribución de la competencia judicial al tribunal del lugar en el que se hubiera cumplido o debiera cumplirse la obligación que sirve de base de la demanda se justifica por la proximidad que tiene dicho órgano jurisdiccional con el conflicto. En este contexto, el elemento crucial establecido en el art. 5.1.a), es el cumplimiento de la obligación que motiva la acción procesal del demandante. La obligación que sirve de base de la demanda, en el litigio que da lugar a la sentencia, objeto de esta nota, es el impago parcial de la suma debida, que tenía que realizar el comprador; la sociedad «Vins Duprat Frères, S. A. R. L.». Del texto de la sentencia no queda claro dónde la entidad francesa debía haber pagado el precio. Si el pago parcial se ha realizado en España, que es lo más probable, son competentes los tribunales españoles.

6. Gracias a las circunstancias del caso, ambos preceptos atribuyen competencia a los tribunales españoles. No habría sido ésta la respuesta, si el pago se hubiera realizado en Francia o en otro Estado, por ejemplo en la cuenta de la sociedad en un banco suizo. El presente caso una vez más demuestra que el art. 5.1.b) en vez de cumplir con su objetivo principal, crea problemas adicionales y que, según la interpretación, puede atribuir competencia a distintos tribunales.

Vèsela ANDREEVA ANDREEVA

2010-8-Pr

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Demanda de divorcio de matrimonio de marroquíes con residencia en España por violencia de género; falta de formulación por el demandado de declinatoria; alimentos a los hijos y reducción de la cuantía: no debe estimarse: pensión adecuada a los ingresos del deudor y la situación de la madre y la hija; no debe estimarse el régimen de visitas; falta de constancia de que el padre tenga domicilio en España.

Preceptos aplicados: arts. 63 y 64 de la LEC; arts. 9 y 107 del Código civil; art. 87 ter. 5 de la LOPJ; Código de Familia Marroquí.

Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12.^a), núm. 611/2009, de 29 de septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho.

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2009/452257.

Segundo [...] El apelante solicita que se fije un régimen de visitas lo más amplio posible, especialmente en épocas de vacaciones, a fin de tutelar el interés de la menor Aya, de 2 años de edad, a relacionarse con su padre y sus abuelos paternos. No obstante, se considera conveniente no fijar un régimen de visitas a favor del padre, dado que no consta que tenga domicilio en España, con los consiguientes problemas que se podrían producir y el peligro de llevarse a la niña fuera del territorio nacional, sin perjuicio de que, una vez tenga domicilio en España pueda establecerse un régimen de visitas a través del cauce procesal procedente [...].

Tercero [...] Nos encontramos ante una pretensión relativa al Código de Familia de Marruecos, en cuyo artículo 189 se regula la pensión de alimentos, en la que se incluye la alimentación en sentido estricto, la ropa, los cuidados y todo lo que sea indispensable, así como la educación de los niños, teniendo en cuenta sus posibilidades, estableciéndose en su apartado segundo el criterio de proporcionalidad en la fijación de los alimentos, teniendo en cuenta los ingresos del deudor, la situación del acreedor, el nivel de los precios y los usos y costumbres existentes en el medio en el cual se fija la pensión [...].

La presente nota se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar». La autora agradece al señor D. R. Landa Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 5 de Manresa por el envío de la Sentencia de primera instancia.

Nota. 1. La Sentencia de la AP objeto de comentario constituye un ejemplo de la dualidad competencial civil-penal de los juzgados de violencia de género que introdujo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y los problemas que plantea la jurisdicción mixta ante una situación privada internacional. El art. 87 ter de la LOPJ, introducido por LO 1/2004, regula la competencia en el orden penal y otorga una *vis* atractiva a este juzgado especializado de determinados procesos civiles vinculados a la situación de violencia de género. Sin embargo, las reglas vigentes para una situación privada internacional cuando la víctima de este tipo de delitos es extranjera han quedado relegadas por la Ley integral 1/2004. Ello no es óbice para que estos juzgados mixtos se atribuyan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales por el Regla-

mento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España», *AEDIPr.*, vol. 4, 2004, pp. 261-285) o, en su defecto, por las normas de competencia judicial internacional del Derecho autónomo (art. 22 de la LOPJ). Así, el juzgado competente territorialmente del domicilio de la víctima (art. 15 bis de la LECrim.) conocerá tanto del proceso penal como del pleito civil, aunque no debe escapar a la aplicación de la normativa de DIPr., cuando la víctima sea extranjera y solicite el divorcio.

2. En virtud del art. 107 del CC, la nacionalidad marroquí común de los cónyuges conduce a la aplicación de la *Mudawana* o Código de Familia Marroquí (en adelante CFM) para disolver su matrimonio. Existen numerosas obras en España dedicadas al estudio del Estatuto personal y de Sucesiones del país vecino [véanse RUIZ SUTIL, C., y RUEDA VALDIVIA, R., *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería de Igualdad y Bienestar Social, 2008; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio», *AEDIPr.*, 2006, vol. 6, pp. 977-979]. La experiencia de nuestros tribunales en divorcio de marroquíes permite advertir cierta familiaridad con el Derecho marroquí y sea plasmado en sus decisiones judiciales (véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., y OUALD ALI, K., «Comentarios a sentencias de divorcio de matrimonio de marroquí residente en España», *AEDIPr.*, 2006, pp. 983-989).

Centrándonos en la cuestión particular de la ley aplicable al divorcio, la demandante alega los arts. 94 a 97 CFM correspondientes al divorcio «*chiiqaq*», traducido por desacuerdo o disensión. Si bien, para el supuesto particular de violencia de género, hubiera sido más coherente invocar el divorcio por perjuicio o sevicias del art. 98.2 CFM, entendiéndolo por tal el incumplimiento del contrato matrimonial y cualquier conducta del esposo que sea contraria a las buenas costumbres, como causar un daño material y/o moral a la esposa que haga imposible la vida conyugal (art. 99 CFM). Una sentencia española basada en el divorcio causal del art. 98.2 CFM tampoco tendría demasiados obstáculos para ser reconocida posteriormente en Marruecos.

3. Alegar el divorcio por disensión conforme al Derecho marroquí ofrece una dificultad: la obligatoriedad del intento de conciliación previo antes de decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial, conforme a lo dispuesto en el art. 94 CFM, originando un problema calificadorio. Si se considera la conciliación en el marco del proceso de divorcio como un acto procesal quedará sometido a lo establecido en la propia ley del foro, según el principio de estricta territorialidad de las leyes procesales (*lex fori regit procesusum*) establecido en el art. 8.2 CC (en general, véase CASTELLANOS RUIZ, E., «Ley aplicable al proceso y el art. 3 de la LEC 1/2000», *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 239-250; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Pamplona, Civitas-Thomson, 2007, pp. 401-407). En cambio, si se califica como una materia sustantiva quedaría sujeta a la ley reguladora del divorcio. En Derecho español, existe la mediación familiar (arts. 770.1 y 777.2 de la LEC) como alternativa al proceso judicial de separación y divorcio, donde las partes voluntariamente llegan a acuerdos debidamente formalizados. Otra de las figuras con perfiles afines a la mediación, pero con rasgos distintivos, es la conciliación judicial regulada en el art. 771.2 LEC, dentro del marco del proceso de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio o la prevista al iniciar la vista del art. 428 LEC, pues el Juez exhorta a las partes a llegar a un acuerdo. Ciertamente, la potestad conciliadora que se reconoce a la autoridad judicial para que intente un acuerdo de las partes no debe confundirse, en ningún caso,

con la labor mediadora, que no realiza, ni debe realizar en ningún caso, la autoridad judicial cuando actúe investida con tal carácter. La institución española más cercana a la marroquí es la conciliación judicial, aunque posee una finalidad distinta de la pretendida reconciliación del art. 94 del CFM.

La posibilidad de conciliación, a nuestro juicio, quedaría sometida al ámbito natural de la *lex fori regit processum*, porque entronca directamente con la organización del sistema judicial, con las consecuencias de las actividades procesales y con la función asignada a esta institución en el marco de los procesos matrimoniales y de menores. De esta manera se facilita una mayor fluidez y seguridad en el proceso, puesto que el juez aplica su propio Derecho para regir el desarrollo del proceso. Desde el punto de vista práctico, la solución del órgano judicial español es más inmediata: no cabría mediación en caso de violencia de género, según el art. 87 ter. 5 de la LOPJ, funcionando dicho precepto prohibitivo como una norma material imperativa. La AP, y también en primera instancia, termina por inadmitir los dos intentos de conciliación previstos en el art. 94 del CFM. No obstante, la prohibición establecida en la LOPJ no se refiere a la conciliación judicial, sino a la mediación, aunque la respuesta otorgada por nuestros jueces es firme: se rechaza cualquier línea pacificadora entre cónyuges cuando existen malos tratos.

4. La incompleta técnica de los órganos jurisdiccionales españoles sobre la correcta aplicación del DIPr: se aprecia tanto en las cuestiones relativas a los derechos de custodia, así como en el tema de pensión alimenticia. En cuanto a la competencia judicial internacional de los derechos de guarda y visita de los hijos menores residentes en España viene determinada por el art. 8 del Reglamento (CE) 2201/2003. En materia de alimentos, el foro queda fijado por la residencia habitual del acreedor en España (art. 22.3 LOPJ), debido a que el demandado está domiciliado en Marruecos y no es posible utilizar los foros del Reglamento 44/2001. Por su parte, las cuestiones de derecho aplicable de guarda y derecho de visita quedan resueltas por la ley de residencia habitual del hijo menor conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores. Mientras que el art. 4 del Convenio de La Haya de 1973 de ley aplicable a las obligaciones alimenticias remite a la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, es decir, la normativa española. En este punto, conviene que destaquemos que los órganos españoles no resuelven el conflicto interregional que se produce entre el Código civil y la normativa autonómica, aunque acaban aplicando el art. 267 del Código de familia catalán e introduciendo en la misma argumentación el Derecho marroquí (art. 189 del CFM). Ello conduce, una vez más, a una técnica deficiente respecto del DIPr.

5. Para terminar, queremos resaltar un extremo de la Sentencia de la AP que nos ha llamado la atención: el no establecimiento del derecho de visita transfronterizo. El interés del hijo menor es el principal criterio interpretativo para articular el ejercicio de su derecho de relación con ambos padres, en acatamiento de lo preceptuado en el art. 10.2 del Convenio de los derechos del niño. La desconfianza es inevitable cuando la regulación de las relaciones familiares responde a diferencias de cultura entre los Estados implicados, lo que puede conllevar que, ante un desplazamiento ilícito, no se proceda a la devolución de los hijos. Ante este tipo de recelos, el órgano jurisdiccional podría haber delimitado el ejercicio del derecho de visita a España, lugar de residencia habitual de la hija, aunque una parte de la doctrina es contraria a la delimitación territorial del ejercicio del derecho de visita (MOYA ESCUDERO, M., «Desplazamiento ilegal a Marruecos de los hijos e hijas de madres marroquíes», en RUIZ SUTIL, C., y RUEDA VALDIVIA, R., *Situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 200, pp. 291-306). Incluso

admitiendo el derecho de visita transfronterizo, se plantean dificultades para la entrada y permanencia en España del progenitor visitante, conforme a la restricciones existentes en la Ley de extranjería. Ante la ineficacia del mecanismo convencional existente entre España y Marruecos y el peligro de no devolución (véase MOYA ESCUDERO, M., y ZEKRI, H., «Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos», *REDI*, vol. XLIX, 1997-2, pp. 369-377, no podemos criticar severamente a las autoridades judiciales españolas que limiten a nuestro territorio el derecho visita, ya que lo deseable es que funcionara el Convenio bilateral específico para tal cuestión.

Carmen RUIZ SUTIL

2010-9-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Modificación de medidas relativas a obligaciones alimenticias. Reglamento 2201/2003. Reglamento 4/2009. Reglamento 44/2001, art. 5.2.—Alimentos.

Preceptos aplicados: el art. 8 Reglamento 2201/2003, art. 3.a) y b) Reglamento 4/2009.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 64/2010, de 26 de febrero. Ponente: José Ángel Chamorro Valdés.

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2010\166579.

[...] La cuestión que hay que dilucidar es si el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 80 tiene jurisdicción para conocer la demanda de modificación de medidas interpuesta por la representación de Don Antón el día 24 de junio de 2009 en la que se pide lo siguiente: a) una suspensión temporal del pago de alimentos por imposibilidad sobrevenida comprometiéndose a su abono con cargo a su parte en los bienes gananciales; b) y subsidiariamente reducir la pensión de alimentos a la cantidad de 30 euros que equivaldría al 20 por 100 de los ingresos percibidos por el Sr. Antón y sucesivamente ir incrementando dicho porcentaje una vez que vaya a mejor fortuna; c) a elección de la demandada, proceder al cálculo de los meses desde la edad actual de su hija hasta que cumpla los 24 años y con el importe total de esa cantidad proceder al reconocimiento de deuda con la posterior liquidación de los bienes gananciales. Se trata con esta demanda de modificar la estipulación cuarta del Convenio de 10 de julio de 2008 aprobado por la sentencia de 16 de septiembre del mismo año, en cuya estipulación cuarta se establece una pensión alimenticia de 200 euros mensuales actualizables con cargo al antedicho y a favor de la hija Joaquina. Hay que partir de que la demandada y la hija residen en el que constituyó domicilio conyugal sito en Mainz (Alemania).

La parte apelante esgrime en apoyo de su pretensión revocatoria los arts. 61, 769 y 775 de la LEC, pero la solución viene dada por el artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo que establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. La hija del matrimonio, Joaquina, en el momento de interponerse la demanda que ha dado lugar a la resolución que nos ocupa residía habitualmente en Mainz (Alemania), tal como se desprende de la estipulación

segunda del Convenio citado en relación con el domicilio de la demandada designado al principio de la demanda, por lo que de conformidad con el artículo mencionado la competencia para conocer de la demanda la tiene el órgano jurisdiccional que corresponda a Mainz (Alemania). También se llega a la misma conclusión si aplicamos los criterios contenidos en los apartados a) y b) del artículo 3 del Reglamento n.º 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, cuya aplicación se iniciará, en general, a partir de 18 de junio de 2011 (artículo 76). Efectivamente el artículo 3 en su apartado a) establece que serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual y el apartado b) atribuye la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual.

Nota. 1. El Auto, objeto del presente comentario, es una muestra de las dificultades que se plantean en la práctica judicial en relación con la aplicación de los diferentes instrumentos comunitarios en cuestiones relativas al matrimonio y a la responsabilidad parental. En el presente caso el recurso de apelación que interpone el Sr. Anton es contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, del 29 de julio de 2009, que no admite la demanda presentada por el apelante por considerar que los órganos competentes para pronunciarse sobre el fondo del asunto no son los españoles, sino los del lugar en el que el demandado o el acreedor tenga su residencia habitual. El apelante pide que se declare competente del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda de modificación de la obligación de alimentos que éste tiene hacia su hija, Joaquina, que reside con su madre y demandada en este caso, en Mainz, Alemania. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma el Auto del Juzgado de Prima Instancia. Lo curioso, sin embargo, son los argumentos jurídicos utilizados para justificar la decisión. El Tribunal basa su decisión, por un lado, en el art. 8 del Reglamento 2201/2003 y por otro, en el art. 3 del Reglamento 4/2009. No obstante, en el presente caso no cabe aplicar ninguna de estas dos normas.

2. En primer lugar, no procede la aplicación del Reglamento 2201/2003. Dicho instrumento regula la competencia judicial internacional en materia matrimonial y responsabilidad parental. En el art. 1 el legislador comunitario determina el ámbito de aplicación material del Reglamento, al establecer que éste se aplica a las cuestiones relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Las cuestiones relativas a la responsabilidad parental se resuelven por los tribunales determinados por la Sección 2.^a La regla general, prevista en el art. 8, y que aplica la Audiencia Provincial, establece que en dicha materia son competentes los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor. El litigio, sin embargo, versa sobre obligaciones de alimentos. Para saber si es de aplicación en este supuesto el art. 8 R 2201/2003 es imprescindible acudir al punto 2 del art. 1 R 2201/2003. La norma especifica qué se entiende por responsabilidad parental y determina que incluye las cuestiones relacionadas con el derecho de custodia y el derecho de visita; con la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; con la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; con el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y con las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Sin embargo, el punto 3 del art. 1 en su letra e) de manera expresa establece que el Reglamento *no* se aplica a

las obligaciones de alimentos, que es precisamente el objeto de este litigio. Por tanto, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles no se puede determinar sobre la base del Reglamento 2201/2003.

3. En segundo lugar, tampoco procede aplicar el Reglamento 4/2009 a pesar de que regula los temas de competencia judicial internacional, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. El objeto del presente asunto entra en el ámbito de aplicación material de este instrumento comunitario, de acuerdo con el art. 1. El problema que surge, sin embargo, es que el Reglamento se aplica a partir del 18 de junio de 2011. Por tanto, en el momento de presentación de la demanda tal instrumento comunitario no ha entrado todavía en vigor y por esto no se puede aplicar.

4. En el presente caso para determinar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de la demanda procede aplicar el Reglamento 44/2001. En su art. 1.2.a) se establece que se excluyen de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas al estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales y las sucesiones. Es decir, el Reglamento no regula las demandas de separación, nulidad o divorcio, ni tampoco la responsabilidad parental. El art. 5.2, sin embargo, determina la competencia judicial internacional a las reclamaciones de alimentos que pueden presentarse en el curso de una crisis matrimonial. En el presente caso el Reglamento se aplica puesto que se cumple el requisito previsto de la regla general del art. 2 y no se da ninguna de las excepciones de esta regla, es decir, el demandado, la madre de la acreedora de los alimentos, tiene su domicilio en un Estado miembro, Mainz, Alemania.

5. La noción de alimentos es un concepto propio del Reglamento. En su jurisprudencia el TJUE hace una interpretación amplia del concepto e incluye en esta categoría las cuestiones relativas a las pensiones compensatorias a favor de uno de los cónyuges, así como los referentes a los hijos (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, 1996, pp. 41-64; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado*, 2004, pp. 110-113). El objeto de la demanda que interpone el señor Antón es precisamente la reducción de las obligaciones de alimentos que debe a su hija, Joaquina. Consecuentemente, el art. 5.2 se aplica en el presente supuesto para determinar si son o no competentes los tribunales españoles.

6. Los órganos judiciales españoles pueden conocer de la demanda por tres vías diferentes. En primer lugar, de acuerdo con la regla general del art. 2, cuando el demandado está domiciliado en España. La parte demandada es la madre de Joaquina y tiene su domicilio en Mainz, Alemania. Por tanto, por este foro los tribunales españoles no son competentes. En segundo lugar, podrán conocer de la demanda si se da alguno de los supuestos, previstos en el art. 5.2. Por un lado, la norma establece que son competentes en materia de alimentos los tribunales del Estado miembro en el que el acreedor tiene su domicilio o residencia habitual. El acreedor es la hija del demandante, Joaquina, que tiene su residencia habitual en Mainz, Alemania. Así que, por esta vía los órganos judiciales españoles tampoco son competentes. La última posibilidad es que el criterio específico del art. 5.2 remite al Derecho español, es decir, que la cuestión de los alimentos se presente junto con la demanda inicial a una acción relativa al estado de la persona, que tampoco se dan en este caso. Por tanto, de acuerdo con los criterios previstos en el art. 5.2 R 44/2001 los tribunales españoles no pueden conocer de la demanda.

7. La última posibilidad es que las partes se sometan de manera expresa o tácita a la jurisdicción española. El Auto no contiene dato alguno que indique la presencia de una sumisión expresa o tácita de las partes. En definitiva, en el asunto objeto de la presente nota, los órganos judiciales españoles no son competentes para conocer de la demanda sobre la obligación de alimentos que el señor Antón tiene hacia su hija, de acuerdo con las normas del R 44/2001, arts. 2 y 5.2, y no conforme a las disposiciones del R 2201/2003 o del R 4/2009, que aquí no procede aplicar.

Vèsela ANDREEVA ANDREEVA

3.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras

2010-10-Pr

RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN.—Reconocimiento de resolución judicial inglesa homologando un acuerdo transaccional garantizado con acciones que la obligada al pago posee en dos sociedades domiciliadas en España.—Acceso a casación y Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: arts. 22.5, 36, 41, 43, 44, 45.2 Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; arts. 155, 477.2, 635.2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 831/2009, de 18 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

F: *Westlaw Internacional*, RJ2010\294.

Tampoco este óbice de admisibilidad puede ser acogido, porque en el régimen del Reglamento 44/2001 el recurso ante la Audiencia Provincial no es una segunda instancia ni tampoco, en puridad, un recurso de apelación contra resolución del juez que dirima una controversia sustantiva o procesal entre las partes, sino el medio por el que en España (Anexo III del Reglamento) las partes pueden impugnar la resolución que dicte el Juez de Primera Instancia (art. 43, apdos. 1 y 2), de suerte que, impedida la parte ejecutada de «formular observaciones» ante el Juez (art. 41), su recurso ante la Audiencia es en realidad el medio que tiene para oponerse por vez primera al despacho de ejecución cuando la decisión del Juez hubiera sido favorable al solicitante y por tanto se hubiera otorgado la ejecución. De lo anterior, a su vez, se derivan otras peculiaridades para el recurso de casación en estos casos, pues de un lado no cabrá reprochar al recurrente el pretender una tercera instancia, al no haber existido en puridad primera ni segunda, y, de otro, no podrá ser inadmitido el recurso por plantear cuestiones procesales propias del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que precisamente el recurso de casación es el medio específicamente previsto en el Anexo IV del Reglamento 44/2001, instrumento normativo de fecha posterior a la LEC de 2000 que separó la infracción procesal del recurso de casación, para cumplir el art. 44 del propio Reglamento que prevé recurso contra la resolución que decidiera sobre el recurso del art. 43, es decir sobre la oposición ante la Audiencia al despacho de ejecución acordado por el Juez. Y como quiera que la materia del Reglamento de que se trata es precisamente la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, prohibiendo sus

artículos 36 y 45.2 cualquier revisión de la resolución extranjera o del Estado miembro de origen en cuanto al fondo, claro está que las infracciones denunciadas mediante este recurso de casación habrán de tener una naturaleza predominantemente procesal. De ahí que esta Sala, en autos de 23 de noviembre de 2004, 21 de enero de 2003 y 12 de marzo de 2002, haya señalado que la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC de 2000 es la adecuada para plantear en casación la infracción del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Bruselas de 1968, mediante un recurso de casación con un objeto y un contenido concretos que viene impuesto por la primacía y aplicabilidad directa del Derecho comunitario, por más que la regulación interna del recurso de casación sí se tenga en cuenta para impedir el planteamiento de cuestiones de hecho.

Nota. 1. La historia de la casación en el exequátur tras su remodelación por la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en particular, la controvertida interpretación que hace el Tribunal Supremo del acceso a casación, ya han sido glosadas en esta revista (*REDI* 2004-30-Pr), denunciando que, de mantenerse la interpretación reseñada, quedaría vacía de contenido la habilitación prevista en los arts. 44 Reglamento 44/2001 (en adelante, RB I), y 34 Reglamento 2201/2003. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009, aquí analizada, rompe esta predicción y, sin embargo, no logra que consigamos vanagloriarnos del fin de la problemática denunciada; el TS omite por qué se aparta de su anterior doctrina, de manera que no se adquiere la certeza de que esta decisión vaya a ser la primera de un nuevo tratamiento del acceso a casación en sede de exequátur. Además, esta decisión nos pone en la tesitura de lamentar que el caso subyacente haya llegado a casación. El solicitante persigue la ejecución de una *order* inglesa homologando un acuerdo transaccional, por la cual la parte frente a la que se solicita el exequátur se comprometía a pagar una cantidad pecuniaria antes de una determinada fecha, garantizando su pago con acciones de dos compañías españolas. La lectura de la decisión comentada revela que existe confusión entre declaración de ejecutividad y ejecución (2), sorprendiendo el motivo que da paso al cambio en la doctrina en el acceso a casación (3).

2. El impago de la obligada es, obviamente, el inicio del *iter* procesal que finaliza ante el TS, cuando el interesado intenta cobrarse con las acciones que garantizan su cobro, a través de su venta en España. Obligación de pago y garantía nacen de una transacción entre las partes que es homologada judicialmente por un tribunal de un Estado miembro, por lo que, a diferencia de lo que sucedería si fuera aplicable el Derecho autónomo, ha de conseguirse declaración de ejecutabilidad antes de pasar al proceso de ejecución propiamente dicho (arts. 517.2.3 y 538 y ss. LEC). Como se trata de una transacción homologada judicialmente sobre una obligación en materia civil y mercantil, el art. 57 RB I limita los motivos de denegación del reconocimiento a la apreciación de contradicción manifiesta con el orden público del Estado requerido, amén de reunir las condiciones necesarias de autenticidad (art. 58). Siguiendo el cauce procedimental allí establecido, la solicitud es presentada ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, requiriendo ejecución provisional, que le es concedida. El desconcierto comienza en la fase contradictoria ante la Audiencia Provincial, cuando la demandada en exequátur comparece oponiéndose sobre la base de los arts. 36 y 45.2 RB I, ya que, según su defensa, los tribunales españoles habrían revisado el fondo de la decisión inglesa al atribuirse competencia para conocer de su ejecución; ésta sólo compete a los tribunales ingleses, de acuerdo con la cláusula 5 del acuerdo transaccional homologado judicialmente, que dice lo siguiente: «Este acta estará sujeta a la ley inglesa y las partes de la misma se someten irrevocablemente a la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra respecto a todas las controversias que surjan de o en relación con este acta».

Sobra destacar el alejamiento entre lo alegado por la demandada en exequátur y lo dispuesto en el art. 57 RB I, lo que, sorprendentemente, no obsta a que el TS admita casación. Más allá de su admisión a trámite, llama la atención que lo que se somete a conocimiento del TS es la competencia de los tribunales españoles para la ejecución, primero, porque el RB I sólo puede ocuparse de la competencia para emitir declaración de ejecutividad (véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el Sistema Bruselas I: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2003-2, pp. 717-744), segundo, porque tal cuestión no cabe ser opuesta tampoco en el proceso de ejecución propiamente dicho (arts. 556 a 559 LEC), al margen de que en exequátur no cabe ni interpretar el significado y alcance de la citada cláusula 5 del acta transaccional objeto de reconocimiento, ni si es posible pactar sobre el art. 22.5 RB I (lo que es objeto del segundo motivo en casación, para señalar lo mismo, la competencia pactada entre la partes para la ejecución del acuerdo en Inglaterra). En parecidos términos se expresa el TS, pero ello no obsta a la crítica, puesto que lo aquí discutido se opone a la restricción que en el objeto del procedimiento introduce el legislador comunitario, dinamitando así un objetivo esencial, conseguir simplificar el reconocimiento de títulos provenientes de otro Estado miembro para favorecer su libre circulación.

3. Se produce, así, la paradoja arriba señalada y es que no cabe alegrarse de que el caso haya llegado a casación. Sin embargo, en este punto el planteamiento del TS es el correcto, ya que prescinde de sus criticados «Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000 (véase CARBALLO PIÑEIRO, L., «El sistema de recursos en el procedimiento de reconocimiento de decisiones extranjeras: apuntes a propósito de la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *AEDIPr*, t. 5, 2005, pp. 373-390), rompiendo dos pautas. En primer lugar, ignora la distinción entre recurso extraordinario por infracción procesal y casación, que obliga a calificar la oposición a la decisión como procesal o de fondo. Esta división en el recurso extraordinario no ha sido comunicada a la Comisión, por lo que el Anexo IV RB I sólo menciona casación, de modo que defectos procesales en la tramitación del exequátur no tendrían acceso al recurso previsto en el art. 44 RB I. Permítaseme señalar que entre ellos no está la discusión sobre la competencia de los tribunales españoles para ejecutar, sino la interpretación de conceptos como «documentos equivalentes» (art. 55.1 RB I), o si la parte en este procedimiento ha sido correctamente notificada. Pero sí cabe subrayar que aquí el TS subsana la omisión del Estado español, al extender la casación a los motivos procesales (véase FJ 2.º), aunque con técnica evidentemente criticable porque ignora la existencia del otro recurso extraordinario.

En segundo lugar, el TS se aparta de los susodichos «Criterios» en su interpretación de «interés casacional»: no cuestiona que, como los «Criterios» sostienen, éste sea el único motivo de acceso a casación en exequátur (art. 477.2.3 LEC), pero sí su interpretación del art. 477.3 LEC, donde se define el concepto para indicar que concurre también cuando la norma tiene una vigencia inferior a cinco años, que los citados «Criterios» precisan: «siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido», lo que veta esta consideración al RB I, dada la existencia del Convenio de Bruselas de 1968; veto que el TS ignora en este caso.

De confirmarse el cambio de doctrina jurisprudencial se abre de nuevo la puerta a un recurso cerrado por la interpretación formalista que aplicaba el TS del acceso a

casación. Sin embargo, existen razones para el temor: en ningún momento se hace referencia alguna a que, efectivamente, se está cambiando de doctrina jurisprudencial, una doctrina, por desgracia, avalada por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC núm. 108, de 2 de junio de 2003).

Laura CARBALLO PIÑEIRO

2010-11-Pr

SENTENCIA DE DIVORCIO EXTRANJERA.—Modificación de medidas acordadas en sentencia dictada en el extranjero.—No necesidad de reconocimiento previo de dicha sentencia en España.

Preceptos aplicados: art. 24 CE, art. 43 LEC, art. 954 LEC.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a), de 10 de febrero de 2010. Ponente: Carmen Neira Vázquez.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR\2010\134603.

Segundo. [...] En tal resolución es claro que se determina de un lado la competencia de los tribunales españoles —en el caso examinado y con las condiciones que se indican— para conocer de la modificación de las medidas adoptadas en previa resolución dictada por Tribunal extranjero por exigencia escrupulosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y de otro, tal criterio decisorio no se condiciona a requisito previo alguno concerniente a la materia del reconocimiento de la sentencia en cuestión en cuanto es evidente que no se trata del régimen general de su ejecución, aspectos éstos objeto de regulación en el art. 954 y concordantes de la LEC, sino precisamente de la modificación de la sentencia extranjera.

Siendo ello así, es además, realmente relevante en el caso que nos ocupa, el dato de la residencia de los ahora litigantes en el territorio español, la permanencia en el mismo de los hijos comunes de éstos, dos niñas menores de edad, ambas de nacionalidad española cuya pensión de alimentos se trata de adecuar a la situación actual de sus progenitores; por consiguiente la adopción de medidas paterno filiales en defensa de la protección de los comunes descendientes en aplicación del principio general del favor «minoris» determina el acogimiento de este motivo de apelación [...].

Nota. 1. *Hechos, argumentos esgrimidos y cuestión controvertida.* Con fecha 6 de marzo de 2009, el Juzgado de 1.^a Instancia de Madrid dictó un Auto en el que se acordaba la suspensión del proceso hasta tanto no se aportase el exequátur de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Distrito de La Vega (República Dominicana). En él se solicitaba la modificación de la pensión de alimentos acordada en la misma. La Audiencia Provincial de Madrid revocó dicha resolución y ordenó la continuación del procedimiento instado, dado que, a su juicio, no era necesario obtener el reconocimiento de la sentencia. No obstante, ésta es una cuestión que no es unánime ni en la doctrina (sobre su necesidad, MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena periódica de alimentos», *REDI*, vol. LIV, 2002-2, p. 653; en contra, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007,

p. 570), ni en la jurisprudencia (SAP Logroño de 7 de octubre de 2004). La Audiencia Provincial se basa en dos argumentos. El primero, en la doctrina constitucional sentada en la STC (Sala 1.^a) de 13 de marzo de 2000 (CARBALLO PIÑERO, L., «Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 463-482). Para la AP, no puede exigirse el reconocimiento de una sentencia judicial extranjera cuando no se pretende su ejecución, sino simplemente su modificación. La idea que subyace en su razonamiento es que exigir un proceso de reconocimiento y, en concreto, como ocurría en este caso, el exequátur de la sentencia, dado que el régimen común era el régimen legal aplicable al mismo, puede llegar a atentar contra la tutela judicial efectiva. El segundo argumento que esgrimía es que dicha exigencia podía ser contraria al *favor minoris*, dado que de lo que se trataba era de revisar la pensión de alimentos de dos menores residentes en España, pudiendo generar situaciones de desprotección no tolerables. A partir de aquí, las cuestiones jurídicas controvertidas que plantea el supuesto son básicamente dos: la primera, decidir si el reconocimiento de la sentencia extranjera cuya modificación se pretende es necesario y, en el caso de que la respuesta sea en sentido afirmativo, determinar si dicha exigencia supone una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

2. *Valoración de la decisión.* La valoración que merece el Auto de la AP de Madrid es negativa. En primer lugar, porque la solución que adopta es jurídicamente inaceptable. Toda sentencia extranjera debe ser reconocida en nuestro país para que surta efectos, aunque lo único que se pretenda sea la modificación de las medidas establecidas en ella e, incluso, cuando la parte no lo haya solicitado. La razón es bien sencilla. Si no existe la situación jurídica en España, no puede modificarse ningún efecto vinculado a la misma. En segundo lugar, nos parece del todo desacertada porque centra su argumentación jurídica en la STC dictada en el año 2000, cuando se trata de dos supuestos absolutamente distintos. En este último, los tribunales españoles se negaron a modificar las medidas establecidas en una sentencia norteamericana de divorcio en lo relativo al derecho de visita por falta de competencia judicial internacional. Sin embargo, en el caso presente el Juzgado de 1.^a Instancia no rechazó de forma automática la demanda, sino que suspendió el procedimiento hasta la obtención del exequátur de la sentencia extranjera. Además, el TC nunca llegó a pronunciarse sobre la cuestión de si el reconocimiento previo de la sentencia era o no necesario. Lo que sí está claro —y es lo que preocupa a la Audiencia—, es que dicha exigencia en estos casos puede vulnerar a la propia Constitución. A nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio.

3. *Reflexión final.* Vista la necesidad de reconocer la resolución judicial extranjera, incluso aunque lo que se solicite sea la modificación de una medida concedida en dicha sentencia —y la parte no lo haya instado—, quedan por dilucidar tres cuestiones, a saber: *a)* si dicha exigencia vulnera la Constitución Española; *b)* qué ha de reconocerse?, y *c)* cómo ha de reconocerse? Por lo que se refiere a la primera cuestión, la respuesta debe ser en sentido negativo. La exigencia de reconocimiento en estos casos no vulnera en sí a la Constitución Española. Ahora bien, también es cierto que las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras son normas de rango legal sujetas a los límites establecidos por la Constitución Española. En particular, han de cumplir un límite de mínimos y de máximos (VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 544). Es cierto que un sistema de reconocimiento caduco y rígido puede llegar a generar situaciones de desprotección no tolerables que ciertamente atenten contra la tutela judicial efectiva

al suponer una carga excesiva para poder ejercitar el derecho de defensa en juicio. En los textos comunitarios no existe especial problema, dado que admiten el reconocimiento incidental. No sucede lo mismo en el ámbito autónomo. En este sentido, la doctrina se ha hecho eco de la necesidad de introducir un sistema de reconocimiento incidental de la resolución a modificar, que debería efectuar el juez ante el que se plantea la modificación (CARBALLO PIÑEIRO, L., «Competencia...», *loc. cit.*, p. 470). Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es evidente que es necesario reconocer tanto la resolución que se pretende modificar, como aquélla de la que deriva. Hay que recordar que la obligación, cuya modificación se reclama, surge de una relación jurídica que da lugar a dicha obligación. Si no se reconoce la sentencia, no tiene validez en España; no existe la relación jurídica que origina la obligación y, por tanto, no puede haber un efecto vinculado a la misma. A nuestro juicio, todo se reduce a un problema de congruencia. Piénsese, por una parte, en el supuesto de que fuera solicitada en España la modificación de una pensión compensatoria reconocida en una sentencia de divorcio extranjera, que no se exigiese el reconocimiento de la misma y que se procediera a su modificación. Y, por otra, que fuera solicitado en nuestro país el reconocimiento de la sentencia de divorcio, y que éste no se obtuviera. Puede reconocerse una obligación y modificarla sin traer causa en ninguna relación jurídica, cuando, de hecho, el propio CC. requiere para la concesión de alimentos que tenga causa en una relación previa de parentesco (¿?). Está claro que no. No obstante, son evidentes los efectos perversos de esta opción. Para evitarlos, se ha propuesto la posibilidad de «tomar en consideración» el fallo que establece dicha resolución. Así, el juez que conoce de la modificación podría tener en cuenta el efecto probatorio del divorcio que originó el proceso de alimentos (MICHINEL ÁLVAREZ, M., «La sentencia...», *loc. cit.*, p. 656). De hecho, es lo que parece hacer la Audiencia en el presente caso cuando afirma que «...probada la existencia de la sentencia y aquellas decisiones o medidas adoptadas en la misma...». Además, esta práctica es frecuente en la jurisprudencia española (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 230-231). Sin embargo, esa «toma en consideración», que parece resolver tales problemas, sólo permitiría utilizar la sentencia como documento probatorio de su existencia, su fecha, su autenticidad y los hechos a los que se refiere. El resto carecería de valor. No obstante, también es cierto que, en estos casos, resulta excesivo exigir un proceso formal de reconocimiento. La solución a este problema pasa por responder a la tercera y última cuestión, ¿cómo ha de reconocerse la sentencia? En la medida en que es necesario el reconocimiento de ambos pronunciamientos (divorcio más alimentos), lo cual puede implicar no sólo el fraccionamiento del régimen de reconocimiento aplicable, sino que una parte de la resolución sea reconocida y la otra no, se impone la posibilidad de que, en los supuestos que no mantengan contactos considerables con nuestro país, el efecto constitutivo/cosa juzgada de una sentencia de estado civil, incluidas las de divorcio en las que, además, se concedan otras medidas (alimentos, custodia, etc.), pueda obtenerse a través de un reconocimiento incidental, incluso material, a la manera en que se reconocen las sentencias que determinan un cambio en el estado civil con efectos en la capacidad del sujeto para realizar determinados actos de estado civil (*ex art. 84.1 RRC*); reconocimiento siempre provisional y, aparentemente, sometido a una única condición sustancial: respeto de orden público, amén de los requisitos formales necesarios (autenticidad y traducción). No obstante, sabemos las dificultades de defender *de lege lata* esta postura. Por ello, deben ser bien recibidos los pronunciamientos como éste que, aunque *de iure* no sean correctos, abogamos porque se repitan y el legislador estatal tome nota y nos sorprenda con una iniciativa

que facilite un procedimiento ágil, sin necesidad de excesivos costes (personales y temporales).

Nuria MARCHAL ESCALONA *

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Filiación natural

2010-12-Pr

FILIACIÓN NATURAL.—Impugnación de reconocimiento de paternidad.—Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.—Ley aplicable.—Desconocimiento de la nacionalidad del hijo.—Alegación y prueba del Derecho extranjero.—Aplicación de la ley española.

Preceptos aplicados: art. 22 LOPJ; arts. 36, 38 y 281 LEC; arts. 9.1, 9.4, y 141 CC.

Sentencia AP Islas Baleares (Palma de Mallorca) de 18 de diciembre de 2009.
Ponente: María Pilar Fernández Alonso.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010\92979.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda en ejercicio de acción de impugnación de filiación no matrimonial presentada por Don Hilario y contra ella se alza en apelación la Sra. María Ángeles, interesando: [...].

— *Las actuaciones a efectuar principiarán por un escrito de la actora de adaptación de su demanda al derecho suizo con alegación de la causa o causas de impugnación de la filiación no matrimonial de Rafael según dicho derecho extranjero, en el plazo que al efecto le conceda el Juzgado «ad quo» y del que se dará traslado a la demandada para su contestación específica en el plazo legal.*

— *Se celebrará otra audiencia limitada al solo objeto de que las partes puedan proponer las pruebas sobre la acreditación de la existencia, vigencia e interpretación del derecho suizo que regula la impugnación de la filiación no matrimonial, que no hayan aportado con sus escritos de adaptación de la demanda y contestación, sin que puedan proponer otras pruebas distintas, salvo aquellas otras que, acaso, se derivan de las propias exigencias del derecho suizo.*

— *También se celebrará un juicio limitado a la práctica de las pruebas admitidas y para que las partes puedan efectuar sus conclusiones sobre el resultado de tales pruebas. Seguidamente, dentro del plazo legal, por el Juzgado se dictará nueva sentencia.*

[...] Tercero. En la actualidad el art. 36 de la LEC determina la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ, así como por los tratados y convenios internacionales en los que España es parte [...].

En el caso que nos ocupa, no existe tratado internacional o convenio entre España y Suiza en materia de filiación y relaciones paterno-filiales.

* La presente nota se realiza en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): «Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar».

El menor al que se refiere el procedimiento, está inscrito, además de en Suiza, en el Registro Civil de Ibiza y reside en dicha localidad, donde también lo hacen la demandada y el actor.

Consideramos pues, que la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la acción entablada es la española (art. 22.2 y 3 LOPJ), por lo que se confirma la desestimación de la declinatoria de jurisdicción alegada por las razones expuestas.

[...] Cuarto. Sentada jurisdicción española es competente, hemos de precisar que igualmente debe aplicarse la ley española para resolver el litigio. Ello en aplicación de los arts. 9.1 y 9.4 CC.

La madre apelante nació en Argentina y tiene nacionalidad italiana. El actor tiene nacionalidad suiza y el menor, como decimos, nació en España, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza, donde reside desde su nacimiento en compañía de los hoy litigantes.

También, según resulta de la prueba practicada en esta alzada, está inscrito en el Registro Civil de Ibiza y no debemos olvidar que el actor está impugnando la paternidad.

Por todo ello, al desconocerse a ciencia cierta la nacionalidad del niño se aplica la ley de residencia habitual del hijo (art. 9.4 CC), esto es, la Ley Española.

En cualquier caso, aun cuando se entendiera, cosa que no se hace, que el derecho aplicable fuera el suizo, lo cierto es que no se cumplen los requisitos del artículo 281 LEC, desconociendo si los artículos del Derecho suizo que se aportan en esta segunda instancia están o no vigentes y cuál sea la interpretación que de los mismos realizan los Tribunales de dicho país, por lo que se ha de juzgar y fallar según Derecho patrio.

La jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar que «...la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca, siendo necesario acreditar la exacta entidad del derecho vigente, y también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la documentación fehaciente; constituyendo práctica reiterada, la que determina que, cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio».

Nota. 1. Aunque la calificación de la sentencia que comentamos es prometedora en cuanto a la cantidad e interés de los temas tratados, como en tantas otras ocasiones el litigio termina nacionalizándose, sin que, aparentemente, el resultado sea nocivo desde el punto de vista sustancial, por más que no puedan aceptarse (o simplemente entenderse) algunas de las afirmaciones del fallo. El supuesto de hecho es atractivo: el demandante, de nacionalidad suiza, impugna la paternidad efectuada sobre el hijo de su ex pareja, de nacionalidad argentina, al percatarse de que no era efectivamente su hijo, después de haber realizado unas pruebas de paternidad (que a la postre fueron ratificadas por la pericial biológica realizada en el juicio). El juzgador de instancia estima la demanda en aplicación de la ley española y contra esta sentencia se alza la demandada (ex conviviente y madre) con una batería de argumentos que tocan la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, la aplicación del Derecho extranjero (suizo, a su entender) y la caducidad de la acción del impugnante, tanto en aplicación del Derecho suizo, cuanto, en su caso, en aplicación del Derecho español. La Audiencia responde secuencialmente a cada una de las cuestiones.

2. La competencia judicial internacional había sido objeto de impugnación en primera instancia a través de la articulación de una declinatoria de jurisdicción, aparentemente extemporánea. Así lo determina la Audiencia que, no obstante, entra en el fondo de la propia existencia de competencia judicial internacional, con un detenido

(y en algunos puntos confuso) análisis, donde tras pasar revista a la práctica totalidad de los foros de competencia judicial internacional previstos por el art. 22 LOPJ (sin detenerse especialmente en el correspondiente a filiación y relaciones paterno-filiales) afirma la competencia de los tribunales españoles en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2 y 3 LOPJ. No había mucha duda al respecto, si tenemos en cuenta que el hijo tenía su residencia en España desde su nacimiento. Actor y demandada también tenían su residencia en España. No cabe objeción alguna. Si acaso, la imprecisión de la referencia a los fueros en materia de protección de menores, matrimoniales, de alimentos, filiación propiamente dicha y medidas provisionales y cautelares. La calificación pudo y debió ser más fina, si bien no afectó a la propiedad del resultado.

3. La impugnación sobre la base de la inaplicación del Derecho suizo, competente en opinión de la recurrente para dilucidar la acción, es también desestimada. En este caso, sin embargo, más dudas planean sobre la fundamentación del fallo. Lo que a nuestro juicio resulta *ratio decidendi* no es de recibo: la Audiencia comienza afirmando la aplicación de la ley española en función de lo dispuesto en los arts. 9.1 y 4 CC. Pasando por alto la remisión al art. 9.1 CC [que recuerda la vieja y a mi juicio finiquitada polémica sobre la delimitación entre ambos párrafos en orden a determinar si el segundo se refiere sólo a las relaciones paterno-filiales una vez determinada la filiación conforme al primero: más en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Comentarios al Código civil y compilaciones folares*, M. ALBALADEJO (dir.), t. I, vol. 2, Madrid, 1995], lo cierto es que la competencia de la ley española la basa la Audiencia en una serie de datos ajenos al campo regulativo del pertinente art. 9.4 CC. El razonamiento incluye que el hijo nació en España, está inscrito en el Registro civil de Ibiza «y no debemos olvidar que el actor está impugnando la paternidad [...] Por todo ello, al desconocerse a ciencia cierta la nacionalidad del niño, se aplica la ley de residencia habitual del hijo (art. 9.4 CC)». Como es bien sabido, ni el lugar de nacimiento, ni el lugar de su registro tienen nada que ver con la regla del mencionado art. 9.4 CC. Y en cuanto a la residencia habitual del hijo que sí aparece en dicho precepto, hay que recordar su historia legislativa para saber que no es la interpretación retenida por la Audiencia la fetén, puesto que para ese viaje ya existía el art. 9.10 CC.

En todo caso, no creo que quepa ser severo con el juzgador en su interpretación del art. 9.4 CC, cuando la confusión la provocó la chapuza del legislador. Lo que sí sospecho es que fue una puerta abierta a la aplicación de la ley española que hizo que no se tuviera en cuenta una nacionalidad extranjera que el hijo con gran probabilidad ostentaba. De ser exclusivamente hijo de madre argentina, podría defenderse su nacionalidad española en virtud de su atribución *iure soli*, dado que la legislación argentina no le habría atribuido dicha nacionalidad (p. ej., Res. DGRN 1.^a, de 3 de junio de 2002, tras superar algunas reticencias en torno a la posibilidad de opción otorgada a los progenitores argentinos). No obstante, el art. 1.2 de la Ley federal sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad suiza de 1952 establece que «*L'enfant étranger mineur dont le père est suisse mais n'est pas marié avec la mère acquiert la nationalité suisse par l'établissement du rapport de filiation avec le père, comme s'il l'avait acquise à la naissance*», según tenor dado al precepto por la Ley Federal de 3 de octubre de 2003. El hijo era, pues, suizo (me situó en la hipótesis más confortable de que el reconocimiento se efectuó en el momento del nacimiento). Bien es cierto que, tratándose de una acción de filiación, las peculiares relaciones estructurales entre filiación y nacionalidad suponen una espada de Damocles en la norma de conflicto, que incomoda: en el caso concreto el art. 8 de la Ley suiza sobre nacionalidad dispone que «*lorsque le lien de filiation entre l'enfant et le parent qui lui a transmis la nationalité suisse est annulé, l'enfant perd la nationalité suisse, à moins qu'il ne devienne apatride*».

La famosa «conexión anticipada» a la futura ley nacional del hijo, que a los tribunales suizos les hacía aplicar no la ley actual del hijo, sino la verosímil ley futura tras la reclamación de filiación, ha podido también planear sobre la decisión de la Audiencia: las pruebas decían con absoluta claridad que no había relación de filiación natural entre el demandante y el reconocido.

Demasiada molestia para la Audiencia que, además de la literalidad del art. 9.4 CC una vez sembrada la duda sobre la nacionalidad del hijo (recordemos, no obstante, que el mencionado precepto establece «si no pudiera determinarse ésta», y no «y si resultase dudosa») posee a su alcance la tradicional jurisprudencia del TS sobre aplicación del Derecho extranjero de la que echó mano en su Fundamento de Derecho Cuarto para liquidar el tema.

4. Como señalé al principio de esta nota, el atractivo del tema y su desinternacionalización para reconducirlo a la comfortable sede del art. 141 CC no afectan a la pertinencia de la solución última. Aun en el caso de haberse aplicado el Derecho suizo reclamado por la recurrente (y nótese en el texto transcrito cómo pide ordenadamente que se reconstruya la litis a la luz de susodicho Derecho suizo) los hechos probados y su contraste con las pertinentes normas de la ley helvética habrían deparado de forma altamente verosímil una solución similar a la otorgada, dada la también similitud de la regulación en lo tocante a la impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad (véanse los arts. 260a 2, 260b y 260c del Código Civil suizo).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

4.2. Adopción internacional

2010-13-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Adopción simple camboyana.—Reconocimiento.—Conversión.—Constitución de nueva adopción.—Interés del menor.—Normativa aplicable.

Preceptos aplicados: art. 30 de la Ley 54/2007, de adopción internacional.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010. Ponente: Sra. Dña. M.^a D. Viñas Maestre.

F: *Westlaw*, JUR2010\114935.

[...] No ha habido intervención previa de las autoridades competentes en España en tanto no fue solicitada por los ahora instantes la correspondiente declaración de idoneidad y con posterioridad ha sido denegada, no la idoneidad propiamente dicha, sino la valoración de la familia adoptada [...] dicha valoración genérica, que ha sido denegada, ya no resultaría de utilidad, o perdería su finalidad esencial, pues la menor se encuentra ya viviendo con los padres adoptivos [...] se halla plenamente integrada en el seno de la familia adoptiva, con la que se ha vinculado de forma positiva y el mantenimiento de dicha convivencia e integración coincide con su interés.

Tampoco se ha adoptado entretanto ninguna medida de protección por la entidad pública competente en materia de protección de menores, encontrándose la menor en una

situación de desprotección jurídica total, en un limbo jurídico, perfectamente encuadrable dentro del concepto de desamparo [...].

[...] El interés del menor [...] exige dotar de protección jurídica a la menor permitiendo y garantizando la integración jurídica plena de la misma en el seno de la familia que la ha adoptado según la legislación interna de su país de origen [...] sin que conste la intervención de intermediarios ni pueda racionalmente presumirse la irregularidad de la adopción o que se haya llevado a efecto contrariando los intereses y necesidades de la menor o con infracción de sus derechos.

[...] la adopción constituida por las autoridades competentes en Camboya, aunque se trate de autoridades administrativas, debe ser considerada válida, en tanto no puede derivarse de toda la documentación aportada que la misma haya sido constituida en contra del interés del menor o con infracción de sus derechos, por lo que, asimilada a la institución de acogimiento preadoptivo, y resultado de aplicación para la constitución de la adopción la legislación catalana [...] puede constituirse su adopción.

Nota. 1. Dos cooperantes barceloneses en Camboya conocen durante su estancia en aquel país a una niña de un orfanato. Movidos por su situación, deciden adoptarla *in situ*, siguiendo los cauces previstos en la legislación camboyana pero sin preocuparse de comprobar lo que prevé la normativa española en materia de adopción internacional. Formalizada la adopción, vuelven a Barcelona y pretenden que se reconozca en España. El JPI Barcelona deniega en 2008 el reconocimiento alegando varios motivos como la falta de garantías suficientes para los menores de la adopción camboyana, la ausencia de intervención judicial y la insuficiente documentación aportada. En el momento de formalizarse la adopción, Camboya había ratificado el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional pero aún no había entrado en vigor.

Los progenitores interponen recurso ante la AP Barcelona que resuelve en sentido contrario, al entender que la constante denegación a los padres de la declaración de idoneidad a posteriori no se justifica en el caso concreto y que no reconocer la adopción dejaría a la menor en una situación de desamparo, en contra del interés superior del menor. Por último, se argumenta, si hubiera resultado de aplicación la LAI (ya en vigor cuando el caso llega a la AP, pero no cuando se plantea ante el JPI), habría sido posible convertir la adopción simple en una plena según prevé dicho texto, por lo que no se ve motivo para no instar la constitución de la adopción de la menor.

2. El auto parece centrarse en una cuestión de carácter jurídico: si ésta era una adopción simple que debía ser convertida en plena en España. Pero a ella subyace otra que no se formula cual es la de qué efectos puede darse a una adopción constituida en el extranjero sin las debidas garantías que prevén las normas sobre adopción internacional. En todo caso, la respuesta que se da pretende resolver ambas: el interés del menor es la regla prioritaria y pasa porque se constituya el vínculo adoptivo si no se puede reconocer la adopción. Lo cual suscita dos dudas: ¿cómo se convierte una adopción extranjera en España? Y ¿en qué consiste el interés del menor en materia de adopción?

3. La conversión de una adopción extranjera recibió distintas respuestas en el marco del antiguo art. 9.5 CC, ya que se defendía que éste amparaba tanto la conversión en el país de origen como la constitución *ex novo* (véase GÓMEZ CAMPELO, E. «Los perfiles de la CJi en la Ley 54/2007 de adopción internacional», *REEI*, vol. 18, 2009, p. 28). Las esperanzas depositadas en la nueva LAI, sin embargo, no se han visto cumplidas ya que, tal como ha sido interpretada por la doctrina, la LAI ofrecería una cuádruple posibilidad: conversión en Estado de origen, en España según legislación extranjera; conversión en adopción plena española o constitución *ex novo* de la adop-

ción (CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., «Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre», *BIMJ*, 2008, pp. 3857 y ss., p. 3874). Escasa simplificación con el agravante de que no queda claro por qué motivo podría acudir a una u otra de estas soluciones. En este contexto normativo no es de extrañar que el AAP opte por la vía que proporciona más seguridad jurídica por su carácter definitivo, *i. e.* la constitución *ex novo* de la adopción. Tal vez esta solución sea la que acabe imponiéndose visto que el art. 30.4 LAI prevé que una adopción simple podrá reconocerse como «acogimiento», facilitando así la posterior adopción. Cabe preguntarse, con todo, cómo se conciliará esta interpretación con el art. 30.1 LAI según el cual una adopción simple extranjera produce en España efectos de adopción simple (véase GÓMEZ CAMPELO, E., *op. cit.*, p. 33).

4. La valoración del interés superior del menor: en una adopción internacional concurren muchos intereses: los del menor, los de su(s) adoptante(s), y también los públicos y colectivos (BORRÁS, A., «El interés del menor como factor de progreso y unificación del DIPr», *RJCat.*, 1994, p. 926). Ahora bien, entre ellos, el del menor es el «superior» (como indica el CH 1993, véase Informe Parra Aranguren, §§ 49 y 475). En tanto cláusula general, no puede ser evaluado en abstracto sino en cada supuesto y con flexibilidad, si bien esto no implica arbitrariedad o ausencia de concreción jurídica. El interés del menor se valora sociológicamente pero también es un principio jurídico que se objetiva en las normas. Por ello, no es razonable que sólo las circunstancias del caso lo determinen. En este sentido, las propias normas sobre adopción permiten identificar algunos rasgos del interés del menor como que no se generen situaciones claudicantes (HERRANZ, M., *El interés del menor en los Convenios de La Haya de DIPr.*, Madrid, 2004, p. 165) para lo que se articulan medidas de control de dicha adopción, en su constitución y posterior reconocimiento. Así, una adopción constituida dentro del marco de cooperación internacional del CH 1993 presenta más garantías desde el punto de vista del interés del menor que aquellas que se realizan fuera de dicho esquema, puesto que la adecuación del proceso al interés del menor (y no a otras consideraciones, *v. gr.* económicas) no se pueden asegurar de igual modo.

Ahora bien, buena parte de las adopciones por adoptantes españoles tienen lugar en Estados donde no se ha ratificado el CH 1993. Y esto suscita el problema de cómo equilibrar dos intereses: el de un menor cuya adopción puede no haber sido todo lo regular que sería deseable para su interés y el de una comunidad que pretende garantizar el interés de los menores mediante la adopción de estándares internacionales que permitan alcanzar dicho fin. En otros términos, si no aceptara la adopción «dudosa» el menor quedaría en una situación de «limbo jurídico», con el consiguiente perjuicio para la vida diaria del adoptado. Recordemos cómo el TEDH en el asunto *Wagner c. Luxemburgo* (28 de junio de 2007) estableció que la negativa a reconocer una adopción peruana suponía rechazar los vínculos familiares que aquella creaba, dejando a la menor sin una protección jurídica que dificultaba su completa integración (núm. 132). El TEDH hizo prevalecer el interés superior del menor indicando que, conforme al art. 8 CEDH, los tribunales no pueden prescindir de la existencia de un estatuto jurídico *válidamente* creado en el extranjero (núm. 133). Esta última consideración es muy relevante, ya que la validez de la adopción es la premisa que justifica el reconocimiento. En otros términos, el reconocimiento de la adopción no debe justificarse sólo por el interés superior del menor sino porque dicha adopción fue válidamente constituida en el Estado de origen. Esto nos lleva a la siguiente reflexión: dado que cada vez hay menos niños adoptables y las exigencias para su adopción son mayores, lo que incentiva a acudir a Estados más corruptos, ¿podemos admitir que prevalezca el interés del menor (*i. e.* el reconocimiento en todo caso) sobre la validez de la adopción?

5. El problema no tiene fácil solución, pues es cierto que una vez que el menor se encuentra en territorio español, la integración se produce con rapidez y resulta difícil sostener que lo conveniente es no reconocer una situación que, de hecho, ya ha consolidado vínculos afectivos y sociales. Por otra parte, desde el punto de vista del ordenamiento y no del concreto menor, una política generalizada de reconocimiento de adopciones dudosas supone retroceder en la protección de los menores. Camboya se vio obligada a ratificar el CH 1993 ante la presión internacional por la falta de claridad de sus procesos adoptivos, y aun hoy sigue siendo objeto de estrecho seguimiento por la Conferencia de La Haya. Es difícil evaluar con los datos del auto si realmente los adoptantes adoptaron movidos por la situación de la niña (tras un periodo como cooperantes suficientemente largo como para entenderlos integrados en el «ámbito jurídico» camboyano) o si, en realidad, la cooperación fue la excusa para acceder a la adopción. No se trata de ser formalistas, ni desconocer la situación real y los inconvenientes prácticos diarios de un menor que ha sido adoptado de forma irregular o no coincidente con los previstos en el ordenamiento español (adopción simple). Pero sí conviene plantearse dónde está el equilibrio entre el interés del menor en concreto y el respeto de la legalidad como expresión del interés del menor en general. No hacerlo correctamente puede suponer un importante retroceso en los avances alcanzados en materia de protección de menores ya que, si al final lo único relevante es cómo solventar la situación de «limbo jurídico» en que se halla el menor adoptado en España, estaremos abriendo la puerta de nuevo a todo lo que se quiso evitar: adopciones irregulares, tráfico de niños, etcétera.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU

2010-14-Pr

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—Necesidad de intervención en el expediente del padre biológico no privado de la patria potestad.—Medios de notificación a un residente en el extranjero con paradero desconocido.

Preceptos aplicados: arts. 1831 LEC de 1881; 781 LEC; 9.1 y 9.4 CC; 117, 122 y 123 del *Codi de família* catalán.

Auto de la AP de Lleida (Sección 2.ª) de 11 de febrero de 2011. Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

F: *Westlaw*, JUR\2010\156913.

Segundo: Las alegaciones de los recurrentes evidencian que se está prescindiendo del verdadero motivo por el que se deniega la solicitud de adopción, que no es otro que la falta de intervención en el expediente del padre biológico de los menores, sin que se haya hecho intento alguno para su localización. En efecto, lo que se plantea en la resolución recurrida no es tanto la pertinencia de la concesión o no de la adopción por razones de fondo sino la necesidad de cumplir debidamente los trámites formales, porque la constitución de la adopción, como negocio jurídico de derecho de familia, exige la intervención no solo de los sujetos entre los que se va a ha [sic] constituir el vínculo adoptivo, sino también de otros sujetos interesados, como es en este caso el padre biológico de los menores. [...]

[E]n el presente caso no resulta determinante relevante [sic] la discusión que quiere plantearse en torno a la necesidad o no del asentimiento puesto que, en cualquier caso,

aunque se considerara que no es necesario tal asentimiento, lo que no puede soslayarse en ningún caso es el trámite de audiencia y, en definitiva, el derecho del padre biológico a intervenir en el expediente de adopción de sus hijos. Estamos ante trámites procesales obligatorios, y ello con independencia del resultado de los mismos, y de la vinculación o no para el Juez a efectos de constitución de la adopción. [...]

Tercero: No cabe compartir el criterio del recurrente cuando sostiene que no se está colocando al padre biológico en situación de indefensión. [...]

[A]unque se admitiera, como quieren los recurrentes, que no es preciso el asentimiento del padre biológico, la consecuencia no podría ser la de privarle de intervención sino que, cuando menos, sería preciso oírle en relación con la adopción de sus hijos menores de edad, [...] pues no hay que olvidar que el padre biológico no ha sido legalmente privado de la potestad, por lo que ha de reconocerse su interés legítimo en intervenir en el procedimiento de adopción. [...]

[L]a ignorancia sobre el paradero del padre biológico de los menores no puede dar lugar a constituir, sin más, la adopción, cuando resulta que no se ha hecho intento alguno para su búsqueda, con la consecuencia de que se le está generando una situación de indefensión. Ahora bien, lo que no resulta acertado es la apreciación relativa a la imposibilidad de hacer averiguaciones sobre el domicilio, porque reside en el extranjero, y lo mismo cabe decir en cuanto al desconocimiento de su paradero. En primer lugar, debe destacarse que consta en las actuaciones un domicilio del Sr. Adriano en Rumanía, que es el que con todo detalle figura en la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Zalau, provincia de Salaj. Y también consta en la misma sentencia de divorcio la empresa para la que trabajaba al tiempo en que se dictó dicha resolución [...].

En segundo lugar, el hecho de que el padre biológico resida en el extranjero no impide que, partiendo de aquellos datos, puedan practicarse averiguaciones sobre su paradero actual, recabando si es necesario la intervención del Cuerpo de Policía Nacional o de los Mossos d'Esquadra [...].

Finalmente, también ha de tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n.º 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 o mercantil [...].

Nota. 1. El actor en el presente supuesto pretendía adoptar a tres menores no emancipados, hijos de su esposa y del ex marido de ésta. Los menores, de nacionalidad rumana, residían en España con su madre biológica y con el adoptante; y dado que el padre biológico, también nacional rumano, había descuidado totalmente desde hacía tiempo la educación y el cuidado de sus hijos, se instó un procedimiento de adopción por parte del actual marido de la madre biológica. La Sentencia del JPI núm. 7 de Lleida denegó tal solicitud, decisión que fue confirmada por la AP en el Auto que comentamos. En ambas instancias, el fundamento por el que se deniega la constitución de la adopción radica en el hecho de que no se hizo intento real alguno por localizar al padre biológico para darle audiencia en el procedimiento de adopción —se procedió a un simple emplazamiento por edictos—, siendo tal audiencia un trámite procesal de obligado cumplimiento. El interés del presente Auto, desde una perspectiva internacional privatista, radica en consecuencia en la afirmación de la importancia, también en los supuestos internacionales, de intentar con suficiente diligencia notificar y dar audiencia al padre biológico no privado de la patria potestad, para evitar la indefensión de una parte interesada cuyo paradero, probablemente en el extranjero, es desconocido.

2. Como cuestión preliminar, cabe hacer una breve referencia a la cuestión de cuál es la normativa rectora de la adopción, y con ello, de la obligación de que el padre biológico dé su asentimiento a la adopción y, en su caso, de las circunstancias que permiten dispensar de la necesidad de obtener tal asentimiento. El Auto de la AP aplica la normativa sobre adopción del *Codi de família* (CF) catalán sin efectuar ningún tipo de consideración sobre la internacionalidad del caso, y por ende, sobre el modo de determinación de esta normativa como Derecho aplicable. Ignoramos si de esta cuestión se ocupó la sentencia de instancia; pero en cualquier caso, este silencio resulta algo sorprendente si tenemos en cuenta que la AP sí hace referencia a otras normas de conflicto, las de los arts. 9.1 y 4 CC, al afirmar que esta última norma remitiría a la ley personal de los hijos —el Derecho rumano— la cuestión de la privación de la patria potestad del progenitor biológico (puesto que de darse tal privación, ya no sería preceptivo su asentimiento a la adopción). Sea como fuere, aunque se guarde silencio sobre la vertiente conflictual de este caso, la aplicación del Derecho material español parece acertada, según podemos deducir de los datos que conocemos: y es que en efecto, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional —presumiblemente aplicable al expediente de adopción, ya que entró en vigor el 30 de diciembre de 2007 y los autos de adopción seguidos ante el JPI llevan el núm. 608/2008—, establece en su art. 18.a) la aplicación de la ley material española a las adopciones constituidas por autoridad española cuando el adoptando resida habitualmente en España en el momento de su adopción, como sucede en este caso con los tres adoptandos.

Establecida la aplicabilidad de la «ley material española», queda abierta la cuestión de decidir cuál de las normativas sobre adopción españolas debe ser aplicada. Una vez más nada dice el Auto al respecto, aunque cabe deducir que se aplica el Derecho catalán por encontrarse presumiblemente en Cataluña el lugar de residencia habitual del adoptante y los adoptandos (criterio explícitamente utilizado, por ejemplo, en el Auto de la AP de Barcelona de 20 de octubre de 2008, con nota de ARENAS GARCÍA, R., *REDI*, 2009-1, pp. 217-220). Si bien se trata de una solución que parece lógica, sería en todo caso deseable contar con un fundamento más claro en el sistema español de Derecho interregional (como pone de relieve ARENAS GARCÍA, R., *loc. cit.*, p. 219, apdo. 3), máxime tratándose de una norma que nos remite a la *lex auctoritatis* en un sistema, como el nuestro, en el que conviven varios Derechos privados en el marco de un único sistema judicial, y en el que por tanto nos encontramos con una pluralidad de *leges auctoritatis*.

3. El peso de la argumentación de la AP, como hemos adelantado, recae en la cuestión de la prescindibilidad o no de la audiencia al progenitor biológico en un supuesto como el examinado. Debe partirse de la previsión del art. 122.1.b) CF, que exige de recabar el asentimiento del progenitor en caso de que esté privado de la patria potestad o incurso en causa de privación de la misma. El adoptante insistía en que el padre de los adoptandos estaba incurso en tal causa por el completo abandono de sus hijos desde hacía ya años, circunstancia explicitada por la sentencia de divorcio rumana. El Ministerio Fiscal añadía a este argumento el del interés de los menores en ser adoptados, en tales circunstancias, por el cónyuge de su madre biológica.

Sin embargo, la AP desestima este enfoque e insiste en la necesidad de evitar por todos los medios la indefensión del padre formalmente no privado de patria potestad, otorgándole la posibilidad de intervenir en el procedimiento; y es que el art. 123.a) CF dispone la obligatoriedad de que sean oídos en el expediente, por la autoridad judicial, aquellos cuyo asentimiento no sea obligatorio, como es el caso de los incursos en causa de privación de la patria potestad. El órgano *ad quem* destaca acertadamente que más allá de que el abandono familiar alegado prive de la necesidad de recabar

el asentimiento del padre biológico, el trámite de audiencia es insoslayable si quiere evitar situársele en indefensión. En este sentido, la AP hace referencia a varias sentencias del TC que subrayan la importancia del derecho de los interesados a ser oídos en el procedimiento, y por ende, la necesidad de procurar un emplazamiento personal, evitando en la medida de lo posible decidir sobre la concurrencia de una causa de privación de la patria potestad con base en una presunción. Desde este punto de vista, cuando el paradero de un progenitor sea desconocido, no basta con un mero emplazamiento edictal, sino que debe intentarse su búsqueda para que la adopción pueda válidamente constituirse. La AP destaca a este fin que *in casu* podía acudir al domicilio o al lugar de empleo del padre biológico que constaban en la sentencia de divorcio, instarse unas averiguaciones policiales, y en su caso valerse del Reglamento de notificaciones.

4. En suma, la virtud del presente supuesto reside en la consagración del criterio de que incluso en las adopciones internacionales no cabe flexibilizar la necesidad de intentar por todos los medios dar al progenitor biológico la posibilidad de ser oído en relación a la adopción de sus hijos, con la única excepción de quienes se encuentren legalmente privados de la patria potestad. Solamente cuando la notificación diligente se haya demostrado infructuosa, cabrá constituir la adopción sin escuchar a dicha parte interesada. Pero en todo caso, no debe utilizarse el carácter internacional de la adopción como formalismo para sortear un trámite de tal importancia para los derechos no sólo de los progenitores, sino también de los adoptandos.

Cristián ORÓ MARTÍNEZ

4.3. Derechos de guarda y custodia

2010-15-Pr

GUARDA Y CUSTODIA.—Cambio del lugar de residencia del progenitor titular de la custodia.—Criterios para decidir acerca del mantenimiento de la custodia y traslado de los hijos.

Preceptos aplicados: arts. 138.1 y 139.4 *Codi de Família* catalán.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 30 de septiembre de 2009. Ponente. Excmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado.

F: *Diario La Ley*, núm. 7.346, Sección Jurisprudencia, 19 de febrero de 2010.

El tema cardinal [...] es la atribución de la custodia a la madre incluso si se va a EE.UU. Debe partirse de la base de que la madre es libre de establecer su residencia donde estime oportuno y no procede autorizarla [...] a residir en EE.UU. Para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar: vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor; visión de los menores en cuanto al cambio de residencia y razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa).

Nota. 1. La sentencia que comentamos resulta de gran interés pues plantea criterios para resolver lo que en terminología anglosajona se denomina una «*relocation*»

dispute». Incide, por consiguiente, sobre un tema que está en estos momentos especialmente en boga, tal y como demuestra el hecho de que se dedicara al mismo una Conferencia judicial internacional celebrada en Washington en marzo de 2010. De resultados de tal Conferencia se produjo una Declaración denominada *Washington Declaration on International Family Relocation* (accesible en www.hcch.net), que propone criterios para resolver estos casos.

El interés que despierta este tipo de controversias tiene una explicación doble. Por un lado, se trata de un tipo novedoso de disputas, que han proliferado de manera importante como consecuencia de los altos índices de ruptura de pareja y la creciente movilidad de la población. Es, en efecto, mucho más probable que antaño que el progenitor custodio desee trasladar su residencia al extranjero y que tal traslado incluya a los niños que tiene a su cargo. Por otro lado, este tipo de disputas se relaciona de manera directa con el fenómeno de la sustracción de menores.

2. Las controversias relativas al traslado de la residencia de niños al extranjero se suscitan cuando el titular de la custodia de unos menores quiere trasladar su domicilio al extranjero y el otro progenitor se opone a dicho traslado. Para que este tipo de conflicto tenga trascendencia jurídica el derecho a determinar el lugar de residencia del niño no ha de pertenecer en exclusiva al padre o madre titular de la custodia. Tal es, por ejemplo, la situación cuando la sentencia que atribuye la custodia a uno de los progenitores establece que el cambio de domicilio al extranjero precisa de autorización judicial. Resulta asimismo con claridad del art. 139.4 del *Codi de Família* catalán que el derecho a determinar el lugar de residencia de un niño es un derecho de ambos progenitores, pues este precepto establece que aun en el caso de padres separados las decisiones relativas a cuestiones importantes, y singularmente los traslados de residencia que aparten al menor de su entorno habitual, requieren del acuerdo de ambos titulares de la responsabilidad parental. En caso de controversia corresponde a la autoridad judicial resolver.

3. Las *relocation disputes* plantean un conflicto de intereses de difícil resolución. Por un lado, el progenitor custodio, que con gran frecuencia es la madre, tiene derecho a determinar libremente su vida futura después de la ruptura. Esto, por supuesto, incluye el derecho a trasladarse al extranjero. Pero tal decisión, en tanto implica el traslado de los menores que tiene a su cargo, repercute tanto en el otro progenitor, afectando a sus derechos a relacionarse personalmente con sus hijos, como en los menores. El principal afectado y aquel cuyo interés debe prevalecer es, sin duda, el hijo, que, por un lado tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, pero, por otro, se ve irremediamente afectado por las circunstancias vitales del progenitor con el que reside. La conciliación de los intereses en juego es, como admite la sentencia comentada, difícil.

4. Una mala resolución de la controversia puede desencadenar un traslado unilateral de los niños que podría llegar a conceptuarse como una sustracción de menores, a la que sería aplicable la normativa sobre esta cuestión, esto es, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores y el Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental. Por consiguiente, la adecuada resolución de las *relocation disputes* tiene un efecto preventivo sobre las sustracciones y contribuye de esa manera a salvaguardar el interés superior del niño.

5. El establecimiento de criterios para decidir en qué casos el traslado del progenitor custodio y los niños puede realizarse contribuye asimismo a una mejor comprensión de los supuestos de sustracción. Esto es especialmente importante en el momento actual pues han proliferado las voces críticas que consideran que los meca-

nismos de obtención del retorno funcionan de una manera «ciega», en detrimento del progenitor más vulnerable (BUCHER, A., «The New Swiss Federal Act on International Child abduction», *Journal of Private International Law*, 2008-2, pp. 139-165)

6. La decisión que comentamos es una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve un recurso de apelación respecto a una decisión del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 18 de Barcelona, que se dictó en relación con una solicitud de modificación de las medidas dictadas con ocasión de un divorcio. Aunque no se explicita con claridad cabe presumir que regía el Derecho catalán y que, por tanto, conforme al art. 139.4 del *Codi de família* la madre había comunicado al padre su deseo de trasladarse a Estados Unidos con los niños. Al manifestar éste su desacuerdo la controversia se plantea judicialmente.

En primera instancia se había condicionado el mantenimiento de la guarda y custodia previamente otorgada a la madre en la sentencia de divorcio a su permanencia en Barcelona. En caso de que la madre decidiera trasladar su residencia a Estados Unidos se ordenaba el cambio de la guarda y custodia a favor del padre. Si, por el contrario, la madre permanecía en el territorio español la pensión de alimentos a favor de los hijos se elevaba en 300 euros habida cuenta de que la principal razón argüida por la madre para querer trasladarse eran las dificultades económicas que atravesaba su negocio inmobiliario.

7. El análisis que realiza la Audiencia Provincial de Barcelona demuestra una adecuada comprensión de la controversia estableciendo para su resolución unos criterios que han de valorarse muy positivamente. Empieza el tribunal recordando que la madre no necesita autorización para trasladarse, tal y como al parecer se afirmaba en la sentencia de instancia. Esta puntualización tiene importancia en el contexto social actual, pues impera todavía culturalmente una concepción de la maternidad que limita en exceso el derecho a la libre determinación de la mujer. La Audiencia sitúa correctamente los términos de la controversia. Las eventuales limitaciones para un traslado al extranjero del progenitor custodio son indirectas y se deben a que dicho traslado implica también el traslado de los menores que están a su cargo, afectando a los derechos del otro progenitor y de los menores. En la ponderación que necesariamente ha de llevarse a cabo es importante tener presente que también la titular de la custodia tiene derechos que han de tenerse en cuenta.

8. Se acuñan tres criterios para decidir si procede o no autorizar la residencia de los menores en el extranjero: la opinión de los menores, la vinculación afectiva de éstos con cada uno de los progenitores y la razonabilidad del cambio del lugar de residencia. La Audiencia concede especial importancia a la opinión de los menores censurando que estando en juego un traslado a Estados Unidos no se los explorara a pesar de que sus edades, 11 y 6 años, les concedían, sobre todo a la hija mayor, un grado de madurez que hacía adecuado recabar sus opiniones. Se pone en este sentido de manifiesto que en la práctica española no se suele respetar de manera suficiente el derecho del niño a ser oído. La exploración realizada por orden de la Audiencia reveló que la hija mayor vivía con ilusión la idea de un cambio de residencia y que, por tanto, los niños tenían una opinión favorable al traslado.

El segundo aspecto que se examina es la vinculación de los niños con sus progenitores. La exploración realizada a los menores evidenció que la vinculación era substancialmente mayor con la madre que con el padre, lo que es contrario a un cambio en la atribución de la custodia a la madre realizada en la sentencia de divorcio. Que el padre cumpliera sus funciones paternas correctamente y estuviera capacitado para ejercitar la custodia en interés superior de los niños no afecta a la mayor idoneidad

de la madre para el ejercicio de la custodia. De forma correcta el tribunal vincula el mantenimiento de la custodia materna y la autorización del traslado a un generoso y adecuado régimen de visitas, que de hecho la madre había propuesto. La decisión se completa con una regulación acerca de los costes de los traslados que el tribunal toma de oficio en interés de los menores.

Finalmente se examina la razonabilidad del cambio de residencia propuesto por la madre que se justifica por dificultades económicas, y por el hecho de que la abuela materna, de nacionalidad norteamericana, ofrecía ayuda y domicilio en Estados Unidos. Aunque la sentencia no desarrolla este aspecto, seguramente también se tuvo en cuenta que las dificultades reales de la madre caso de permanecer en España también repercutirían negativamente en el bienestar material y emocional de los niños.

9. Como ya se ha adelantado la sentencia ha de valorarse muy positivamente pues plantea el problema correctamente y acuña unos criterios adecuados para resolver este tipo de disputas, que habrán de completarse con posteriores decisiones. El aspecto que ha de valorarse negativamente es que la decisión se demorara en exceso en el tiempo. No siempre es posible postergar un traslado durante un año y medio.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

4.4. Matrimonio poligámico

2010-16-Pr

MATRIMONIO POLIGÁMICO.—Denegación de la nacionalidad por falta de integración.—Poligamia contraria al orden público español.—Crítica a la apreciación *in abstracto*.—Apreciación *in concreto* de la integración.—Poligamia *de iure* y poligamia *de facto*.—Falta de proporcionalidad.

Preceptos aplicados: Art. 14 y 16 de la CE, arts. 9.2, 12.3, 22 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 26 de febrero de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López.

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR\2010\1571.

[...] el actor presenta una estructura familiar de poligamia en su país de origen [...] la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC).

Nota. 1. *Interés de la nota:* las autoridades españolas deniegan la nacionalidad española al actor debido a «una estructura familiar poligámica en su país de origen», contraria al orden público internacional (art. 12.3 CC), que le impide justificar un grado suficiente de integración en la sociedad española (art. 22.4 del CC). Cabe avanzar que, en tales términos, la decisión nos parece desproporcionada. Valora la integración del sujeto *in abstracto*; es decir, atendiendo a una poligamia no efectiva sino prevista en el Derecho senegalés. El Derecho extranjero, empero, ni ha sido aplicado a un segundo matrimonio (hipotético) ni hay que aplicarlo al caso concreto (adquisición

de la nacionalidad) ni cabe oponer frente al mismo la excepción del orden público internacional. La poligamia a la que se enfrentan nuestras autoridades es potencial o virtual. *De iure*, pero no *de facto*. Es una poligamia permitida en la ley personal y la *lex loci celebrationis* del primer matrimonio. Sin embargo, el valorar la integración del actor en la sociedad española exige atender a la poligamia realmente vivida por el sujeto y no a una poligamia meramente virtual. Ya, con anterioridad, la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 17 de diciembre de 2009) puso de manifiesto que la poligamia ha de existir realmente («aunque la opción “aparentemente” no se haya hecho efectiva»); y que, incluso, podría haber renunciado («el acta notarial de renuncia a la poligamia se ha producido») aunque no fuera seguro que la renuncia notarial surtiera «oportunos efectos en Senegal». La distinción entre poligamia potencial y efectiva, y la posible renuncia a la misma por el sujeto conforme a su ley de origen, son datos relevantes para apreciar la integración del extranjero, y permiten extraer consecuencias para otros futuros casos. De ahí el interés de la nota.

2. *Correlación entre la ley personal y el estatuto personal*: invocar el art. 9.2 CC, para reforzar la validez de la poligamia del extranjero que pretende adquirir la nacionalidad española es, a nuestro entender, un contrasentido. El que las autoridades españolas denieguen la solicitud de naturalización, por falta de integración, al extranjero casado (válidamente) con varias esposas, está en sintonía con el estatuto personal actual (nacionalidad), pero no lo estaría con el cambio de estatuto personal que comporta la naturalización (y la ley española lo regula). Esta misma armonía impide el acceso al Registro Civil del segundo matrimonio de un naturalizado polígamo, que hubiere ocultado su situación en el curso del expediente de naturalización. Nos parece acertada, en este sentido, la posterior SAN de 6 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR\2010\174556) que deniega la nacionalidad española a un marroquí casado con cuatro esposas. La coherencia entre la ley personal y el estatuto personal, impide que un español sea polígamo al igual que favorece, por el contrario, el reconocimiento de la eficacia de los matrimonios poligámicos celebrados entre extranjeros conforme a su ley personal y a la *lex loci celebrationis* (véase nuestra nota a la STJC, de 30 de julio de 2003, en *REDI*, 2004, pp. 417-422, relativa al reparto de la pensión de viudedad). Pero el efecto solicitado, aquí, es la «naturalización» y no requiere un matrimonio válido, entre extranjeros, conforme al Derecho extranjero.

3. *Naturalización y ley española*: el DI establece la competencia exclusiva de cada Estado para determinar quiénes son sus nacionales. El reclamo del Derecho extranjero (art. 9.2 CC), por parte del actor; o, el freno al mismo, por el correctivo de orden público internacional (art. 12.3 CC) por parte del TS, son innecesarios a los efectos de la naturalización del extranjero residente. No es la validez del matrimonio la cuestión planteada (DIPr.) sino el grado de integración del solicitante en nuestra sociedad exigido por la ley española. Se trata sólo de apreciar si el extranjero, residente en nuestro país, está suficientemente integrado en la sociedad española para naturalizarse. La adquisición de la nacionalidad española, si procede, modificará, a nuestros efectos, el estatuto personal y familiar del extranjero cerrando el paso a la validez de un futuro segundo matrimonio sin estar disuelto el primero. La poligamia potencial del español dejará de existir, para nosotros, incluso aunque sea un doble nacional.

Ahora bien, no cabe reprochar al extranjero, casado con una esposa, que no está integrado a nuestra sociedad porque su Derecho personal permita la poligamia. Esto último, comportaría la consecuencia de que ningún hombre que fuera nacional de un país musulmán podría adquirir la nacionalidad española. Ni tampoco su esposa. El matrimonio potencialmente poligámico del extranjero, basado en la permisibilidad de su ley personal, devendrá monogámico, para nuestro ordenamiento, al adquirir

la nacionalidad española. El naturalizado residente no podrá contraer un segundo matrimonio en España (ni civil ni religioso). Si lo contrae en el país de origen (doble nacional) será considerado nulo en nuestro país, y no podrá ser inscrito. El Derecho penal español le será aplicable (delito de bigamia). La naturalización desactiva la poligamia virtual.

4. *Derecho extranjero*: Senegal es una República laica, que asegura la no discriminación de los ciudadanos, sin distinción de sexos, a la par que respeta todas las creencias (art. 1 de la Constitución). Su Código de la familia (1972) es fruto de soluciones de compromiso con la ley islámica (SACCO, R., *Le droit africain*, Dalloz, 2009, pp. 256-257). El hombre al casarse puede optar por la monogamia o por la poligamia o limitar el número de mujeres permitidas (dos o tres). Y, lo interesante a nuestros fines, es que puede, también, renunciar a la poligamia después del matrimonio (art. 135), y que la monogamia, en tal caso, es definitiva o irrevocable (art. 134). Se proyecta a los futuros matrimonios que pudiera celebrar el hombre divorciado o viudo. El marido infractor comete bigamia (el art. 33 del CP la castiga con pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa equivalente a 30-450 euros). Consecuencias penales que suelen invocar los hombres jóvenes —junto con la religión— para posponer *sine die* la renuncia a la poligamia.

5. *Matrimonio potencialmente poligámico y DIPr comparado*: ha de alinearse nuestra práctica administrativa con la de otros países (Francia, Reino Unido o Canadá, por poner distintos modelos teóricos de integración) que evolucionaron (ZAMORA CABOT, J., «El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: Experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *Revista Derecho privado*, 1992, pp. 112-124) hasta rechazar la poligamia *de facto*, pero no la potencial. En una práctica abandonada en Francia (*Chemouni. Cass. Civ.*, 28.1, 1958, *Grands Arrêts*, núms. 29-30) o en el Reino Unido, antes de la entrada en vigor de la *Private International Law (Miscellaneous) Act* (1995), es donde se sitúa la decisión que nos ocupa. En el Reino Unido, el art. 5.1 de la *Private International Law (Miscellaneous) Act* (1995), dispone que: «Un matrimonio celebrado fuera de Inglaterra y Gales entre personas que no hubieran estado casadas con anterioridad, no es nulo [...] por el hecho de haberse celebrado según el derecho de un país que permite la poligamia estando cualquiera de ellas domiciliada en Inglaterra y Gales». La ley se aplicó retroactivamente para conferir eficacia a los matrimonios potencialmente poligámicos (BOUZA, N., y QUIÑONES, A., «Derecho internacional privado», *RJC*, 1997, pp. 172-175, nota VINAIXA, M.). La distinción entre matrimonio realmente poligámico (*actually polygamous*) y el potencialmente poligámico (*potentially polygamous*) permitió, así, abolir lo previsto en el art. 11.d) de la *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages Act* de 1972), que tenía como objetivo el impedir que una mujer domiciliada en Inglaterra se casara con un hombre de estatuto poligámico (DICEY, MORRIS y COLLINS, *The Conflict of Laws*, 2006, rule 69, pp. 835). En consecuencia, los matrimonios potencialmente poligámicos pasaron a ser reconocidos como matrimonios monógamos (CLARKSON, C. M. V., y HILL, J., *Jaffey on the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005, pp. 364-373). A este cambio no fue ajeno el asunto *Hussain c. Hussain* (1983) donde el marido quiso prevalecerse de la invalidez de su matrimonio potencialmente poligámico para evitar la demanda de divorcio de su esposa. La misma evolución se aprecia en Canadá (véase CASTEL, J.-G., *Canadian Conflit of Laws*, 1986, núm. 202).

6. *Fraude y orden público*: la nacionalidad es un concepto en crisis, y su función pragmática y utilitaria permite acceder a la movilidad que ofrece la ciudadanía europea (DIONISI-PEYRUSSE, A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Défrenois, 2008, *passim*). La necesidad, empero, de cierta cohesión social permite

trazar un «patriotismo constitucional» de sustitución (HABERMAS, J., «Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe», *Praxis International*, 1992-1993, pp. 1-19) entre cuyos valores comunes está la igualdad de sexos. La poligamia si es meramente potencial no es un obstáculo. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa planea cierta sospecha por parte de nuestras autoridades («aparentemente» de fraude u de ocultación de la poligamia (supuesto no inaudito, según ALMAGRO RODRÍGUEZ, N. M., al comentar la STS de 19 de junio de 2008, *Cuadernos Derecho Transnacional*, 2009, pp. 274-283). Esta sospecha podrían descartarla los senegaleses acreditando la renuncia a la poligamia en el acta matrimonial (art. 65) o en un acto formal posterior, que es recibido por el Encargado del RC o por el agente diplomático o consular acreditado. Este último lo notifica al Encargado del RC del lugar del nacimiento, que lo hace constar al margen del acta de nacimiento del interesado (art. 135) extendiéndose, así, a los futuros matrimonios en caso de divorcio o viudedad. Otros extranjeros (v. gr., de Marruecos) pueden haber renunciado a la poligamia en el contrato matrimonial. Pero, en todo caso, resulta desproporcionado reprochar la falta de integración por poligamia al que es monógamo *de facto*.

Ana QUIÑONES ESCÁMEZ

4.5. Crisis matrimoniales

2010-17-Pr

CRISIS MATRIMONIALES.—Ley aplicable: determinación.—Inaplicación de ley extranjera (senegalesa) contraria al orden público español.—Definición y actuación del orden público.—Cuestiones procesales: competencia judicial internacional y excepciones de litispendencia y cosa juzgada

Preceptos aplicados: arts. 107 y 12.3 CC.

Sentencia de la AP de Asturias (Sección 7.ª) núm. 172/2009, de 23 de marzo de 2009.

F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2009/274412.

[...] En cuanto a las excepciones invocadas de cosa juzgada y subsidiariamente de litispendencia, se rechazan [...]. Pues la resolución invocada por el apelante no se trata de una sentencia firme, sino de la opción de unas medidas, sin que se haya puesto fin al proceso de divorcio instado en Senegal por el apelante [...]. No es de apreciar igualmente la litispendencia por los mismo [sic] razonamientos expuestos en cuanto a la inexistencia de cosa juzgada, además de que tratándose la documental aportada de Resoluciones extranjeras siguen precisando (salvo excepciones regladas en los propios Convenios o Reglamentos Comunitarios) del reconocimiento [...].

[...] Encontrándonos ante una demanda de divorcio entre nacionales senegalés [sic], si bien prima facie el art. 107 nos reenvía a la legislación de la nacionalidad común de los mismos como derecho aplicable, ello no obstante, resulta conveniente, como así ha hecho la juzgadora de instancia, atender también a la circunstancia del domicilio conyugal, residencia habitual en Gijón, y el art. 22.3 LOPJ, entiende que la residencia común de los litigantes es España al tiempo de la interposición de la demanda de separación o

divorcio determina la competencia de los Tribunales españoles [sic]. Y si bien ello no allanaría por completo la interpretación favorable a la lex civilis fori del domicilio frente a la ley nacional común, si [sic] procede atender igualmente a la razonable oportunidad de aplicar el apartado c) in fine del art. 1.007 [sic] [...] así como a la excepción del art. 12.3 del C. Civil. «En ningún caso tendrá aplicación la legislación extranjera cuando resulte contraria al orden público», tomado éste como conjunto de principios, públicos y privados, políticos, socio-económicos, morales y que, como parámetros de la realidad moralmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, son tenidos como absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad en cada determinada época. [...] Y a la vista de la documentación aportada, legislación vigente en Senegal (Código de Familia de Senegal) es de apreciar contiene [sic] una regulación contraria al orden público español, y a los principios consagrados en nuestra Constitución, que proclama el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (arts. 32 CE), como correctamente ha apreciado la juzgadora de instancia (discriminación de la edad para contraer matrimonio, dote que la familia del marido ha de dar a la esposa, poligamia, ejercicio patria potestad sobre los hijos por el marido, quien [sic] elige el lugar de residencia de la familia, intento de reconciliación sin asistencia letrada, las causas de divorcio contrarias al principio de igualdad, disuelto el matrimonio la esposa no puede casarse hasta transcurridos tres meses, por contrario el esposo puede casarse inmediatamente). De este modo, la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaba a los principios y garantías que configuran el orden público español. [...]

Nota. 1. Una senegalesa con domicilio en Gijón solicita ante los órganos jurisdiccionales españoles la disolución de su matrimonio, la atribución de la custodia de los hijos comunes a su favor, alimentos para ellos y una pensión compensatoria. Su cónyuge, un senegalés también domiciliado en Asturias, invoca cosa juzgada y, subsidiariamente, litispendencia: existe un proceso de divorcio abierto entre las mismas partes en Senegal, en el curso del cual se ha dictado una resolución sobre medidas provisionales. El JPI núm. 9 de Gijón desestima las excepciones y concede el divorcio, atribuye la custodia a la madre, dispone un régimen para el caso de que ésta y su ex cónyuge no acuerden un régimen de comunicación y visitas, fija una cuantía para los alimentos y reconoce una pensión compensatoria; todo ello en aplicación de la ley española. El demandado recurre, reiterando las mentadas excepciones y señalando que «no acepta la operatividad de las normas sustantivas españolas». La AP desestima la apelación, reproduciendo los razonamientos de la resolución de instancia. Las cuestiones de interés que suscita la sentencia son varias; pero, por las consabidas razones de espacio, me limitaré a analizar la referida a la inaplicación de la ley extranjera contraria al orden público (véase § 2) y a realizar una referencia a las cuestiones procesales (§ 3).

2. En lo tocante a la ley aplicable, la decisión dista de ser ejemplar. Primero, porque no aplica otra norma de conflicto que no sea el art. 107 CC, cuando esta disposición, como es sabido, no determina la ley aplicable a las medidas de responsabilidad parental ni a los alimentos para los hijos; y si establece la ley rectora de los alimentos entre ex cónyuges es por remisión de la disposición conflictual aplicable (al respecto, véase ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 333-335). Segundo, porque emplea la excepción de orden público de forma tosca, inadecuada.

La disolución del vínculo matrimonial se regía por la ley senegalesa, en tanto que ley nacional común en el momento de presentación de la demanda (art. 107.2.I CC), de forma que, existiendo ley aplicable y siendo la demanda contenciosa, el único motivo para dar aplicación a la *lex fori ex art. 107.2.II CC* era el del apartado c): contrariedad de la ley extranjera con el orden público español. En esta ocasión no podía tener lugar el desplazamiento de la ley extranjera por la ley española que viene siendo tan habitual en la práctica, por la ausencia o insuficiencia de prueba de aquélla (la interpretación de los órganos jurisdiccionales de la normativa en la materia conduce incluso a defender que la solución vigente en España es un sistema conflictual facultativo: cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, 2.^a ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2007, p. 523). El JPI y la AP deciden inaplicar el Derecho senegalés por su contrariedad con el orden público español porque debía de estar suficientemente probado. De hecho, la ley extranjera debería ser *lex certa* también para aplicar la excepción específica del art. 107.2.II CC (véase, en relación con la excepción general del art. 12.3 CC, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 12.3», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1992, pp. 894-926, esp. pp. 899-900). Pero la AP no acierta en el manejo de la excepción, frente a lo que suele ser habitual (a este respecto, véase ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 293-295). No indica en qué forma la aplicación de los preceptos del Derecho senegalés, y cuáles en concreto, vulneraría *in casu* un determinado valor o principio constitucional de los que integran el concepto (véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 12.3», *loc. cit.*, pp. 916-918). Antes al contrario, el Tribunal alude con carácter general a aspectos de la ley senegalesa que atentan claramente el orden público (por ejemplo, al principio de igualdad entre sexos), pero que, en algunos casos, ni siquiera estaban en cuestión (como la discriminación en la edad nupcial o la poligamia). Además, no se efectúa ningún intento de coordinar en lo posible la ley española con la senegalesa, en el (debido) doble intento de preservar la armonía, interna e internacional (cfr. QUINONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 62-63), mostrando una actitud abierta hacia ordenamientos foráneos. A este respecto, interesa observar que la AP de Asturias, en el extracto arriba recogido, reproduce casi al pie de la letra otras resoluciones, como la SAP de Málaga núm. 120/2005, de 10 de febrero (*Westlaw Aranzadi*, JUR 2005/139773: véase FD 2.^o), pero omite una puntualización de importancia que ésta sí efectúa: la aplicación del orden público «ha de ser prudencial y restringida al objeto de evitar que resulte al cabo inasequible la aplicabilidad de legislaciones foráneas».

3. La competencia judicial internacional no es cuestionada; pero conviene destacar el error que comporta fundamentarla en el art. 22.3 LOPJ. Si la demanda, como todo parece indicar, fue presentada en una fecha posterior a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II bis, era éste el instrumento aplicable. Cuestión aparte es que el resultado no cambie, dado que la residencia habitual común también es el primero de los criterios de competencia previstos en la norma institucional [art. 3.1.a) Reg. Bruselas II bis]. Pero lo que sí alega el cónyuge demandado es la existencia de otra resolución, con la finalidad de que el juez español declare cosa juzgada, y («subsidiariamente») de un proceso de divorcio abierto en Senegal, para que aprecie litispendencia. La defensa, por tanto, no se muestra muy acertada: o existe ya una decisión firme sobre el fondo, o el proceso continúa abierto. Porque, como es sabido, 1) sólo las decisiones con efecto de cosa juzgada formal pueden ser objeto de reconocimiento en el régimen de la LEC 1881; 2) ésta es la norma aplicable al reconocimiento de las resoluciones senegalesas, ya que no existe convenio ni reglamento que les resulte de

aplicación, y 3) el reconocimiento es indispensable para hacer valer dicho efecto, al margen de que sea necesario (o no) tramitar un procedimiento, como sería el caso (sobre estas cuestiones, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2009, pp. 191-193, 188-189 y 185, respectivamente). La AP de Asturias acierta a manifestar estos motivos para rechazar la cosa juzgada, aunque vierte alguna afirmación dudosa, como que las resoluciones «*siguen precisando* (salvo excepciones regladas en los propios Convenios o Reglamentos Comunitarios) *del reconocimiento [...]* (la cursiva es mía)»: el Tribunal se equivocaría si cree que existe algún convenio que extienda el efecto analizado sin reconocimiento. Pero yerra, sobre todo, cuando rechaza la situación de litispendencia esgrimiendo los mismos motivos. Es una lástima, a este respecto, que la AP haya desaprovechado la oportunidad de responder a la invocación de la excepción con una solución adecuada, que coadyuve a poner remedio al silencio de la LEC 2000.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

5. DIMENSIÓN INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2010-18-Pr

DERECHO INTERREGIONAL.—Ley aplicable a la sucesión: art. 9.8 CC.—Troncalidad vizcaína.—Excepción al principio de unidad y universalidad de la sucesión.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 y 16 CC; art. 23.2 Ley 3/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 111/2010, de 11 de marzo de 2010. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

F: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2010\131681.

El hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, de acuerdo con los artículos 16 y 9.1 CC, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos inter vivos y mortis causa. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones mortis causa, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

La presente nota se enmarca en la ejecución de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia (Cod. PGIDITO6CSC20201PR). Proyecto de Investigación subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia sobre (Ref. Incite 09 202 150 PR); Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder (Ref. SEJ2007-65950).

Nota. 1. En el presente caso nos encontramos con un causante que fallece intestado y sin descendientes, ostentando vecindad civil común, pues si bien había tenido

la vecindad civil vizcaína, la perdió por residencia continuada de más de diez años en Madrid, donde falleció. El cónyuge supérstite acude ante notario para otorgar acta de notoriedad de declaración de herederos *ab intestato* a su favor, de conformidad con lo dispuesto en el CC. Dos hermanas de vínculo sencillo materno y una sobrina, hija de un hermano fallecido, demandan al cónyuge supérstite pidiendo la nulidad de la declaración de herederos *ab intestato* al entender que en la herencia hay un bien troncal, sito en Neguri (Vizcaya), que el causante había recibido por herencia de su madre. El TS aplica el art. 23.2 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCFPV), que dispone que la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna de los derechos y deberes derivados de la troncalidad, al entender que el régimen de derechos derivados de ésta constituyen una limitación al Derecho aplicable, en este caso, a la sucesión.

2. La troncalidad es una forma de organización de la propiedad, vinculada a la familia, cuya estructura consta de tres elementos: un elemento real, que consiste en la existencia de un bien inmueble, denominado bien raíz, sito en el territorio del Infanzonado o Tierra Llana. Un elemento personal, que consiste en una relación de parentesco entre el titular del bien troncal y los llamados a recibir con preferencia el bien troncal en caso de transmisión del mismo. Un elemento causal, a través del cual se explica la conexión de un determinado bien con unos determinados parientes. Los tres elementos son necesarios para la configuración de la relación de troncalidad (véase CELAYA IBARRA, A., *Vizcaya y su Fuero Civil*, Pamplona, Aranzadi, 1965, pp. 240 y ss.), de la que se derivan una serie de limitaciones que afectan al titular del bien troncal, pues de acuerdo con el art. 17.2 LDCFPV, sólo podrá disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros, so pena de nulidad (art. 24 LDCFPV).

Dada la configuración de la troncalidad, son dos las conexiones que se toman en consideración: una territorial, referida al bien que debe estar sito en territorio aforado; y otra de tipo personal, referida a la cualidad de vizcaíno que debe ostentar el titular del bien troncal. La doctrina puso de relieve la facilidad de atentar contra el derecho de troncalidad en aquellos casos en los que el punto de conexión a tomar en consideración, como en el caso de la sucesión *mortis causa*, fuera el del estatuto personal del titular del bien troncal; un sencillo cambio de vecindad civil era suficiente para evadir las obligaciones derivadas de la troncalidad. Por esta razón, se vio necesario garantizar los derechos de los parientes troncales en aquellos casos en los que el titular del bien troncal dejara de tener vecindad civil vizcaína, espíritu al que responde el art. 23.2 LDCFPV.

3. El comentario a la decisión del TS de la aplicación del art. 23.2 LDCFPV a la sucesión de un causante con vecindad civil común, debe realizarse desde dos dimensiones: competencial y sustantiva. Desde el punto de vista competencial no plantea ninguna duda la competencia exclusiva estatal recogida en el art. 149.1.8 CE para la determinación de las «normas para resolver los conflictos de leyes». Dicho esto, debemos preguntarnos cuál es el ámbito de aplicación del art. 23.2 LDCFPV y, en concreto, si su aplicación está prevista para la resolución de los conflictos interlocales, surgidos en el interior del territorio del País Vasco, o si su vocación es aplicarse a los conflictos interregionales. Éste último es el ámbito de aplicación que le ha dado el TS, decisión con la que no podemos estar de acuerdo, pues, con independencia de la idoneidad de la solución desde un punto de vista material, una aplicación de esta norma con factor de interregionalidad implica una clara extralimitación del legislador vasco en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, núm. 1, 2000, pp. 23-81, esp. pp. 53-54). Debe ser el legislador estatal el que tenga en cuenta

las peculiaridades de la troncalidad vizcaína y prevea una norma a través de la cual se eviten las evasiones, ya sea con buena o mala fe, de las obligaciones derivadas de la troncalidad por un sencillo cambio de vecindad, como de hecho se previó hasta la reforma del Título Preliminar de 1974. Con anterioridad a esta reforma, el CC, tras establecer la conexión personal de la vecindad civil del causante para la determinación de la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, preveía en el párrafo tercero del art. 10 una previsión especial para aquellos vizcaínos que residiendo en las villas, poseyeran bienes en territorio aforado, a los que se les debía aplicar, en lo que concierne a la sucesión de dichos bienes, la Ley 15 del Título XX del Fuero de Vizcaya, a través de la cual se extendía la troncalidad con base en un principio de territorialidad. Con el art. 10.3 CC se posibilitaba el respeto al principio de la troncalidad, cuya aplicación se extendió por el TS a supuestos con factor de internacionalidad, como ocurrió en la Sentencia de 18 de marzo de 1925 (véase CELAYA IBARRA, A., *op. cit.*, p. 282).

Mayor relevancia posee la dimensión sustantiva de la aplicación del art. 23.2 LDCFPV. La consecuencia fundamental de su aplicación es la ruptura del principio de unidad de la sucesión, consagrado en nuestro sistema en el art. 9.8 CC, pues implica en este caso la existencia de dos leyes aplicables al causante: la LDCFPV, en lo que se refiere a la transmisión *mortis causa* del bien troncal, y el CC para todo lo demás. El carácter territorial de la troncalidad implica un régimen sucesorio específico, basado en una conexión territorial (véase IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», *RGD*, núm. 537, 1989, pp. 3561-3582, esp. p. 3577), de tal forma que supone un fraccionamiento de la sucesión en todos aquellos casos en los que la ley personal del causante no sea la vizcaína. La ruptura del principio de unidad de la sucesión con ocasión de la troncalidad vizcaína es una excepción a aquél principio asumida tanto por la doctrina (véase FONT SEGURA, A., *loc. cit.*, pp. 52 y ss; CALVO CARAVACA, A. L., «Sucesión hereditaria», en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.^a ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 393-422, esp. p. 419), como por la jurisprudencia [STS de 8 de junio de 1874, STS de 11 de octubre de 1960, STSJ País Vasco de 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992/10269)]. Dicha ruptura tiene como aspecto positivo el respeto al Derecho vizcaíno; hemos visto cómo la troncalidad precisa de una conexión territorial para su correcto funcionamiento, lo que implica que el Derecho vizcaíno no puede asumir el principio de unidad de la sucesión impuesto por el legislador estatal por una cuestión de incompatibilidad. Este choque con el principio de unidad ha sido puesto de relieve por la doctrina, al tomar en consideración la posible pertinencia de conexiones territoriales en materia sucesoria, dada la configuración de algunos Derechos civiles españoles (véase, respecto del Derecho foral gallego, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Artículos 4 y 5», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 1, Madrid, Edersa, 1997, pp. 131-154, esp. p. 154; también, respecto del caserío guipuzcoano, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *La proyección del sistema español de Derecho interregional sobre el Derecho civil guipuzcoano*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 163). El aspecto negativo de la excepción al principio de unidad es la falta de justificación de la misma desde el punto de vista del sistema. No hay razón objetiva alguna por la que se admita la aplicación de una norma unilateral de Derecho vizcaíno y no se admita, sin embargo, la aplicación de otras normas unilaterales, ya sea de los ordenamientos forales, ya sea de ordenamientos extranjeros, que teniendo el espíritu de proteger una particularidad o especialidad, impliquen la ruptura de la unidad de la sucesión; pues bien podríamos preguntarnos, qué ocurriría si nuestros tribunales conocieran de una sucesión intestada de un nacional español, titular de un bien sito en el extranjero, donde se previera una norma unilateral de carácter

territorial que recogiera un régimen sucesorio especial para la transmisión *mortis causa* de ese bien.

4. La presente sentencia deja en evidencia el sistema español de Derecho interregional en materia de sucesiones, que siendo una proyección del sistema sucesorio del CC, no arbitra las soluciones necesarias para acoger los distintos intereses y concepciones de los ordenamientos jurídicos españoles. El legislador vasco, por un lado, se ha visto obligado a dictar una norma unilateral basada en un principio de territorialidad para proteger la institución de la troncalidad extralimitándose en el ejercicio de sus competencias; los tribunales, por otro lado, se han visto obligados a aplicarla sin cuestionar la constitucionalidad de la misma. Independientemente de la idoneidad de la solución material a la que se llega en la sentencia, no estamos de acuerdo con el camino seguido hasta ella, puesto que debería ser una norma estatal y no una norma unilateral autonómica la que previera una solución acorde con la troncalidad vizcaína. Todo esto, pone de relieve, una vez más, la necesidad de elaborar una ley de Derecho interregional, en el ejercicio de la competencia estatal del art. 149.1.8 CE, en la que tengan cabida las distintas particularidades de los ordenamientos españoles en materia sucesoria. Siguiendo a FONT SEGURA (véase FONT SEGURA, A., *loc. cit.*, p. 54), nos parece adecuada la posibilidad de prever una norma que, como el art. 15 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1989 o el art. 22 de la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos [COM (2009) 154 final], respete los regímenes sucesorios especiales. Como también señaló S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el alcance sustancial de la reserva exclusiva del Estado es mucho más exigente con el legislador estatal, al moverse en una dimensión «que puede requerir más normas materiales especiales, más normas de aplicación, normas más diferenciadas, análisis concretos de cada institución, de cada derecho civil especial» (*Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 42).

Por último, la excepción al principio de unidad de la sucesión que deriva de la troncalidad vizcaína, unida a la existencia de más situaciones en las que se produce la ruptura del principio de unidad, nos empuja a preguntarnos por la pertinencia de una flexibilización de este principio, sobre todo en relación a la existencia de regímenes sucesorios especiales, no ya en ordenamientos jurídicos extranjeros, sino en los propios ordenamientos civiles españoles.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ