

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: CIUDADANÍA EUROPEA.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Obtención de pruebas.—2.2. Competencia judicial internacional.—2.3. Ley aplicable a obligaciones contractuales.—3. TRIBUNAL DE JUSTICIA: MARCA COMUNITARIA.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—4.1. Competencia judicial internacional.—4.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.—5. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—5.1. Responsabilidad civil.—5.2. Sucesiones.—6. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO INTERTERRITORIAL.—6.1. Responsabilidad extracontractual.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: CIUDADANÍA EUROPEA

2011-1-Pr

CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—Libertad de circular y residir en los Estados miembros.—Nombre de las personas físicas.—Apellido de una persona física mayor de edad añadido a su nombre como consecuencia de adopción cons-

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2010-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas los años 2010 y 2011. Colaboran en la presente crónica, Vésela Andreeva Andreeva, Santiago Álvarez González, Laura Carballo Piñeiro, Clara I. Cordero Álvarez, Ángel Espinilla Menéndez, Albert Font i Segura, Luis Garau Juaneda, Javier Maseda Rodríguez, Pedro Alberto de Miguel Asensio, Cristian Oró Martínez, Carmen Otero García-Castrillón, Isabel Rodríguez-Uría Suárez y Rebeca Varela Figueroa, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Complutense de Madrid, Illes Balears, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela.

tituida en un Estado miembro.—Título nobiliario y partícula nobiliaria del apellido.—No reconocimiento en otro Estado miembro: orden público.

Preceptos aplicados: art. 21 del TFUE.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien*.
Juez ponente: A. Rosas.

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

[...] 71. *Por consiguiente, la negativa, por las autoridades de un Estado miembro, a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, e inscrito durante quince años en el registro civil del primer Estado miembro, constituye una restricción a las libertades reconocidas por el artículo 21 TFUE a todo ciudadano de la Unión [...].*

El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.

Nota: 1. El régimen jurídico del nombre de las personas físicas no deja de llamar a la puerta del TJUE poniendo bajo su lupa las decisiones de las autoridades nacionales cuando contrarían lo querido y requerido por los interesados o cuando, como es el supuesto que nos ocupa, las autoridades toman la iniciativa para remover una situación de hecho que se había prolongado durante quince años. Dentro del periodo que cubre la presente crónica, además del presente caso, el TJ resolvió el asunto C-391/09, en su Sentencia de 12 de mayo de 2001 (*Runevič-Vardyn y Wardyn*). Ambos, en un primer acercamiento, se distinguen de anteriores supuestos (*Konstantinidis, García Avello, Grunkin y Paul*) al menos en su solución: el TJ avala la actitud legal y administrativa del correspondiente Estado miembro en contraposición a las reclamaciones de los interesados. Hay, evidentemente, otras diferencias.

La STJ de 22 de diciembre de 2010 resuelve el caso de *Ilonka Sayn-Wittgenstein* o quizá *Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein*. Los hechos nos narran que Ilonka, nacional austriaca con residencia habitual en Alemania, fue adoptada en Alemania y en edad adulta (a los cuarenta y siete años de edad) por un nacional alemán, de nombre Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. Como consecuencia de la adopción, el *Kreisgericht* Worbis (Alemania) determinó que Ilonka había adquirido el apellido «Fürstin von Sayn-Wittgenstein». Las autoridades austriacas inscribieron dicho apellido en el registro civil austriaco y otorgaron a la interesada diversa documentación austriaca donde constaba su nuevo y noble apellido. A raíz de un caso similar al de la interesada, resuelto por el *Verfassungsgerichtshof* austriaco en 2003, las autoridades de este país comunicaron a Ilonka (en 2007) la intención de corregir el apellido registrado «Fürstin von Sayn-Wittgenstein» por el de «Sayn-Wittgenstein» debido a la Ley sobre

abolición de la nobleza (1919) y sus disposiciones de ejecución por las que se prohíbe el derecho a usar cualquier título de rango nobiliario (como *Fürst*, príncipe) e incluso la partícula *von* (de) a él asociado. Así pues, se eliminaba la partícula *Fürstin von* («princesa de») del apellido de Ilonka.

Los recursos de la interesada llegaron ante el *Verwaltungsgerichtshof* que a la vista del precedente *Grunkin y Paul* decidió preguntar al TJ: «¿Se opone el artículo [21 TFUE] a una legislación de conformidad con la cual las autoridades competentes de un Estado miembro pueden negarse a reconocer el apellido de un adoptado (adulto), determinado en otro Estado miembro, en la medida en que el mismo contiene un título nobiliario no admitido por el Derecho (constitucional) del primer Estado miembro».

2. La respuesta del TJ fue, como quedó dicho y se refleja en el fallo reproducido, que no. Que no existe la oposición cuestionada. En el camino argumental que condujo a tal conclusión hay algunos detalles que merece la pena destacar. Por un lado, una abundante presencia de observaciones estatales muy mayoritariamente proclives a rechazar que en el caso concreto la solución austriaca se opusiese al art. 21 TFUE. En términos generales, puede entenderse esta posición como una resistencia natural ante la progresiva invasión de espacios reservados hasta ahora a la soberanía de cada Estado. En el caso de las observaciones del Gobierno austriaco, resulta totalmente comprensible; como comprensible resulta que el Gobierno lituano se alinee con una interpretación *pro* Derecho nacional y aproveche la ocasión para deslizar que ello también valdría para proteger, en particular, la lengua nacional (aún estaba pendiente de resolución el citado caso *Runevič-Vardyn y Wardyn*). Los argumentos esgrimidos giraron en torno a una interpretación estricta de la jurisprudencia *Grunkin y Paul* y la diferenciación del asunto principal respecto de aquél. Realmente existen algunos datos, especialmente subrayados por los Gobiernos alemán y austriaco, que son objetivamente distintos: en el presente caso sólo hay una inscripción del nombre y ésta se localiza en Austria, como consecuencia de lo cual no existe divergencia alguna entre dos registros de dos EM; además, y directamente emparentado con este hecho, la exclusiva nacionalidad austriaca de la interesada hace que sólo las autoridades de su país le proporcionarán documentos acreditativos de su identidad, por lo que no habría problema de prueba de la misma ante documentos contradictorios. Otros argumentos giraron sobre la diferencia entre un apellido *propio sensu* y la utilización de un «complemento» de un apellido para alejar el caso del precedente *Grunkin y Paul*. Este tipo de razonamientos trataba de acreditar que no había una restricción a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios. A ellos se opuso, aunque no de forma contundente, la opinión de la Comisión.

El TJ no siguió esta visión complaciente de las observaciones de los Gobiernos. Sin negar rotundamente dichas alegaciones, no las consideró suficientemente relevantes. Reconoció que los inconvenientes planteados a Ilonka por la situación generada probablemente no fuesen tan graves como los ponderados en el caso *Grunkin y Paul* (punto 70 de la sentencia), pero concluyó que tener que modificar todos los «rastros formales» del apellido usado durante quince años por la interesada tanto en la esfera pública como en la privada constituye un «grave inconveniente» en el sentido de la Sentencia *Grunkin y Paul* (puntos 63 y 65). Ejemplificó con la posibilidad de que dicha interesada tuviese que presentar incluso después de la modificación (la última, determinada por las autoridades austriacas) documentos anteriores. En fin, con la posibilidad real de que tuviese que disipar dudas en el futuro sobre la autenticidad de dos documentos con distinto apellido o incluso dudas sobre su propia identidad.

3. El siguiente paso, una vez afirmada la concurrencia de restricción real a las libertades de circulación y residencia, fue determinar si existía en el caso una justificación para tal restricción. En este punto, el TJ sí fue sensible a las observaciones de los Gobiernos y la Comisión (con una posición menos clara). Los tópicos manejados fueron, esencialmente, la «identidad constitucional de la República de Austria» la «historia y [...] los valores fundamentales de la República de Austria» y «los valores fundamentales del ordenamiento jurídico austriaco, en particular [...] el principio de igualdad». El TJ, apoyándose en el ahora trascendente Considerando 38 de la Sentencia *Grunkin y Paul* («Además, procede señalar que no se ha invocado ante el Tribunal de Justicia ningún motivo específico que pudiera, en su caso, oponerse al reconocimiento del apellido de Leonhard Matthias, tal como ha sido atribuido e inscrito en Dinamarca, como sería el hecho de que en Alemania ese apellido fuera contrario al orden público»), considera que evidentemente existen razones objetivas para no reconocer el apellido tal cual fue impuesto en Alemania: la Ley de abolición de la nobleza, con rango constitucional, y la consecución del objetivo de preservar el principio de igualdad. Y considera, además, que tales razones no son desproporcionadas ni van más allá de lo necesario para obtener el objetivo constitucional que persiguen (punto 93). Se adorna con el art. 4 TFUE, en virtud del cual se establece que la Unión respeta la «identidad nacional» de los Estados miembros y falla que la actitud de las autoridades austriacas en el caso principal no se opone al art. 21 TFUE.

4. El razonamiento es todo lo ortodoxo y convincente que puede ser el recurso al orden público. Existen algunos datos que han podido coadyuvar y otros que quedaron (alguno llamativamente) fuera del corazón del discurso del TJ. Entre los primeros, hay que destacar la presencia tópica en todo momento de la cualidad de mayor de edad de la solicitante y de la naturaleza constitucional de la normativa austriaca que se había aplicado. Recordemos que todo el problema surgió a raíz de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional austriaco para un caso similar. Lo constitucional y lo identitario jugaron un papel importante junto a la edad de la solicitante para apartarse del precedente más inmediato *Grunkin y Paul*. El TJ, sin embargo, no sucumbió en primera instancia: afirmó la contrariedad de la situación con la libre circulación de personas; sólo que admitió la existencia de un bálsamo para alinearse con la opinión casi unánime de los Gobiernos: el orden público. La comprensión, a mi juicio claramente excesiva, del orden público español en la Instrucción DGRN, de 24 de febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea (que remite esencialmente en la materia a la anterior Instrucción DGRN de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español) ya tiene un punto de apoyo más evidente que el casi escondido marginal 38 de la Sentencia *Grunkin y Paul*.

Entre los segundos —datos ausentes del razonamiento— llama la atención el mínimo espacio que se concede a la dimensión de la vulneración de los derechos humanos alegada por la interesada. Tan sólo en el punto 52 se hace alusión, de pasada y sin volver sobre el tema, al art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Al contrario que sucedía con las Conclusiones de la Abogada General, donde la mención de ambos preceptos formaba parte del frontispicio del «Marco Jurídico», en la sentencia no aparecen. En este marco, no está de más recordar aquí la cierta similitud, salvadas las distancias, con el caso *Wagner c. Luxemburgo*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había violado el art. 8 CEDH cuando la señora Wagner vio denegado el reconocimien-

to de una adopción plena constituida en el extranjero en aplicación del sistema legal luxemburgués. El hecho de que las autoridades luxemburguesas hubieran seguido una práctica administrativa favorable a dicho reconocimiento (tolerándolo al margen de la propia ley) creando una expectativa de buena fe en Wagner que pudo ser un factor fundamental para amparar la reclamación. En el caso actual, también se trataba de una situación de estado civil creada de buena fe en un Estado extranjero y reconocida y tolerada durante 15 años en el Estado del reconocimiento. Yo no descartaría la fortuna de una reclamación basada en la existencia de una injerencia injustificada en la vida personal y familiar: ¿Qué diríamos si el adoptado fuese un menor de edad al que cambian su apellido —su identidad— al cabo de quince años?

Igualmente es destacable la enigmática advertencia o mera constatación que hace el TJ en los puntos 40 y 41 de la sentencia: juzga la compatibilidad de la situación creada por el no reconocimiento del apellido en cuestión con la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión (art. 21 TFUE) y no si puede considerarse una restricción a la libre prestación de servicios dentro de la Unión, proscrita por el art. 56 TFUE, que en palabras del propio TJ podría ser «legítimamente» invocado, a la vista de que la demandante ejercía en Alemania un actividad profesional de prestación de servicios a destinatarios en uno o varios Estados miembros diferentes. Dicha libertad sí había sido alegada por la interesada en los litigios seguidos en Austria, si bien no formó parte del contenido de la cuestión prejudicial: ¿hubiese deparado una solución distinta la confrontación del supuesto con el citado art. 56 TFUE? La abogada general considera el tema de la «actividad profesional» de la demandante como un tema importante (punto 46 de las Conclusiones) pero no lo desarrolla suficientemente. Habrá que esperar a otra ocasión.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago

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

2.1. Obtención de pruebas

2011-2-Pr

COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.—Reglamento (CE) núm. 1206/2001.— Obtención de pruebas: pago de indemnizaciones debidas a testigos.— Admisibilidad de la cuestión prejudicial: aplicación retroactiva de la derogación del art. 68 TCE, ejercicio de la función jurisdiccional.—Concepto de costas.

Preceptos aplicados: art. 267 del TFUE; arts. 14 y 18 del Reglamento 1206/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero de 2011, asunto C-283/09, *Artur Weryński, Mediatel 4B*. Juez ponente: M. Berger.

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

El objetivo perseguido por el artículo 267 TFUE de instaurar una cooperación eficaz entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales y el principio de economía procesal militan a favor de que se consideren admisibles las peticiones de

decisión prejudicial planteadas por órganos jurisdiccionales de instancias inferiores durante el periodo transitorio inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa [...].

[...] el Tribunal de Justicia es competente, desde el 1 de diciembre de 2009, para conocer de las peticiones de decisión prejudicial que emanan de órganos jurisdiccionales cuyas decisiones sean susceptibles de recurso [...].

[...] para que el Tribunal de Justicia pueda conocer de la interpretación de cualquier norma procesal del Derecho de la Unión que el órgano jurisdiccional remitente esté obligado a aplicar para poder emitir su fallo se debe entender este concepto en el sentido de que engloba todo el procedimiento que conduce a la sentencia [...]. Los artículos 14 y 18 del Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 [...], deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional requirente no está obligado a abonar al órgano jurisdiccional requerido un adelanto a cuenta de la indemnización ni a reembolsar la indemnización debida al testigo interrogado.

Nota: 1. La cuestión prejudicial se plantea en el marco de un litigio entre el señor Weryński y Mediatel 4B, su antiguo empresario, que tenía por objeto una reclamación de indemnización por daños y perjuicios en relación con un pacto contractual de no competencia. La cuestión planteada ante el TJUE se refiere sin embargo a un aspecto procedimental de dicho litigio, a una manifestación de la cooperación judicial entre órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros, Polonia e Irlanda.

En el marco de este procedimiento, el Sad Rejonowy dla Warszawy Śródmieścia (tribunal remitente), órgano jurisdiccional polaco de primera instancia, solicita a la Dublin Metropolitan District Court que proceda a realizar la toma de declaración a un testigo, según el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales en materia de obtención de pruebas en materia civil o mercantil. En la legislación irlandesa un testigo sólo está obligado a comparecer para declarar si se le abonan los gastos derivados del cumplimiento de dicha diligencia. El órgano irlandés condicionó la ejecución de la petición polaca al abono de 40 euros. El tribunal remitente consideró que dicha solicitud no procedía según lo establecido en el Derecho comunitario. No pudiendo alcanzarse un acuerdo, ni siquiera tras el recurso a los órganos centrales previstos en el art. 3 del Reglamento examinado, el tribunal remitente procedió a presentar una cuestión prejudicial para determinar si el órgano requerido a efectos del Reglamento núm. 1206/2001 puede condicionar la ejecución de la petición de asistencia al pago de cantidades debidas a los testigos en concepto de indemnización o bien exigir su reembolso con posterioridad. El mayor interés de esta decisión del TJUE se encuentra, sin embargo, en la respuesta que el Tribunal da a las dudas presentadas por la Comisión Europea respecto de la competencia del propio Tribunal y de la admisibilidad de la cuestión.

2. Siguiendo el orden empleado por el Tribunal en sus consideraciones, empezaremos por analizar su competencia. La Comisión pone de manifiesto que el tribunal remitente no es un órgano de última instancia y que este hecho hace que, siendo el Reglamento núm. 1206/2001 una norma adoptada en el marco del antiguo Título IV, la admisión de la competencia del Tribunal es contraria al art. 68 CE. De acuerdo con esta disposición, el Tribunal sólo puede conocer de cuestiones prejudiciales respecto de actos del Título IV cuando estas hayan sido remitidas por órganos jurisdiccionales de última instancia.

El Tribunal afirma su propia competencia con dos argumentos, una interpretación teleológica del art. 267 del TFUE y el principio de economía procesal. Partiendo del reconocimiento de que la petición se presentó en un momento (23 de julio de 2009)

en el que dicha competencia no existía, se constata que el art. 68 CE ha sido modificada por el Tratado de Lisboa, produciéndose una ampliación de las competencias del Tribunal con la aplicación del art. 267 TFUE a los actos adoptados de acuerdo con el antiguo Título IV. Se plantea la cuestión de determinar el régimen transitorio de aplicación del art. 267, es decir, qué ocurre con aquellas peticiones presentadas antes de la vigencia del mismo, de las cuales el Tribunal conoce con posterioridad. El Tribunal afirma que, el objetivo de este último artículo de «instaurar una cooperación eficaz entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales» junto con el principio de economía procesal hacen posible extender a este tipo de situaciones las nuevas competencias.

Acierta el Tribunal al afirmar su competencia respecto de este tipo de peticiones, así como en los elementos argumentativos empleados para ello. La interpretación teleológica del art. 267 TFUE permite establecer que el Tribunal ha de trabajar en estrecha colaboración con los estamentos judiciales de los Estados miembros para alcanzar una aplicación homogénea del Derecho comunitario. Es posible, por tanto, la aplicación retroactiva de las nuevas competencias. La derogación del art. 68 CE ha supuesto una mejora en la interpretación homogénea de los instrumentos del antiguo Título IV ya que la posibilidad de que los órganos judiciales de primera instancia soliciten la interpretación de los mismos evita que la no interposición de un recurso, por los particulares, dé lugar a una aplicación fraccionada de estas normas.

La aplicación del principio de economía procesal desaconseja mantener la imposibilidad de que los tribunales de primera instancia recurran a la cuestión prejudicial, y lo hace en dos sentidos. En primer lugar puesto que se produciría el efecto del replanteamiento de la misma cuestión, toda vez que, actualmente esta competencia es indiscutible. Y en segundo lugar, obligar a los particulares a alcanzar el último escalón del proceso judicial, cuando tras la reforma de los Tratados ya no es necesario, supondría una dilación innecesaria.

Esta última idea nos permite enlazar con un elemento que no se recoge en la decisión pero que podría haberse empleado: la aplicación retroactiva de la norma procesal más favorable. Se trataría de aplicar retroactivamente la derogación del art. 68 CE puesto que beneficia a los particulares, y supone una ampliación de sus derechos. El principio de irretroactividad de las normas produce menos problemas en el ámbito del Derecho procesal que en otros ámbitos (FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría General del Derecho Procesal*, México, UNAM, 1992, p. 66). Sin embargo, algunas de las reglas relativas a su funcionamiento son comunes a todas las ramas del Derecho, es el caso de la retroactividad de las normas más favorables. Las reformas en aspectos instrumentales del proceso judicial tienen como objetivo mejorar la eficacia en la administración de justicia por tanto, se presupone que las normas posteriores tienen un carácter más favorable. Es el caso, en el supuesto al que se refiere esta sentencia.

3. Respecto de la admisibilidad de la cuestión prejudicial la Comisión Europea presenta dos dudas, la primera de las cuales adquiere una mayor relevancia por ser la primera vez que el Tribunal aborda esta cuestión. Se afirma que la resolución de la cuestión prejudicial no es necesaria para resolver el fondo del litigio, sino que se refiere a la cooperación entre tribunales de distintos Estados miembros. El Tribunal procede a interpretar el art. 267 del TFUE en lo que se refiere al concepto de «poder emitir su fallo» y acertadamente interpreta que ha de considerarse esta formulación con carácter amplio y extensivo.

Si la norma cuya interpretación se pretende es de carácter procesal, deben considerarse admisibles las cuestiones prejudiciales sobre elementos instrumentales cuyo

impacto sobre la resolución de fondo será siempre indirecto. La naturaleza de los instrumentos legislativos de cooperación judicial hace que resulte difícilmente imaginable que puedan plantearse dudas sobre la interpretación de los mismos cuya resolución sea «estrictamente necesaria» para adoptar una decisión de fondo. Sin embargo una interpretación estricta del art. 267 TFUE tendría como consecuencia una imposibilidad de que el Tribunal pudiese pronunciarse sobre este tipo de instrumentos. El Tribunal utiliza de nuevo en este caso una interpretación teleológica, atendiendo a la finalidad de favorecer la cooperación entre autoridades judiciales para conseguir una administración de justicia más eficaz, como justificación de la necesidad de fijar una interpretación extensiva, predicando la admisibilidad de cuestiones prejudiciales aun cuando no sean necesarias para la resolución del conflicto principal, puesto que el resultado de la correcta o incorrecta aplicación de los instrumentos de cooperación sí puede tener un impacto crucial sobre la resolución de fondo.

4. Sobre el fondo de la cuestión el Tribunal impone una interpretación restrictiva del art. 18.2 del Reglamento núm. 1206/2001, ya que se trata de una excepción a la regla general del no reembolso de gastos derivados de una solicitud de asistencia judicial internacional.

Quizás uno de los elementos más interesantes y que puede pasar desapercibido es el problema que se plantea en este caso en relación con la falta de una calificación clara del concepto de costas procesales. El Tribunal aprovecha esta oportunidad para realizar una calificación autónoma de dicho concepto así como de los términos empleados en el apartado primero de este art. 18, «gastos» y «tasas». Es posible observar una tendencia a la elaboración de calificaciones autónomas en relación con conceptos procesales o instrumentales en diversas decisiones del Tribunal (STJUE de 26 de junio de 2009, asunto C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*; STJUE de 8 de mayo de 2007, asunto C-14/07, *IHK*), algo que resulta fundamental si se tienen en cuenta las importantísimas divergencias que en este campo existen entre los distintos Estados miembros así como la tradicional aplicación de la *lex fori* a todos los aspectos del proceso (VILÁ COSTA, B., y ATTAL, M., *La place de la procédure et de la coopération entre juges et acteurs nationaux*, Toulouse, IRDEIC, 17 y 18 de marzo de 2011).

Rebeca VARELA FIGUEROA
Universidad Autónoma de Barcelona

2.2. Competencia judicial internacional

2011-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Demanda en un Estado miembro por incumplimiento contractual.—Demanda en otro Estado miembro por nulidad contractual derivada de la invalidez de una decisión del órgano de la sociedad contratante.—Competencia exclusiva en materia societaria.—Sumisión expresa pactada en el contrato.—Litispendencia.

Preceptos aplicados: arts. 22.2 y 23 del Reglamento (CE) 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a) de 12 de mayo de 2011, asunto C-144/10, *BVG c. JPMorgan*. Ponente: Sr. D. K. Lenaerts.

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

[...] 36. Asimismo, procede señalar que otra finalidad de las reglas de competencia que resultan de las disposiciones del artículo 22 del Reglamento núm. 44/2001 es conferir una competencia exclusiva a los tribunales de un Estado miembro en circunstancias particulares en las que, habida cuenta de la materia de que se trata, dichos tribunales se encuentran en mejores condiciones para conocer de los litigios relativos a ésta, debido a la existencia de un vínculo especialmente estrecho entre dichos litigios y el citado Estado miembro.

37. Por tanto, el artículo 22, número 2, del Reglamento núm. 44/2001 confiere la competencia para conocer de los litigios sobre la validez de una decisión de los órganos de una sociedad a los tribunales del domicilio de ésta. En efecto, dichos tribunales se encuentran en mejores condiciones para conocer de los litigios que se refieren exclusivamente, o principalmente, a tal cuestión.

38. No obstante, en el contexto de un litigio de naturaleza contractual, las cuestiones relativas a la validez, a la interpretación o a la oponibilidad del contrato son la esencia de éste y constituyen su objeto. Toda cuestión relativa a la validez de la decisión de celebrar el citado contrato, adoptada con anterioridad por los órganos sociales de una de las partes, debe considerarse accesoria. Si bien puede formar parte del análisis que debe realizarse a este respecto no constituye no obstante el único, ni tampoco el principal objeto.

39. Por consiguiente, el objeto de un litigio contractual de este tipo no tiene necesariamente un vínculo especialmente estrecho con el foro del domicilio de la parte que invoca una supuesta invalidez de una decisión de sus propios órganos. Por tanto, sería contrario a una buena administración de la justicia someter tales litigios a la competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro del domicilio de una de las sociedades contratantes.

40. Asimismo, una interpretación amplia del artículo 22, número 2, del Reglamento núm. 44/2001 tampoco sería conforme a la finalidad específica de dicha disposición que consiste simplemente en centralizar la competencia para conocer de los litigios que tengan por objeto la existencia de las sociedades y la validez de las deliberaciones de sus órganos, para evitar decisiones contradictorias (véase, en este sentido la sentencia *Hassett y Doherty*, antes citada, apartado 20). En efecto, dicha finalidad se limita únicamente a los litigios que tengan el citado objeto y dicha disposición no pretende, por tanto, centralizar la competencia para conocer de todos los litigios que tengan por objeto un contrato que implique a una persona jurídica que invoque la invalidez de las decisiones de sus propios órganos como medio de defensa [...].

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

El artículo 22, número 2, 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 no se aplica a un litigio en el que una sociedad invoca que no puede oponerse al contrato debido a su supuesta invalidez, por la infracción de sus estatutos, de una decisión de sus órganos que condujeron a la celebración de éste.

Nota: 1. Sobre la base de una elección de los tribunales ingleses pactada conforme al art. 23 del Reglamento «Bruselas I», el 10 de octubre de 2008, JPMorgan y una de sus filiales interponen una demanda por incumplimiento contractual ante la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales contra BVG, con domicilio social en Alemania; éste comparece en el proceso alegando que el contrato es nulo porque su órgano directivo infringió los estatutos sociales al celebrar el contrato. Precisamente sobre la

base de la competencia exclusiva de los tribunales del domicilio de BVG para conocer de la invalidez de la decisión de su órgano directivo, de acuerdo con el art. 22.2 del Reglamento «Bruselas I», el 9 de marzo de 2009, BVG interpone una demanda ante el *Landgericht* de Berlín solicitando la nulidad de dicho contrato.

De entrada, la sentencia no aclara que la validez de decisiones de una persona jurídica pública como BVG no entra dentro del ámbito material del Reglamento «Bruselas I», salvo que dicha sociedad se rijan por el Derecho privado. Tampoco que, aun entendiendo aplicable dicho Reglamento, los tribunales alemanes, exclusivamente competentes para conocer de la invalidez de la decisión societaria, no tienen por ello competencia alguna para conocer de otras acciones, como puede ser la de nulidad contractual, que fue la ejercitada en el caso. De haber tenido en cuenta estos extremos, se habría finiquitado la cuestión prejudicial haciendo innecesaria la mayor parte de los argumentos de la Sentencia.

2. No obstante, la argumentación del Tribunal es de interés *ad abundantiam*, para destacar cómo el órgano judicial competente para conocer del cumplimiento o nulidad de un contrato tiene, si su legislación procesal la contempla, una competencia incidental para conocer de una materia «exclusiva» de los tribunales de otro Estado, *in casu*, la validez del acuerdo del órgano directivo para celebrar el contrato. Enunciaré los argumentos que avalan esta solución, ordenados, según mi criterio, de mayor a menor importancia. Destacaría, primero, un argumento literal, incomprensiblemente silenciado por el Tribunal, como es que, al regular el control de oficio de la competencia, se señala de modo expreso la obligación de abstenerse únicamente si existe una competencia exclusiva de otro tribunal sobre una materia planteada a título principal (art. 25). *A sensu contrario*, y como segundo argumento lógico, no existe obligación de abstenerse si la materia «exclusiva» de otros tribunales se ha planteado de forma incidental, de lo que se deduce que no se vulnera el art. 22 sobre competencias exclusivas. Sí repara el Tribunal en un tercer argumento, de tipo lingüístico, al preferir las versiones que se refieren a la competencia exclusiva respecto de demandas que tengan «por objeto» determinadas cuestiones societarias, expresión que parece reducir la competencia exclusiva a demandas a título principal. Se relegarían otras versiones, entre ellas la castellana, que se refieren a la competencia exclusiva «en materia de» Derecho de sociedades, expresión que podría ampliar la competencia exclusiva a las cuestiones societarias presentadas a título incidental (apdos. 26 y 27). El Tribunal se vale de un cuarto argumento, éste finalista, al que le da gran valor: si la competencia exclusiva nace, entre otras razones, para preservar la especial vinculación entre determinados litigios y tribunales (apdos. 36 y 37), dicha vinculación no está tan presente cuando la cuestión sobre la que surge la competencia exclusiva se presenta de un modo incidental, pudiendo calificarse como accesoria (apdo. 38). Un quinto argumento, de carácter sistemático, sería que cuanto más reducidos sean los foros exclusivos, de naturaleza excepcional, mayor amplitud tendrán los foros generales. Conviene recordar aquí la acertada remisión del Tribunal (apdo. 33) al Considerando 11 del Preámbulo del Reglamento «Bruselas I», que se refiere a que los foros generales deben regir «siempre» (*sic*) salvo algunos casos «muy concretos» (*sic*). Sexto argumento, éste de carácter axiológico: cuanto más restrictiva sea la interpretación de los foros exclusivos, mayor será el juego de la autonomía de la voluntad de las partes (apdo. 32) y la «autorregulación» es una de las mejores fórmulas para el arreglo de controversias en materia de contratos. De hecho, negar una competencia incidental para materias afectadas por una competencia exclusiva daría un poder exorbitante al demandado, ya que por el mero hecho de alegar en su contestación dicha materia «exclusiva» podría paralizar el proceso. Ya como argumentos menores, cabría referirse, en séptimo lugar, al ar-

gumento histórico, pues el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 nació con la idea de preservar unas competencias exclusivas sobre cuestiones planteadas a título principal (apdo. 43); y también a un octavo argumento, de carácter práctico, y es que la negación de la competencia incidental sobre una materia afectada por un foro exclusivo podría vaciar de contenido muchos litigios relativos a obligaciones contractuales y extracontractuales en los que intervengan personas jurídicas, afectando a la buena administración de la justicia (apdo. 34).

Sin embargo, otros razonamientos del Tribunal en beneficio de la competencia incidental sobre una materia «exclusiva» de otros tribunales resultan mucho menos convincentes e, incluso, prescindibles. Así ocurre cuando se invoca la falta de proximidad entre el tribunal exclusivamente competente para la validez de la decisión societaria y la nulidad del contrato derivado de aquélla (apdos. 39 y 40). Como ya señalé al principio, más bien debería negarse la mayor, pues el tribunal exclusivamente competente para conocer de la validez de una decisión societaria no tiene ninguna competencia legalmente prevista para declarar la nulidad de un contrato derivado de aquella decisión. La única excepción, ajena a lo aquí tratado, es la acumulación de acciones contractuales y reales sobre bienes inmuebles ante el tribunal exclusivamente competente para estas últimas (art. 6.4 Reg. «Bruselas I»).

Asimismo, el Tribunal resulta poco convincente cuando señala que no existe contradicción entre esta Sentencia y la jurisprudencia apuntada en el Asunto *GAT c. LuK* (apdos. 44 y 45; al respecto, véase GONZÁLEZ BELFUS, C., «Nulidad e infracción de patentes en Europa de *Gat* y *Roche*», *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 269-284, esp. pp. 281 y ss.). Es verdad que, desde una lógica material, a la que se aferra el Tribunal, no existe contradicción entre las distintas Sentencias, dado que el caso aquí tratado versa sobre sociedades (art. 22.2) y el del Asunto *GAT c. LuK* sobre patentes (art. 22.4 del Reg. «Bruselas I», antiguo art. 16 en el Convenio de Bruselas). Pero, desde una lógica procesal, existe una contradicción evidente, pues en unos casos se admite y en otros se niega una competencia incidental sobre materias afectadas por un foro exclusivo. Es discutible hasta qué punto el Tribunal puede suplir el silencio del Reglamento «Bruselas I» con interpretaciones contrarias del art. 22 según la materia.

3. Si la mayor parte de la Sentencia contiene argumentos a mayor abundamiento, ya puestos a entrar en ellos, falta rematar la construcción de la competencia incidental sobre materias afectadas por un foro exclusivo. En particular, el Tribunal debió destacar que el juez que conoce de la cuestión principal, pueda pronunciarse sobre la cuestión incidental sólo a los efectos de su proceso, es decir, vinculando únicamente a las partes que están litigando y por la cuestión por la que litigan.

La relatividad de este pronunciamiento incidental debe estar garantizada por el Derecho europeo, y no hacerla depender de legislaciones estatales, como se insinuó en el Asunto *GAT c. LuK* (apdo. 30). Sólo así se preserva el efecto útil de las normas europeas de competencia exclusiva a título principal, que quedan vacías de contenido si se permite que las legislaciones nacionales otorguen un efecto *erga omnes* a un pronunciamiento incidental. Esta eficacia relativa del pronunciamiento incidental es quizá la solución más adecuada, aunque también tiene sus inconvenientes, destacando principalmente dos. En primer lugar, puede suceder que los efectos *inter partes* sean igual o más importantes en la práctica que los efectos *erga omnes*. Baste observar que un proceso que declare la nulidad contractual incluyendo un pronunciamiento incidental con eficacia *inter partes* sobre la validez de una decisión societaria de la que derivó la celebración de un contrato quitará interés a un segundo proceso donde se ventile la validez de la decisión societaria *erga omnes*. Al fin y al cabo, el contrato ya habrá sido

declarado nulo en el primer proceso; a lo sumo, el interés en un pronunciamiento *erga omnes* se reducirá a los efectos de posibles responsabilidades del órgano societario (véase ARENAS GARCÍA, R., «La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado», en *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 157-200, esp. pp. 164 y ss.). Un segundo inconveniente es que persiste un mínimo riesgo de decisiones contradictorias, aunque el Tribunal de Justicia señale lo contrario (apdo. 41). Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que, por una distinta apreciación de los hechos y del Derecho, incidentalmente e *inter partes* se declara la invalidez de la decisión y en el proceso a título principal y *erga omnes* se sostiene su validez o viceversa. Habrá contradicción entre decisiones, aunque puedan coexistir en el espacio de justicia europeo porque una afecta sólo al caso concreto y la otra tiene una eficacia general.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2.3. Ley aplicable a obligaciones contractuales

2011-4-Pr

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.—Convenio de Roma de 1980.—Prestación laboral ejecutada en varios Estados.—Ley aplicable en defecto de pacto del art. 6.2.a) CR: Ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo.—Ejercicio de la autonomía de la voluntad y normas imperativas de la ley aplicable en defecto de pacto.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 6.2.a) y 6.2.b) del CR.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg. Juez ponente: C. Toader.

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

El art. 6, apartado 2, letra a), del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [...] debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que el trabajador ejerza su actividad en varios Estados contratantes, el país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo con arreglo a la citada disposición, es aquél en el cual o a partir del cual, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan dicha actividad, el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario.

Nota: 1. La sociedad Gasa Spedition, domiciliada en Luxemburgo, y dedicada al transporte de flores y otras plantas desde Odense (Dinamarca) a varias poblaciones en Alemania y otros Estados europeos, suscribe un contrato de trabajo con el señor Koelzsch, conductor de camiones y residente en Osnabrück (Alemania), contratándolo como conductor de envíos internacionales: entre otros acuerdos, eligen la Ley luxemburguesa como ley aplicable. Posteriormente, el trabajador fue despedido, por lo que reclama, iniciando un periplo judicial desde el *Arbeitsgericht Osnabrück*, incompetente *ratione loci* (ratificada por *Landesarbeitsgericht Osnabrück*), hasta el *Trib. travail Luxembourg*: este Tribunal aplicó la Ley luxemburguesa a la totalidad del liti-

gio, frente a la petición del señor Koelzsch de aplicabilidad de las normas imperativas de Derecho alemán que protegen a los miembros del órgano de representación de los trabajadores o *Betriebsrat* (art. 15.1 KSchG, que prohíbe despedir a sus miembros, incluidos suplentes), ex art. 6.1 CR, por entender la Ley alemana como *lex contractus* en defecto de pacto. La *Cour d'appel Luxembourg* confirmó esta resolución en cuanto al fondo (inadmitió por nueva la petición del señor Koelzsch de aplicación de la Ley alemana); y la *Cour cass. Luxembourg* desestimó el recurso de casación posterior. Finalizado definitivamente el primer procedimiento, el señor Koelzsch interpone ante el *Trib. d'arrondissement Luxembourg* recurso de indemnización contra el *État du Grand-Duché de Luxembourg* por daños derivados de una supuesta aplicación incorrecta de las reglas del CR por los Tribunales de Luxemburgo: este Tribunal ubicó el caso en el ámbito del art. 6.2.b) CR, contratos de trabajo con prestaciones en varios Estados, y, con ello, estimó la aplicación de las normas imperativas del país del establecimiento del empresario en lo que afecta a la regulación de los órganos de representación del personal. Tras recurso, la *Cour d'appel Luxembourg* considera la aplicación del art. 6.2.a) CR, que lleva a la Ley del país de realización habitual del trabajo, que, a su juicio, debería interpretarse a la luz del art. 5.1 CB 1968, así como en atención tanto al art. 19 del Reglamento 44, como al art. 8 Roma I, que no sólo se refieren al país de realización del trabajo, sino también a aquél a partir del cual el trabajador desarrolla su actividad, lo que no permitiría descartar por principio la Ley alemana como *lex contractus*. En la duda, decide plantear ex art. 2 del *Primer Protocolo de interpretación CR*, que lo legitima, una cuestión prejudicial relativa al alcance del art. 6.2.a) CR: si, cuando establece que el contrato de trabajo se rige por la Ley del Estado en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que éste lleve a cabo su prestación laboral en varios Estados, pero regrese sistemáticamente a uno de ellos, ha de considerarse que es este último Estado aquél donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo.

2. El TJUE procede a interpretar de forma autónoma el criterio del país en el que el trabajador «realice habitualmente su trabajo [...]» del art. 6.2.a) CR (FD 30 y 32), lo que no extraña en orden a la unificación de sus reglas conflictuales, evitando el *forum shopping* y facilitando el correcto funcionamiento del mercado interior. Es lo que busca el art. 18 CR, aunque no ofrezca pautas al operador jurídico de cómo enfrentarse a esta labor. De ahí los arts. 31 y 32 Conv. Viena Der. Trat., 23 de mayo de 1969, cuando hablan de recurrir tanto a la interpretación gramatical, sistemática y auténtica de los términos del CR, a los trabajos preparatorios (versiones oficiales en distintos idiomas) y, especialmente, a sus objetivos expuestos en su Preámbulo, amén de los distintos informes oficiales (Informe Giuliano/Lagarde, aun sin carácter vinculante). Con todo, el recurso más importante es la labor vinculante del TJUE, no sólo en lo que respecta al art. 6 CR, cuya práctica, no obstante, es muy escasa (aun cuando el CR data de 1980, su Protocolo de interpretación no sólo fue firmado en 1988, sino que entró en vigor en 2004, además de establecer un recurso sólo facultativo; de hecho, la resolución que comentamos es la primera relativa al art. 6.2 CR), sino también, tal como aquí ocurre, tanto al art. 8 Roma I como a la jurisprudencia anterior del TJUE relativa a un precepto que no es de ley aplicable y sí de competencia judicial internacional, como es el anterior art. 5.1 CB 1968, y que emplea términos similares a los utilizados por el legislador en el art. 6.2 CR, lo que va a facilitar la coordinación entre *forum* y *ius*. No debe olvidarse que el concepto de contrato individual de trabajo que aparece en el art. 5.1 CB 1968 fue tomado precisamente del art. 6 CR (STJUE 26 de mayo de 1982, *Ivenel*), y que el CR se elaboró con la finalidad de continuar la labor de unificación jurídica en el ámbito del DIPr iniciada con el CB 1968 (Preámbulo CR). Tampoco, que el legisla-

dor comunitario tuvo en cuenta la jurisprudencia sobre el art. 5.1 CB 1968 en materia laboral cuando elaboró el Regl. Roma I, que sustituyó al CR, en lo que ahora interesa, en la mención que hace el art. 8.2 Roma I a la ley del país *en el cual o a partir del cual* el trabajador realice su trabajo habitualmente. Además, alcanzar el objetivo del correcto funcionamiento del mercado interior exige que la interpretación uniforme de sus normas se realice de forma coherente y unitaria entre los diferentes instrumentos reguladores (p. ej., Considerandos núms. 4 y 6 Roma I), lo que incluiría también la atención a la jurisprudencia del TJUE relativa al art. 45 TFUE, como precepto general regulador de las relaciones relativas a los trabajadores en el ámbito de la UE.

3. Pues bien, a nuestro juicio y a pesar de que el art. 6.2.a) CR habla sólo de «por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo [...]», no debería descartarse en todo caso su aplicación también para aquellos supuestos en los que el trabajador, aun realizando prestaciones en más de un Estado, ejecuta habitualmente su actividad laboral *a partir de* un concreto país. Ello se ajusta al principio de protección del trabajador como parte débil que preside el sistema comunitario y convencional de selección de ley aplicable en materia laboral y que se refleja no sólo en las restricciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 6.1 CR frente a la regla general del art. 3 CR), sino también en el resto de conexiones objetivas empleadas en el art. 6.2 CR: el lugar donde el trabajador ejerce su labor profesional es el criterio que mejor representa la vinculación del contrato de trabajo con un determinado ordenamiento desde el momento en que su actividad en un país determinado se halla influida por las circunstancias políticas y profesionales propias de este Estado, tales como disposiciones de Derecho obligatorio o convenios colectivos (FD 42). Por ello, nada obsta a realizar una interpretación extensiva del tenor del art. 6.2.a) CR de conseguir así vincular al trabajador con el país en el que desarrolla e influye su actividad, garantizando en la medida de lo posible el respeto de las normas de protección laborales previstas en el Derecho de ese país, lo que se ajusta, asimismo, a la jurisprudencia del TJUE en materia laboral cuando, precisamente respecto de trabajadores que ejercen su actividad en más de un Estado contratante, obliga como lo hace a una interpretación en este sentido (FD 41).

No debe obviarse tampoco que el art. 8.2 Roma I, que sucede al art. 6.2.a) CR, está redactado de esta manera, bajo la mención de «país en el cual o, en su defecto, *a partir del cual* [...]», lo que es muestra de la voluntad del legislador comunitario de fijar normativamente esta interpretación extensiva y de procurar la vinculación del trabajador con el lugar donde se halle efectivamente su centro de actividades, relegando a una menor utilización al criterio establecido ex art. 8.3 Roma I que vincula el contrato con el lugar donde se halla el establecimiento del empresario (FD 43). Esta forma de proceder facilita, además, la aplicación continuada y coherente con la práctica y con la normativa actual del art. 8 Roma I (FD 46); y ello, aun cuando la redacción es distinta: piénsese, por un lado, que el legislador comunitario tuvo en cuenta la jurisprudencia del TJUE respecto del art. 5.1 CB 1968 a la hora de la elaboración del art. 8 Roma I, basándose alguna de ella precisamente en el art. 6.2 CR 1980; y, por otro, que lo que hizo el Regl. Roma I fue sustituir al CR bajo las premisas de garantía sustancial de continuidad (art. 24.2 Roma I). Por ello, tiene sentido poder interpretar las disposiciones del CR de la misma manera que sus equivalentes en el Regl. Roma I, cuyas normas no dejarían de ser una formulación o codificación más clara de la práctica anterior; lo que garantizaría una aplicación continuada y coherente al evitar en la medida de lo posible interpretaciones divergentes de preceptos que se suceden unos a otros.

4. Entendido el lugar habitual de prestación laboral del art. 6.2.a) CR en el sentido referido, las circunstancias relevantes a la hora de identificar el lugar habitual de trabajo en relación con contratos cuyas prestaciones se ejecuten en varios Estados, tienen que ver con el cumplimiento de las obligaciones principales respecto de la empresa y con el centro efectivo de realización de las actividades profesionales del trabajador (STJUE de 13 de julio de 1993, *Mulox*; STJUE de 9 de enero de 1997, *Rutten*; STJUE de 10 de abril de 2003, *Pugliese*), y ello, siempre adaptado a las peculiaridades de la actividad laboral concreta que debe desarrollar el trabajador (FFDD 39, 45 y 48). Menor relevancia tiene el dato de que el asalariado regrese sistemáticamente al Estado donde se halle el centro de sus actividades o a otro diferente: si se limita sólo a ello, pero realiza la parte principal de sus prestaciones laborales en un Estado distinto, no debería considerarse el primer Estado como el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo. Del mismo modo, el mero hecho de que el trabajador realice su trabajo *a partir de* un determinado Estado contratante no basta para que se aplique la ley de dicho Estado si no coincide con el centro efectivo de realización de sus actividades profesionales. El criterio temporal, por su parte, no decisivo ante el centro efectivo de las actividades del trabajador, sí puede ser tenido en cuenta en aquellos casos en los que el trabajador dispone de más de un centro efectivo de realización de sus actividades principales, o bien cuando no dispone realmente de un centro efectivo, pero en ambos casos desarrolla su actividad principal básicamente en un Estado concreto (FD 45), siendo menos significativo su trabajo en otro Estado (STJUE de 27 de febrero de 2002, *Weber*). Trasladado todo ello al caso que nos ocupa (FD 49), no debería descartarse la posibilidad de que la Ley alemana pudiera operar a título de ley aplicable en defecto de pacto en relación con el contrato de trabajo firmado entre Gasa Spedition y el señor Koelzsch: piénsese que es Alemania el Estado en el que el conductor pasa la mayor parte del tiempo, y también es Alemania el lugar a partir del cual organiza sus actividades profesionales, desde donde inicia sus viajes el trabajador y al que regresa sistemáticamente, donde los camiones se estacionan generalmente y donde se estaciona también el vehículo del señor Koelzsch (en Osnabrück), efectuándose en este lugar asimismo los intercambios para el transporte, lo que parece indicar que el centro efectivo de sus actividades profesionales se encuentra en dicho Estado.

5. Aun cuando estamos hablando del alcance del art. 6.2.a) CR, no podemos obviar que la sociedad Gasa y el señor Koelzsch habían elegido la Ley luxemburguesa como normativa reguladora de su contrato, lo que resulta expresamente admitido en el art. 6.1 CR. Ahora bien, esta ley elegida sólo será la ley aplicable de suponer un estándar de protección para el trabajador al menos semejante a aquél ofertado por la ley que sería aplicable en defecto de elección: la Ley luxemburguesa, que era lo que pretendía la sociedad Gasa a título de «ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador [...]» del art. 6.2.b) CR; o bien, como aquí cabría considerar, la Ley alemana ex art. 6.2.a) CR. La aplicación de la Ley luxemburguesa evitaría todo tipo de comparación, dada su coincidencia con la ley elegida, y no así la Ley alemana, que llevaría a verificar los niveles de protección de ambos ordenamientos en busca del más favorable a los intereses del trabajador. Ello no significa, no obstante, la imposibilidad de aplicación de la ley elegida a ciertos aspectos de la relación laboral: frente a una comparativa en bloque, que exigiría del operador jurídico la valoración de ambas leyes en presencia para decantarse por una aplicable a la totalidad de la relación laboral, en el caso que nos ocupa se procede a una valoración comparativa respecto de la cuestión objeto de debate, esto es, el despido del trabajador como miembro de un órgano de representación (art. 15.1 KSchG), lo que parece ajustarse mejor al art. 6 CR. La elección de ley no sería ineficaz en su conjunto, sino sólo

en aquello en lo que la ley aplicable en defecto de pacto proporcione al trabajador una protección más elevada, fragmentación sí permitida en el CR siempre que no derive en descoordinación en la regulación del contrato, lo que aquí no ocurre. En todo caso, las normas imperativas de las que habla el art. 6.1 CR sólo lo serían a nivel interno, como parece ser el art. 15 KSchG, y no aquellas normas que son imperativas también a nivel internacional, cuyo cauce de introducción no sería el art. 6.1 CR sino el art. 7 CR.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago

3. TRIBUNAL DE JUSTICIA: MARCA COMUNITARIA

2011-5-Pr

REGLAMENTO 40/94 SOBRE LA MARCA COMUNITARIA.—Alcance territorial de la prohibición de continuar cometiendo actos de violación.—Eficacia de las medidas coercitivas en otros Estados de la UE: aplicación del Reglamento 44/2001.

Preceptos aplicados: arts. 93, 94, 97 y 98 del Reglamento 40/94 y Capítulo III del Reglamento 44/2001.

STJUE de 12 de abril de 2011, asunto C-235/09, DHL Express France SAS, anteriormente DHL Internacional SA c. Chronopost SA. Ponente: U. Lõhmus.

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

33. [...] *el alcance territorial de una prohibición de seguir cometiendo actos de violación o de intento de violación de una marca comunitaria, en el sentido del artículo 98, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94, viene determinado tanto por la competencia territorial del tribunal de marcas comunitarias que dicta dicha prohibición como por el ámbito territorial del derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria que resulta menoscabado [...].*

37. *En virtud del artículo 93, apartados 1 a 4, del Reglamento núm. 40/94, en relación con el artículo 94, apartado 1, del mismo Reglamento, el tribunal de marcas comunitarias [...] es competente, en particular, para pronunciarse sobre los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro.*

38. *Por consiguiente, un tribunal de marcas comunitarias, como aquel al que se ha sometido el asunto en el procedimiento principal, es competente para conocer de los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de uno o varios Estados miembros, o incluso en la totalidad de ellos. Por tanto, su competencia puede extenderse a todo el territorio de la Unión.*

39. *Por otra parte, el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria, que le confiere el Reglamento núm. 40/94, se extiende, en principio, al conjunto del territorio de la Unión, en el que las marcas comunitarias gozan de una protección uniforme y producen sus efectos.*

[...] 44. *Consiguientemente, para garantizar esta protección uniforme, la prohibición de continuar cometiendo actos de violación o de intento de violación de la marca comunitaria dictada por un tribunal de marcas comunitarias competente debe extenderse, en principio, a todo el territorio de la Unión.*

45. *En efecto, si, por el contrario, el alcance territorial de esta prohibición se limitara al territorio del Estado miembro respecto al cual ese tribunal constató el acto de violación o de intento de violación [...] se correría el riesgo de que quien cometió la violación volviera a explotar el signo de que se trate en un Estado miembro respecto del cual no se hubiera dictado la prohibición. Además, los nuevos procedimientos judiciales que el titular de la marca comunitaria tuviera que incoar aumentarían [...] el riesgo de resoluciones contradictorias [...].*

55. *En el procedimiento principal, la resolución de prohibición dictada por el tribunal de marcas comunitarias iba acompañada de una multa coercitiva impuesta en virtud su legislación nacional. Para que dicha medida coercitiva produzca efecto en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado al que pertenece el tribunal que la ha adoptado, el tribunal de ese otro Estado miembro al que se someta esa cuestión debe, conforme a lo dispuesto en el capítulo III del Reglamento núm. 44/2001, reconocer y ejecutar dicha medida conforme a las normas y modalidades previstas por su Derecho nacional.*

56. *En el caso de que el Derecho nacional del Estado miembro requerido [...] no prevea ninguna medida coercitiva análoga a la adoptada por el tribunal de marcas comunitarias que dictó la prohibición [...] el tribunal requerido, como ha indicado el abogado general en el punto 67 de sus conclusiones, deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de la prohibición dictada inicialmente.*

Nota: 1. El primer ámbito en el que esta Sentencia constituye una aportación significativa es el relativo al alcance territorial de la prohibición de ciertas conductas de infracción de una marca de la UE. La determinación del alcance territorial de las medidas de prohibición que pueden adoptar los tribunales frente a ciertas actividades ilícitas reviste creciente interés, en especial como consecuencia de la expansión del uso de medios, como es el caso de Internet, a través de los cuales ciertas actividades de infracción pueden afectar al territorio de varios Estados o incluso presentar un alcance global. Es claro que en tales situaciones el titular de los derechos —en este caso de marcas de la UE— puede tener interés en obtener medidas de cesación que no se limitan al territorio del Estado cuyos tribunales adoptan la medida de prohibición.

Conforme al criterio del Tribunal de Justicia, son dos los elementos que determinan el alcance territorial de las medidas de prohibición que puede adoptar un tribunal de un Estado miembro en el marco del Reglamento 40/94 sobre la marca comunitaria (aunque sus normas aparecen ahora codificadas en el Reglamento 207/2009, sobre la marca comunitaria, que altera la numeración de alguno de los preceptos aplicados en la sentencia, ésta utiliza la numeración anterior habida cuenta de que los hechos relevantes son anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 207/2009). Esos dos elementos son: el alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que conoce del asunto y el ámbito territorial del Derecho infringido. Con respecto al primero de los elementos, cabe constatar que es apropiado que la prohibición impuesta por un tribunal sólo pueda ir referida a un ámbito territorial respecto del cual tenga competencia judicial internacional. Se trata de un criterio clave en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en el que es bien conocido el contraste entre los supuestos en los que un tribunal tiene competencia judicial internacional para conocer de una actividad ilícita sin limitación del territorio —por ejemplo, en los casos en los que su competencia se funda en el fuero general del domicilio del demandado del art. 2 Reglamento 44/2001— y aquellos en los que su competencia se limita al territorio de un Estado —como es el caso de los tribunales del lugar en el que el daño se manifiesta fun-

dada en el art. 5.3 Reglamento 44/2001—. Ciertamente, desde esta perspectiva cuando la competencia judicial internacional relativa a la actividad ilícita se halla limitada al territorio de un Estado no cabe que adopte prohibiciones de seguir cometiendo actos de infracción que no se limiten a ese Estado. Por eso, el Tribunal de Justicia considera decisivo, a los efectos de concretar el posible alcance territorial de las medidas adoptadas en el caso concreto, el que cuando la competencia de un tribunal se funda en los apartados 1 a 4 del art. 93 Reglamento 40/94 (art. 97 Reglamento 207/2009) comprende los actos de violación cometidos o que intenten cometerse en cualquier Estado miembro (a diferencia de lo que sucede cuando la competencia se basa en el art. 93.5 ya que el art. 94.2 limita su alcance a «pronunciarse sobre los hechos cometidos o que intenten cometerse en el territorio del Estado miembro en que radique ese tribunal»). Por ello, el Tribunal de Justicia concluye que la competencia del órgano judicial que conocía del asunto principal puede extenderse a todo el territorio de la Unión.

El otro elemento relevante según el criterio del Tribunal de Justicia para concretar el posible alcance espacial de las medidas de prohibición es el ámbito territorial del Derecho exclusivo que resulta menoscabado. En principio este elemento se vincula con el peculiar carácter de los derechos de propiedad intelectual, como derechos de exclusiva de carácter estrictamente territorial. Ciertamente, la territorialidad de tales derechos determina que las acciones que pueden ejercitarse con base en los mismos, en particular las relativas a la prohibición de ciertas conductas, deban ir referidas al territorio al que se extiende la exclusividad. Por ello, el Tribunal de Justicia vincula el que la prohibición pueda ir referida al conjunto de la UE con el carácter unitario de las marcas comunitarias que otorgan un derecho de exclusiva que se extiende al conjunto del territorio de la UE, destacando además que para asegurar una protección uniforme y evitar la necesidad de tramitar procesos paralelos con riesgos de decisiones contradictorias, en principio las medidas de prohibición adoptadas con base en el Reglamento sobre la marca comunitaria deben abarcar todo el territorio de la UE. No obstante, el Tribunal con base en su jurisprudencia acerca de qué actos constituyen infracción de marca, pone de relieve cómo las circunstancias que concurren en determinadas situaciones determinan que el alcance territorial de la protección deba ser restringido de modo que las medidas de prohibición derivadas de la infracción de una marca comunitaria no vayan referidas al conjunto del territorio de la UE, para asegurar que dicho alcance territorial no excede de lo que el derecho de exclusiva permite a su titular para proteger la marca, que se limita a prohibir únicamente cualquier uso que pueda menoscabar las funciones de la marca, así como que respeta la circunstancia de que el titular del derecho puede restringir el alcance territorial de la acción que ejercita (apdos. 46 a 48 de la Sentencia).

2. Como ha quedado apuntado, la concreción del alcance territorial de las medidas judiciales de prohibición o cesación presenta particular importancia con respecto a múltiples categorías de ilícitos, no sólo los relativos a la infracción de marcas comunitarias sino también a la violación de derechos de propiedad intelectual en general—que no van referidos al conjunto de la UE— y en otras materias como la vulneración de derechos de la personalidad, sobre todo con respecto a actividades desarrolladas a través de Internet. Por ello, resulta de interés tener en cuenta que la sentencia reseñada aborda esta cuestión desde la perspectiva específica de la infracción de las marcas comunitarias.

Ahora bien, cabe señalar que los dos elementos que identifica como determinantes para concretar la extensión territorial de las medidas de prohibición: alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que conoce del asunto y ámbito territorial del derecho de exclusiva del titular son básicamente los determinantes también

con respecto a cualquier litigio relativo a la infracción de derechos de propiedad intelectual. Cuando tales derechos no presentan carácter unitario ni van referidos al conjunto de la UE la posibilidad de que un tribunal competente para ello adopte medidas de prohibición que se extiendan al territorio de varios Estados requerirá en principio que quien ejercita las acciones sea titular de derechos de exclusiva de los diversos Estados a cuyo territorio se extiende la prohibición y que la actividad prohibida lo esté en cada uno de esos Estados conforme a su respectiva legislación (ley del país para el que se reclama la protección).

Asimismo, tratándose de medidas de prohibición para hacer frente a vulneraciones de otros derechos, como las que derivan de actos de intromisión en el derecho al honor o a la propia imagen, cabe también apreciar como determinante del alcance territorial de las medidas, en primer lugar, la extensión de la competencia judicial internacional del tribunal que conoce del asunto (por ejemplo, resultante de la aplicación de los arts. 2 o 5.3 Reglamento 44/2001), y en segundo lugar, la consideración como prohibida de la actividad de que se trate conforme a la ley o las leyes que resulten aplicables.

3. Otro ámbito en el que esta Sentencia presenta especial interés es el relativo a la eficacia transfronteriza de las medidas coercitivas, a partir de la constatación de que tales medidas pueden ser necesarias para garantizar la observancia de la prohibición impuesta por un tribunal y proteger eficazmente el derecho de marca, lo que constituye una obligación de los Estados miembros conforme al art. 3 de la Directiva 2004/48 sobre la tutela de la propiedad intelectual, que la Sentencia menciona de manera expresa. Tras recordar su jurisprudencia previa, en el sentido de que el tribunal de marcas comunitarias de un Estado miembro que conoce del asunto está obligado a adoptar de entre las medidas previstas en su legislación aquellas que sean idóneas para garantizar el cumplimiento de la prohibición que dicte (apdo. 53), el Tribunal de Justicia deja claro que las normas sobre reconocimiento y ejecución del Capítulo III del Reglamento Bruselas I son de aplicación cuando se pretende que la multa coercitiva, impuesta según la legislación nacional por el tribunal de marcas para garantizar su resolución de prohibición, produzca efecto en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenece el tribunal que la ha adoptado.

Como la disponibilidad y configuración de esas multas vienen determinadas por las legislaciones nacionales, con respecto a los supuestos en los que en la legislación del Estado requerido no se prevean medidas coercitivas análogas a aquellas cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, conforme a la Sentencia, el tribunal requerido debe aplicar un criterio de equivalencia funcional, recurriendo a las disposiciones que en la legislación nacional aseguren ese mismo objetivo (apdos. 55 y 56).

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

4.1. Competencia judicial internacional

2011-6-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: Cláusula arbitral.—Reglamento de la Cámara de Comercio de París.—Convenio de Bruselas de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Reglamento

CE 44/2001).—Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías.

Preceptos aplicados: Reglamentos de la Cámara de Comercio de París de 14 de julio de 1997 y 14 de junio de 2005; art. 5 del Reglamento CE 44/2001.

Auto núm. 172/2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre. Ponente: Ilma. Sra. Mireia Ríos Enrich.**F.: Aranzadi Westlaw JUR 2010/387047.**

TERCERO.—Ambas partes aceptan y no es un hecho controvertido que, en el documento de modificación del acuerdo de distribución de fecha 14 de junio de 1997 [...], se pactó expresamente que cualquier controversia que surgiese entre las partes, sobre la interpretación de aquel contrato, sería sometida a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París. Por tanto, no se cuestiona que se pactó la sumisión a arbitraje, sino que se trata de determinar [...], si sería de aplicación el Reglamento de la Cámara de Comercio de París, vigente en el momento de presentar la demanda [...], o el Reglamento de la Cámara de Comercio de París, de fecha 14 de junio de 2005, aportado por la parte demandada [...] planteando cuestión de competencia internacional por declinatoria. Según este último Reglamento, que deroga el anterior, no existe impedimento de clase alguna, para que ambas partes, aun siendo extranjeras, puedan someterse a arbitraje de la citada Cámara si así lo pactan expresamente.

Para analizar si concurre la existencia de la excepción procesal, hay que valorar si la excepción planteada por la parte demandada concurría en el momento de presentar la demanda. En este sentido, [...] el artículo 410 de la LEC, «la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida». [...] es incuestionable que el Reglamento aplicable será el vigente en la fecha de la presentación de la demanda, que es cuando surge efecto la litispendencia, con independencia de las posteriores modificaciones. Y ambas partes están de acuerdo en que el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, vigente en la fecha de suscripción del contrato, 14 de julio de 1997, y vigente en la fecha de presentación de la demanda, 2 de octubre de 2001, requería, como requisito imprescindible y como condición «sine qua non» para que el Tribunal Arbitral francés conociera de la cuestión sometida a arbitraje que una de las partes fuera de nacionalidad francesa, lo que no concurre en este caso, por lo que no era posible que la parte actora sometiera la cuestión a arbitraje. Por ello, debemos desestimar la excepción de sumisión expresa a arbitraje internacional privado y revocar el auto apelado en este punto.

CUARTO.—Sentado lo anterior, la parte demandante alega que, en la modificación del acuerdo de distribución de productos GUESS JEANSWEAR, suscrito el día 14 de julio de 1997, con MACCO APPAREL S.P.A., se estableció que, con carácter general, la legislación aplicable a las relaciones entre ambas partes sería la contenida en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 (Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). [...] Según reiterada Jurisprudencia, los contratos mercantiles de compraventa, tienen como lugar de cumplimiento de la obligación, a los efectos del artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el establecimiento del vendedor, pues en él debe entenderse entregada la mercancía, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio. [...] Del acuerdo transcrito se desprende que las partes acordaron que la entrega de las mercancías tendría lugar en los almacenes de GUESS y alega la parte deman-

dada que dicho pacto no fue modificado cuando, en fecha 14 de julio de 1997, MACCO APPAREL S.P.A. se subrogó en la posición inicial de GUESS INC. Dicha alegación no se discute por la parte apelante en su recurso de apelación, [...].

QUINTO.—Por todo lo expuesto, consideramos que, al tiempo de presentar la demanda, no concurría la excepción de sumisión a arbitraje, por lo que debemos rechazar la excepción de sumisión expresa a arbitraje privado internacional. No obstante, estimamos la declinatoria por apreciar, conforme al artículo 65.2 de la LEC, la falta de jurisdicción de los Juzgados de Vilafranca del Penedés por corresponder el conocimiento del asunto a los Juzgados o Tribunales de Florencia (Italia), que sean competentes de acuerdo con la legislación de dicho Estado, por lo que procede confirmar el auto apelado en cuanto acuerda abstenerse de conocer y sobreseer el proceso. Por todo lo anterior, debemos desestimar el recurso de apelación, si bien al desestimar el recurso por distinta fundamentación jurídica [...].

Nota: 1. Este auto concluye la disputa jurisdiccional existente entre la demandante, la sociedad española 1994 Continental Distributions —en situación de quiebra en el momento de la presentación de la demanda— y la italiana Macco Apparel SPA —demandada— subrogada desde el 14 de julio de 1997 en el contrato firmado inicialmente (1 de julio de 1994) entre aquélla y la estadounidense Guess Inc. Tras la presentación de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Vilafranca del Penedés el 2 de octubre de 2001, la competencia de los tribunales españoles fue puesta en cuestión mediante la interposición de una excepción declinatoria (art. 63 LEC) —en junio de 2009!— basada, en primer término, en la existencia en el contrato firmado en 1997 de una cláusula arbitral a favor del sistema institucional de arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCP) y, subsidiariamente, en la competencia de los tribunales italianos conforme al Convenio de Bruselas de 1968 —sobre, en lo que aquí concierne, competencia judicial internacional en materia civil—. Más allá de la certera conclusión de la ausencia de fundamento para justificar la competencia judicial de los tribunales españoles —estimación de la declinatoria— frente a la existencia de razones para avalar la competencia de los italianos, concretamente los de Florencia; son fundamentalmente dos las razones que llevan a realizar una crítica a esta decisión judicial.

2. En primer término, el argumento esgrimido para desestimar la declinatoria fundada en la cláusula arbitral (revocando en este punto la decisión adoptada en primera instancia) se apoya en los requisitos exigidos por el Reglamento arbitral de la CCP para aceptar el arbitraje en el momento de la presentación de la demanda ante el juzgado de primera instancia español. Debe recordarse que las instituciones que ofrecen servicios de arbitraje cuentan con sus propios Reglamentos sobre el proceso arbitral, que modifican periódicamente para su mejora. En particular, el Reglamento de la CCP fue modificado en el periodo transcurrido desde 1997 —subrogación de la demandada en el contrato con la cláusula arbitral— y 2009 —año en el que se planteó la declinatoria—. Así, desde la entrada en vigor del Reglamento de la CCP de 14 de junio de 2005, se suprimió la exigencia de nacionalidad francesa de, al menos, uno de los litigantes; requisito que, obviamente, no se cumplía en lo que concierne a las partes en la presente disputa antes de esa fecha. Por tanto, si se hubiera presentado una demanda arbitral ante la CCP antes del 14 de junio de 2005, el tribunal arbitral de la institución no hubiera aceptado su competencia.

3. Para admitir una excepción declinatoria por sumisión al arbitraje, el juez sólo debe analizar sumariamente la validez de la cláusula (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 675-676). Dos

son, en principio, las cuestiones que surgen a este respecto: ¿En qué momento se determina la validez de una cláusula arbitral?, ¿es nula tal cláusula si establece el arbitraje de una institución que, con base en su Reglamento, no podría aceptarlo en ese momento o, por el contrario, el momento para determinar su validez es aquel en el que se presenta la demanda arbitral? La AP, sin embargo, no adopta esta perspectiva de análisis. En su razonamiento, persigue establecer la aplicabilidad temporal del Reglamento de la CCP de 2005 recurriendo «analógicamente» a la determinación del momento procesal en el que tiene lugar la litispendencia, que, obviamente, no se producía en el caso de autos pues no se había iniciado otro proceso judicial sobre la cuestión litigiosa (CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LX, 2007, pp. 141-180) —por lo demás, tampoco consta que llegara a presentarse una demanda arbitral ante la CCP—. Sobre esta base, la AP decide que la fecha para determinar la validez/oponibilidad del acuerdo arbitral es la de la presentación de la demanda (año 2001) y, en consecuencia, se desestima la declinatoria. Sin embargo, es ésta quizá una cuestión que sólo podría haberse decidido conforme al Reglamento de la institución arbitral. Así, el art. 29 del Reglamento de la CCP de 2005 establece «*L'arbitrage est soumis au règlement et au barème en vigueur au jour de son introduction*». La fecha de la presentación de la demanda arbitral es, para la institución, el momento temporal en el que se valora el cumplimiento de los requisitos exigidos para la puesta en marcha de un procedimiento gobernado por sus reglas. De ahí, cabe inferir que es también ese momento el que habrá de ser tomado en consideración por el juez para determinar la validez/oponibilidad de la cláusula arbitral como excepción procesal. Así, habiéndose esgrimido el compromiso del recurso al arbitraje mediante la interposición de la declinatoria en 2009 (aunque no existiera demanda arbitral), es ésta la fecha que debiera haber sido tomada en cuenta a la hora de decidir la validez/oponibilidad de la cláusula; concluyéndose, por tanto, la estimación de la declinatoria.

4. Una vez desestimada la declinatoria sobre la base del acuerdo arbitral, la AP debió analizar la competencia de los tribunales españoles. En este sentido, el auto revela, cuando menos, la confusión de la parte demandante en lo que concierne a la relación entre el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de Bruselas —como es sabido, sustituido en lo que aquí concierne, por el Reglamento CE 44/2001 para las acciones iniciadas tras el 1 de marzo de 2002—. Se trata de dos instrumentos con diferente origen (UNCITRAL/Comunidades Europeas), contenido (contratos de compraventa de mercaderías - competencia judicial internacional) y alcance (*inter partes* y, con reservas, aplicación indirecta/domicilio del demandado en un Estado miembro); sin que pueda observarse entre ellos otra interacción que la derivada de su aplicación a una misma situación litigiosa por las autoridades judiciales de los Estados obligados a su aplicación. Siendo éste el caso de España (e Italia), la aplicación de ambos a una compraventa internacional de mercaderías tras sus respectivas entradas en vigor se impone legalmente.

5. Efectivamente, la competencia judicial internacional debe analizarse conforme al Convenio de Bruselas dado que se trata de un litigio que entra dentro de su ámbito material, espacial y temporal de aplicación (y no conforme al Reglamento Bruselas I, que no era temporalmente aplicable en el momento de la presentación de la demanda). Además de recordar que el Convenio de Bruselas excluye de su ámbito material de aplicación el arbitraje (art. 1), hay que indicar que la calificación del fuero contractual, que remite al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1), debe realizarse de manera autónoma (Sentencia del TJCE en el asunto C-26/91, *Jacob Handte*). La interpretación autónoma de este fuero parte de la

precisión de dicho lugar conforme a la ley rectora del contrato (Sentencia TJCE en el asunto C-2/96, *Tessili*). En este sentido, no puede dejarse de notar que, en el presente caso, las partes pactaron que sus respectivas obligaciones se regirían conforme a lo establecido en el Convenio de Viena y que este Convenio contiene reglas claras en cuanto a la determinación del lugar del cumplimiento de las obligaciones de las partes (arts. 31 y 57 en particular) en las que hubiera sido oportuno apoyarse en vez de mencionar exclusivamente la legislación española. Cierto es, en todo caso, que estas normas hubieran llevado igualmente a señalar Florencia como el lugar del cumplimiento de la obligación que servía de base a la demanda. Por lo demás, aun estando clara la competencia de los tribunales italianos, esta designación no corresponde al tribunal español pues, al igual que en los casos en los que se estima una declinatoria fundada en el sometimiento del asunto a arbitraje, la LEC sólo requiere que: «Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso» (art. 65.2).

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN
Universidad Complutense de Madrid

2011-7-Pr

PROCESO MONITORIO EUROPEO.—Determinación de la competencia judicial internacional.—Relación con la normativa procesal de Derecho autónomo.—Irrecurribilidad de la desestimación de una petición de requerimiento europeo de pago.

Preceptos aplicados: arts. 3, 6 y 12 del Reglamento 1896/2006 y 5 del Reglamento 44/2001.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) de 20 de octubre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Agustín Ferrer Barriendos.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2010/383112.

SEGUNDO [...] La exposición de motivos del Reglamento (CE) 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo opcional y alternativo a otros procedimientos de Derecho interno (art. 1.2) indica por un lado que el cobro rápido y eficiente de los créditos que no son objeto de controversia jurídica es de vital importancia en la comunidad y que el proceso monitorio juega un relevante papel en la consecución de tal propósito. Y precisamente porque la diferencia de legislaciones procesales nacionales ofrecía dificultades a la utilización de este cauce procesal, es por lo que se promulgó esta norma que ya es vigente en toda la Comunidad Europea y que trata de resolver las dificultades de reclamaciones de asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados. Desgraciadamente la resolución apelada es claro exponente de la necesidad de promulgación de una norma legal expresa relativa al proceso monitorio transfronterizo europeo, en la medida que la decisión que se recurre se aferra a aquellos aspectos de Derecho interno (como es la competencia territorial del Juzgado) para no dar lugar al mismo. La argumentación de igualdad de los ciudadanos de la Unión Europea, en el sentido de sujetarlos a todos a la ley nacional interna española que no permitiría nunca una reclamación transfronteriza, no puede ser más desafortunada porque tal decisión, de mantenerse, lo que produciría es precisamente la desigualdad de los ciudadanos españoles en la Unión,

porque no podrían hacer valer el proceso monitorio en reclamaciones transfronterizas contra sus deudores mientras que en cambio sí tendrían que soportar las reclamaciones monitorias interpuestas contra ellos por acreedores de otros países de la Unión en los que los jueces, como es comprensible, los despachan conforme a Derecho.

TERCERO [...] Es evidente que estamos ante una reclamación transfronteriza tal como se define en el art. 2 del Reglamento de juicio monitorio europeo por lo que es de aplicación el reglamento invocado por los demandantes que es norma vigente y específica, que por tanto tiene aplicación preferente sobre cualquier otra norma genérica.

Pues bien, uno de los principales puntos del Reglamento es determinar precisamente la competencia judicial y a ello dedica su art. 6 que remite al Reglamento (CE) 44/2001 salvo que se tratara de contratos con consumidores para finalidades que puedan considerarse ajenas a su actividad profesional. En el presente caso la reclamación se funda en unos servicios de asistencia legal prestados a los demandados en el contexto de una actuación aparentemente relacionada con su actividad profesional y, por su lado, el art. 5 del Reglamento (CE) 44/2001 establece que, en materia contractual, es competente el tribunal del lugar en que hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, puntualizando seguidamente que cuando se tratara de una prestación de servicios, es el del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o debieran haber sido prestados los servicios. Por tanto, el Juzgado de Barcelona no sólo tiene jurisdicción sino también competencia territorial para despachar el juicio monitorio europeo, por ser el lugar de prestación de los servicios y resultar tal cuestión de una normativa legal vigente y específica para esta situación.

Nota: 1. El *iter procesal* que condujo a la presente resolución es muy sencillo. Un bufete de abogados de Barcelona formuló, de conformidad con el Reglamento 1896/2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (en adelante, «RPME»), una petición de requerimiento europeo de pago contra dos particulares con domicilio en Niza (Francia). La petición fue presentada ante un JPI de Barcelona, que mediante auto la desestimó al considerar que carecía de competencia judicial internacional (si bien el auto del JPI declaró impropriadamente su incompetencia *territorial* y afirmó que consideraba *territorialmente* competentes a los Juzgados de Niza). El demandante interpuso un recurso de apelación contra dicho auto, dando así lugar a la resolución de la AP que aquí analizamos.

2. El auto de la AP plantea tanto directa como indirectamente diversas cuestiones desde el punto de vista procesal, ligadas a la (in)correcta aplicación del RPME; algunas de carácter menor y otras, como veremos, de carácter fundamental. La cuestión principal que se aborda es de tipo jurisdiccional, puesto que el único motivo por el cual el JPI desestimó la petición de requerimiento europeo de pago fue por considerarse falto de competencia judicial internacional.

En efecto, el art. 11.1 RPME contempla un listado tasado de causas que determinan la obligación de desestimar una petición de requerimiento europeo de pago, y que deben ser controladas de oficio por el órgano que la recibe (art. 8 RPME). Por ejemplo, debe examinarse si se está ante un asunto transfronterizo en el sentido del art. 3 RPME (y no del art. 2, como incorrectamente sostiene la AP: el art. 2, que delimita el ámbito de aplicación del Reglamento, dispone solamente que éste se aplica a los asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil, pero es el art. 3 el que se ocupa de definirlos). Así, la AP sostiene correctamente que estamos ante un asunto transfronterizo, por cuanto al menos una de las partes —*in casu*, ambos demandados— está domiciliada en un Estado miembro distinto de aquel en el cual tiene su sede el órgano jurisdiccional al que se acude.

Otro de los extremos que obliga a controlar el art. 11.1 RPME —y que constituye la cuestión principal en este asunto— es la competencia judicial internacional del órgano ante el que se formula la solicitud (art. 6 RPME). Como señala la AP, el Reglamento no prevé con carácter general foros de competencia específicos, sino que se remite a la regulación de Derecho de la Unión Europea, y en particular al Reglamento 44/2001; con la única salvedad de los supuestos de demandados que sean consumidores, para los que el art. 6.2 RPME prevé una regla especial que restringe la competencia a los órganos del Estado miembro en el que estén domiciliados. La AP acierta al descartar esta última previsión, por cuanto los demandados contrataron la asistencia legal del bufete de abogados en relación con su actividad profesional; y por ende, confirma correctamente la competencia de los tribunales de Barcelona, en virtud del foro en materia de contratos de prestación de servicios [art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001], ya que la asistencia legal debía prestarse en dicha ciudad.

Con ello, la AP enmienda la plana al JPI, que al parecer argumentaba que debía recurrirse supletoriamente a las normas de competencia territorial de la LEC sobre el proceso monitorio interno, que obligan a acudir al tribunal del domicilio del demandado (art. 813 LEC), lo que privaría de competencia a los órganos españoles (interpretación jurisprudencial extendida: véase CARBALLO PIÑEIRO, L., *REDI*, vol. LXI, 2009-1, pp. 184-186, o en *REDI*, vol. LX, 2008-2, pp. 589-591). Sin embargo, yerra la AP al sostener que ello es claro exponente de la necesidad de que el legislador español promulgue una norma relativa al proceso monitorio europeo, con el fin de evitar decisiones como la del JPI que «se aferra[n] a aspectos de Derecho interno (como es la competencia territorial del Juzgado» para no tramitar el proceso monitorio europeo. Y es que sin perjuicio de la pertinencia de esta crítica al legislador interno por su injustificable tardanza en reformar la LEC para adoptar normas que facilitasen tanto este proceso como el proceso europeo de escasa cuantía (el RPME devino aplicable el 12 de diciembre de 2008, y el Reglamento 861/2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, devino aplicable a partir del 1 de enero de 2009, pero el legislador español no reformó la LEC para facilitar su aplicación en España hasta la aprobación de la Ley 4/2011, de 24 de marzo), lo cierto es que aquí la desidia del legislador no era relevante. En efecto, *in casu* no podía haber dudas en cuanto a la competencia territorial, puesto que la remisión del art. 6 RPME conducía al art. 5 del Reglamento 44/2001, que como es sabido regula la competencia judicial internacional indirectamente, por medio de una norma que atribuye competencia territorial; por ello, devienen irrelevantes las normas de competencia territorial del Derecho procesal autónomo (GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4.ª ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 159, apdo. 171).

3. En suma, pese a algunos errores de matiz, en lo fundamental la AP acierta al confirmar que el JPI de Barcelona es competente para tramitar la petición de requerimiento europeo de pago. Sin embargo, resulta chocante que una AP haya llegado a pronunciarse sobre este extremo, y que ni el JPI —al recibir el recurso de apelación— ni la AP —al tramitarlo— reparasen en que el art. 11.2 RPME prevé explícitamente que contra la desestimación de la petición [que procede, ex art. 11.1.a) RPME, cuando el órgano al que se ha acudido se considera internacionalmente incompetente] no cabe recurso alguno. El Reglamento es meridiano al efecto; y a pesar de las dudas que puede plantear la extraña dicción de su Considerando 17, lo que está claro es que en ningún caso puede dar lugar a un recurso devolutivo como es el de apelación. Algunos autores han intentado justificar la necesidad de que exista una apelación con base en el art. 445.1 LEC, que dispone que los autos definitivos han de ser apelables (véase, p. ej., ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., y CASTÁN PÉREZ, M. J., «Análisis crítico del proceso mo-

monitorio europeo regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006», *Revista del Poder Judicial*, núm. 83, 2006, pp. 11-37, pp. 23-25). Sin embargo, es obvio que no cabe admitir semejante interpretación *contra legem* (GÓMEZ AMIGO, L., *El proceso monitorio europeo*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2008, p. 105), y menos aún fundada en una norma de Derecho autónomo. Téngase en cuenta que ello no conlleva indefensión, puesto que en puridad no estamos ante una desestimación de la pretensión, sino ante una mera inadmisión o archivo de la demanda (cfr. GONZÁLEZ CANO, M. I., *El proceso monitorio europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 88). Nótese, finalmente, que el apartado 5 de la disposición final vigésima tercera introducida en la LEC por la citada Ley 4/2011 repite —como no podía ser de otra manera— la previsión del art. 11.2 RPME, al establecer que el auto por el que se desestime una petición de requerimiento europeo de pago no será susceptible de recurso.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

2011-8-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Lesión del derecho al honor por publicación en periódico francés.—Reglamento 44/2001.—Lugar del daño: domicilio del demandante.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª) de 18 de octubre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Victoria Salcedo Ruiz.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/17417.

Segundo. [...] ambas partes muestran su conformidad en que al presente supuesto le es de aplicación el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, así como en el hecho de que las pretensiones basadas en vulneraciones del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, son incluibles dentro del concepto «materia delictual o cuasi delictual». Señala la parte que la discusión se centra en determinar si la competencia, a pesar de la referencia que el artículo transcrito hace a los Tribunales del Estado «donde se hubiera producido o pudiere producirse el hecho dañoso», pueden ostentarla también los Tribunales del Estado donde se hubiera manifestado el daño.

La interpretación que otorgó a la expresión subrayada el Juzgado de Primera instancia no es compartida por los recurrentes, quienes entienden que existen otras sentencias del TJCE posteriores a las citadas por el Juzgador a quo (Mines de Potase y Shevill) que consideran que la interpretación de la norma prevista en el artículo 5.3 debe hacerse de forma restrictiva [...] Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, en el supuesto de que el lugar donde se sitúe el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el lugar en que este hecho haya ocasionado un daño no sean idénticos, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», [...] debe entenderse referida, al mismo tiempo, al lugar donde ha sucedido el daño y al lugar del hecho causante del mismo [...].

No cabe duda que el lugar donde ha sucedido el perjuicio inicial a los reclamantes ha sido Madrid, lugar donde tienen su domicilio los reclamantes y donde pueden verse desprestigiados en su consideración social y ello por cuanto al tratarse de un periódico

tanto en su versión digital como impresa, la noticia que puede ocasionar el daño se publica a la vez en Francia y en España. [...] Por tanto, lugar de comisión del hecho es tanto aquel en que se emite como aquel en el que principalmente se difunde y produce sus efectos, que es donde se consume el efecto dañoso de vulneración del derecho fundamental. En el caso de publicaciones en medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática Internet, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, pero principalmente acaecerá, en el caso de lesiones del derecho al honor, allí donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, que es donde la sociedad le atribuye su reputación o fama.

Nota: 1. La sentencia que se analiza trae causa de una demanda por la que se solicita tutela frente a una intromisión ilegítima en el derecho al honor a raíz de la publicación en la versión digital e impresa del diario *Le Monde*, editado en Francia, de una información que vinculaba a dos clubes de fútbol españoles con una trama de dopaje (Barcelona y Real Madrid). En este caso, la acción es ejercitada por el Real Madrid C. F. y el equipo médico supuestamente responsable del dopaje; los codemandados son la editora del diario y el periodista que firmó la información en la versión digital. Previamente, a instancia del F. C. Barcelona, la AP Barcelona dictó Sentencia el 27 de octubre de 2009 (JUR 2009/488564) en apelación de la sentencia del JPI núm. 35 de Barcelona de 10 de enero de 2008 (rec. núm. 76/2007, AC 2008, 783) por los mismos hechos y frente a los mismos demandados. Lo relevante aquí es que la información controvertida estaba disponible en la web, lo que permitía su acceso desde cualquier parte del mundo. De ahí que la concreción exacta del lugar del hecho dañoso revista especial importancia.

2. Los problemas que se plantean giran en torno a la aplicación de la regla especial del art. 5.3 RBI. El principal problema de este precepto se encuentra en la interpretación de su criterio de competencia judicial internacional —y territorial—; esto es, la localización del daño. Estamos ante un supuesto de disociación entre el lugar donde se originó el daño —país donde se publica o edita el diario— y el de manifestación de los resultados lesivos —Estado o Estados donde se difunde la información—, y este último es, al mismo tiempo, múltiple. Por ello, la interpretación del fuero del lugar del daño resulta especialmente compleja, más aun cuando la difusión de los contenidos se realiza en Internet.

3. Aunque los demandados pretenden que se localice en Francia el lugar donde se produjo la presunta intromisión, al ser éste el domicilio común de las demandadas y ser el periódico donde se publicó «un diario francés cuyo ámbito propio de difusión es el francófono, pese a que [...] Internet traslade la información a cualquier parte del planeta» (FJ 1.º, en lo referente al alcance de la difusión para el cálculo de la indemnización), esta postura no es acogida por la sentencia (al igual que ocurrió en primera instancia). Tanto el tribunal *a quo* como *ad quem* fundamentan su negativa en la reiterada jurisprudencia comunitaria sobre la interpretación y aplicación del art. 5.3.º De ella se desprende que éste otorga competencia tanto a los tribunales del Estado donde se originó el hecho causal como a los distintos Estados donde efectivamente se materializaron los daños (véase VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Navarra, 2007, pp. 186-196, en esp. p. 194). El JPI fundamentó su competencia en virtud de los criterios contenidos en dos sentencias fundamentales en la materia, *Mines de Potasse y Shevill*. Por su parte, la AP, respondiendo a la solicitud de los recurrentes de motivar su resolución en una jurisprudencia más reciente, utiliza para sustentar su postura la STJCE de 16 de julio de 2009 (*Zuid-Chemie BV*, C-189/08), dictada en materia de responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. Llega así a la misma solución que en

instancia, si bien de forma indirecta, por analogía, a través de la materia —delictual o cuasidelictual—, sin que los hechos tengan nada que ver con el presente caso, reproduciendo íntegramente los párrafos de la sentencia sin aportar nada nuevo.

4. Tras afirmar que tanto el tribunal del lugar de origen como el del resultado son competentes para conocer, se procede a determinar si España puede o no ser considerada como *lugar del daño*. Para la AP no cabe duda de que es Madrid el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial para los reclamantes, por ser allí donde tienen su domicilio y, consecuentemente, donde puede verse lesionado el interés tutelado —la dignidad—, ya que es ahí donde el menoscabo a dicho interés resulta más lesivo. Como la publicación se realizó también virtualmente, el lugar de difusión y, consecuentemente, el de producción del daño, puede ser considerado mundial, aunque la competencia se limite a aquellos lugares donde además la víctima es conocida (lo que suele coincidir con el lugar de su domicilio). En el presente caso no hay duda de que España es lugar del daño teniendo en cuenta que la víctima tiene su sede en España y la noticia tuvo gran eco en la prensa española.

5. Cuestión distinta es el alcance limitado de la competencia que tienen los tribunales españoles al ser nuestro país el lugar de resultado. La AP no se refiere en ningún momento a la extensión de la competencia que el art. 5.3.º le otorga; únicamente se declara competente. Sin embargo, la mencionada SAP Barcelona (FJ 2.º) declara la competencia de los tribunales de Barcelona (como domicilio de los actores) únicamente para los daños sufridos en España, remitiéndose al domicilio del demandado para la generalidad de los daños. Así, del tenor de la SAP Madrid sólo cabe presumir esta limitación, dado que en el FJ 5.º se mencionan exclusivamente los medios de comunicación españoles que se hicieron eco de la noticia. Aunque el cálculo de la indemnización se hace en función del grado de difusión de la información, que se estima global por el medio utilizado además de por el carácter público del perjudicado, lo que permite presumir el interés general sobre cualquier información referente al club. A este respecto, dada la multiplicidad de Estados con competencia limitada para conocer del litigio, al ser Internet el medio utilizado para la difusión, cabe plantearse la posibilidad de mantener la vigencia de la doctrina *Shevill* en los términos actuales para los supuestos de difamación internacional verificados a través de medio impreso, pero adaptándola para su aplicación al medio virtual. Podría plantearse la posibilidad de añadir un criterio de conexión adicional al que se le atribuyera competencia para conocer de la totalidad de los daños, como en la propuesta realizada por el Abogado General señor P. Cruz Villalón en las conclusiones de 29 de marzo de 2011, presentadas para los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 —*eDate Advertising y Martínez*—, concretando el «centro de gravedad del conflicto» como criterio adicional de conexión con el foro, según el cual el «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el daño» se identifica también con aquél donde se localice el «centro de gravedad del conflicto entre bienes e intereses en liza» (§§ 54-55) —esto es, del medio de comunicación y del titular de los derechos de la personalidad (§§ 42-44)—. A estos efectos, podría ser relevante la localización de un lugar del daño principal que se correspondería con el domicilio de la víctima (como hace en su FJ 2.º la SAP de Madrid reseñada), con lo que cabría plantear la posibilidad de que en el presente caso los tribunales españoles conocieran de la totalidad de los daños sufridos (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, Madrid, 4.ª ed., 2011, p. 191).

6. Finalmente, en relación con el Derecho aplicable al fondo, ha de indicarse que el tribunal no hace referencia alguna a norma de conflicto que permita concretarlo, dando por hecho la aplicación del Derecho español (en particular, los preceptos de la LO1/82). No habría estado de más fundamentar la indiscutible aplicación de la

Ley española —como lugar del daño—, en la norma conflictual aplicable; esto es, el art. 10.9.I CC, por exclusión de la materia del RRII [art. 1.2.g)] [véanse ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (dir.), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, Aranzadi, 2009; y críticos con los motivos de tal exclusión, AMORES CONRADI, M., y TORRALBA MENDIOLA, E., «Difamación y Roma II», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251-265].

Clara I. CORDERO ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

2011-9-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001, Sección 4.—Contratos celebrados con consumidores.—Delimitación con derechos reales inmobiliarios.

Preceptos aplicados: arts. 15, 16, 17, 22 y 23 del Reglamento 44/2001.

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a), núm. 215/2010, de 11 de noviembre. Ponente: D. Carlos Piñol Rodríguez.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2011/122833.

[...] El auto que se recurre considera que no tiene jurisdicción para el conocimiento de la demanda que interpuso D. Fidel, en la que se ejercita una acción de resolución de un contrato de compraventa, y la devolución de una cantidad dineraria; la demanda se presentó ante los Juzgados de Sevilla en aplicación de la cláusula núm. 11 del contrato, la cual la parte que plantea la cuestión sostiene que no resulta de aplicación en atención al art. 22 del Reglamento 44/2001, al establecer la competencia en materia de derechos reales inmobiliarios de los Tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito, y subsidiariamente, al entender que la cláusula de sumisión no es válida, pues al ser un consumidor aquélla le fue impuesta; sobre esta segunda cuestión, lo que hay que decir es que en todo caso, será el consumidor que considerase que es una cláusula abusiva el que podría pedir su nulidad, lo que no hace en este caso el que tiene tal condición de consumidor y por ello viene protegido tanto por la legislación estatal española como por la supranacional, evidenciando con su actividad procesal presentando la demanda ante los Tribunales del Reino de España, que está aceptando y asumiendo la cláusula de sumisión contenida en el contrato; sobre la cuestión de interpretación del art. 22 del Reglamento, se fija un concepto para determinar la competencia de forma obligatoria y es la materia de derechos reales inmobiliarios, esto supone el ejercicio de derechos reales que afectan a inmuebles, acciones de carácter real, lo que no coincide con la acción de resolución contractual y la indemnización de perjuicios, que es una acción personal. Procede estimar el recurso y revocar la resolución apelada condenando al apelante a las costas de la alzada.

Nota: 1. El Auto, objeto del presente comentario, pone en evidencia las dificultades que plantea la interpretación y aplicación por los tribunales nacionales de las normas del Reglamento 44/2001. Lo escueto de la redacción de la decisión judicial no permite identificar con claridad los elementos relevantes necesarios para determinar si se ha aplicado correctamente o no dicho instrumento comunitario. En ningún momento el tribunal hace referencia a datos tan importantes como el domicilio de las partes

implicadas o la relación que existe entre ellas y que ha dado lugar al presente caso. No obstante, del texto del auto se puede deducir que la parte apelante en este recurso y también demandante, señora Fidel, ha adquirido un inmueble de la entidad Desarrollos Urbanísticos Jiménez Álvarez, S. L., y DUJA Sociedade de Construcao, L. D. A. Por razones que el tribunal no menciona, la señora Fidel presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla en la que pide la resolución del contrato y la devolución de una cantidad de dinero. La Entidad Desarrollos Urbanísticos Jiménez Álvarez, S. L., presenta una declinatoria, denunciando la falta de competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla. El demandado sostiene que dicho órgano no tienen competencia para conocer de la causa, en aplicación del art. 22 RBI que atribuye competencia al Tribunal del Estado miembro en el que el inmueble se halla sito. Además, alega que la cláusula de sumisión expresa, contenida en la disposición núm. 11 del contrato no es aplicable por ser abusiva, puesto que la señora Fidel es persona física y por tanto, actúa como consumidor. Es decir, que la empresa DUJA reconoce que intencionadamente ha impuesto al consumidor una cláusula de elección de tribunal, vulnerando sus derechos. El Juzgado de Primera Instancia estima la declinatoria y se declara incompetente de conocer de la demanda.

2. Contra dicha resolución la demandante interpone recurso de apelación, objeto del presente comentario. La Audiencia Provincial de Sevilla analiza las cuestiones planteadas en la declinatoria de manera contraria a la estructura jerárquica del Reglamento 44/2001. Es decir, primero hace hincapié en el estatus de consumidor que ostenta la parte demandante y después analiza la aplicación de oficio del art. 22 RBI. Aquí, correctamente estima que el objeto de la demanda no es un derecho real, sino la resolución de un contrato entre las partes implicadas. Por tanto, el art. 22 RBI no se aplica, éste atribuye jurisdicción a los Tribunales del Estado miembro en el que está situado el inmueble en materia de derechos reales.

3. En cuanto a la segunda cuestión planteada en la declinatoria (primera por orden de análisis), la Audiencia Provincial se limita a declarar que la señora Fidel como consumidor es la parte interesada que ha de alegar el carácter abusivo de la disposición núm. 11 del contrato que atribuye competencia exclusiva a los Tribunales españoles. Además, se subraya en el Auto que el hecho de que la señora Fidel presente la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla significa que acepta de manera tácita la jurisdicción de dicho órgano y consecuentemente, la validez del acuerdo de sumisión.

4. Presentado de esta manera, el razonamiento del Tribunal plantea dos importantes cuestiones de interpretación de la Sección 4.^a del RBI. En primer lugar, el tribunal en ningún momento analiza si la posición que ostenta la señora Fidel en la relación con DUJA cumple los requisitos del concepto de consumidor previsto en el art. 15 RBI, es decir, si es una persona física que ha celebrado un contrato para un uso ajeno a su actividad profesional (STJCE de 21 de junio de 1978, *Bertrand*; STJCE de 19 de enero de 1993, *Hutton*; STJCE de 15 de septiembre de 1994, *Brenner*; STJCE de 3 de julio de 1997, *Benincasa*; STJCE de 27 de abril de 1999, *Mietz*). De la redacción de la decisión judicial se desprende que sí: el tribunal reconoce sin más que la demandante es un consumidor. Esta afirmación, sin embargo, no permite aplicar automáticamente las disposiciones de la Sección 4.^a del RBI. Los arts. 15-17 RBI se aplican tan sólo a los consumidores pasivos, es decir, al consumidor final que cumple alguno de los requisitos del art. 15.1) RBI (ARENAS GARCÍA, R., «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, 1996, pp. 39-69; ARENAS GARCÍA, R., «Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión

en la contratación electrónica internacional», *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 45-60). La letra *a*) no se aplica, puesto que dicho precepto se refiere a los contratos de venta a plazos de mercancías. La letra *b*) del art. 15.1) RBI tampoco, ya que abarca los contratos de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes. El contrato de compraventa del bien inmueble que celebra la señora Fidel con la empresa DUJA sí que se puede comprender dentro del precepto de la letra *c*) siempre y cuando la parte contratante ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro en el que el consumidor tiene su domicilio o por cualquier medio dirige dichas actividades a este Estado, y el contrato se ha celebrado en el marco de estas actividades.

5. Lamentablemente, la Audiencia Provincial de Sevilla no analiza esta cuestión que es fundamental para la aplicación de la Sección 4.^a y sobre todo para la validez o no de la cláusula de sumisión prevista en la disposición 11 del contrato. Si la demandante es consumidor pasivo, la cláusula de sumisión no respeta las condiciones de validez previstas en el art. 17 RBI. En primer lugar, el acuerdo es anterior al nacimiento del conflicto, cuando el art. 17.1 RBI exige que sea posterior. En segundo lugar, no permite al consumidor presentar la demanda ante tribunales distintos de los de su domicilio o del Estado miembro en el que está domiciliada la parte demandada, según se desprende del Auto.

6. Distinto es el caso, sin embargo, si la señora Fidel es un consumidor activo, es decir, es la parte contractual que actúa en el mercado en el que opera su contraparte y el contrato celebrado es consecuencia de tal intervención. En este caso, el consumidor no se puede beneficiar de la protección prevista en el Sección 4.^a y el acuerdo atributivo de competencia será válido si respeta las condiciones de forma y de fondo previstos en el art. 23 RBI. La Audiencia Provincial de Sevilla tampoco analiza esta cuestión. De la redacción del Auto no queda claro cuál es el domicilio de la señora Fidel. Sin embargo, del nombre de las sociedades demandadas Desarrollos Urbanísticos Jiménez Álvarez, S. L., y DUJA Sociedade de Construcao, L. D. A., se puede deducir, a efectos del art. 60 RBI, que la primera tiene su domicilio en España y la segunda en Portugal. De este modo, se cumple la primera condición del art. 23: que por lo menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro. En segundo lugar, el acuerdo previsto en la cláusula 11 del contrato atribuye competencia a Tribunales de un Estado miembro, los Tribunales españoles en este caso, de modo que se cumple el segundo requisito de validez. Y en tercer lugar, tal acuerdo está por escrito, tal y como establece la letra *a*) del art. 23 RBI. Así que la cláusula de sumisión a los Tribunales españoles prevista en el contrato, es válida, siempre que la señora Fidel es un consumidor activo.

7. La segunda cuestión interesante que plantea la Audiencia Provincial de Sevilla en el Auto es al estimar que aunque la demandante fuera un consumidor y se pudiera beneficiar de la protección especial prevista en la legislación nacional y supranacional, el hecho de que haya presentado la demanda ante los Tribunales españoles significa que acepta tácitamente el acuerdo de sumisión previsto en la disposición núm. 11 del contrato. Aquí de nuevo se ha de distinguir si el consumidor es activo o pasivo. En el primer supuesto, la cláusula 11 del contrato es vinculante, puesto que el acuerdo es válido, siempre que no vulnere lo dispuesto en el art. 3 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es decir, si no atribuye competencia a los Tribunales del Estado del domicilio de la empresa. En el segundo supuesto, sin embargo, la piedra angular está en la redacción del art. 17 RBI. La norma hace referencia a los «acuerdos atributivos de competencia». Parte de la doctrina española considera que el término «acuerdo»

requiere un pacto previo entre las partes y que su actitud procesal difícilmente se puede entender como un acuerdo. Otros, sin embargo, defienden lo contrario, basándose en la economía procesal y la autonomía de la voluntad y entienden que los supuestos en los que el consumidor presenta la demanda y la sociedad contesta a ésta se incluyen en el precepto del art. 17 RBI.

8. En conclusión, la falta de precisión a la hora de identificar los elementos relevantes que determinan la aplicación o no de las disposiciones del Reglamento 44/2001 no permite valorar objetivamente el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, núm. 215/2001, de 11 de noviembre.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA
Universidad Autónoma de Barcelona

4.2. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

2011-10-Pr

EJECUCIÓN DE RESOLUCIÓN ALEMANA SOBRE INFRACCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL.—Medida cautelar de cesación de infracción en página web con apercibimiento de multa y arresto sustitutorio.—Aplicación del Reglamento 44/2001.—Límites al reconocimiento y ejecución.—Orden público.

Preceptos aplicados: arts. 34, 35, 43 y 45 del Reglamento 44/2001.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 32/2010, de 15 de marzo de 2010. Ponente: Luis Garrido Espá.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2010/1203.

PRIMERO. La resolución recurrida reconoció la ejecutividad de la Resolución dictada en fecha 23 de abril de 2008 por el Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main, de conformidad con el Reglamento CEE 44/2001 [...] y despachó ejecución contra Veintegenarios S. L. y Mauricio en el sentido de requerir a éstos para que dieran cumplimiento a lo acordado por dicha Resolución «y de inmediato cesen en la violación de derechos de propiedad intelectual en su página web www.apadrinaunartista.com, apercibiéndoles que de no cumplir con la orden de cesación les podrá ser impuesta por el Tribunal mencionado una corrección disciplinaria económica de hasta 250.000 euros, alternativamente arresto sustitutorio o arresto sustitutorio de hasta seis meses, el arresto sustitutorio a ser ejecutado contra el gerente [...] para cada caso de contravención».

La Resolución del Tribunal alemán recayó en un procedimiento de medidas cautelares [...].

TERCERO. En segundo término, se alega la incompetencia internacional del tribunal alemán para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, por desconocer el fuero general del domicilio del demandado que establece el art. 2 del Reglamento.

Conforme al art. 35 del Reglamento no se reconocerán las resoluciones si se hubiesen desconocido las disposiciones de las Secciones 3, 4 y 6 del Capítulo II. En este caso esas disposiciones especiales [...] no se han desconocido en el sentido de haberse vulnerado, ya que la materia objeto de la controversia no pertenece a esos ámbitos objetivos definidos en dichas Secciones del Capítulo II [...].

CUARTO. Por último, alega el recurso que la resolución del tribunal alemán vulnera el orden público español ya que acuerda el arresto de la persona física demandada como medida de privación de libertad.

Las decisiones no se reconocerán, dice el 34.1 del Reglamento, «si el reconocimiento fuese manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido». Hemos de aceptar en este extremo el motivo de oposición pues el ordenamiento jurídico español no tolera la imposición de una medida de privación de libertad en el orden jurisdiccional civil, ni siquiera por razón del incumplimiento de una sentencia o resolución judicial que contiene una orden de hacer o de no hacer, sino, en su caso, las pertinentes indemnizaciones y multas coercitivas (arts. 706, 709 y 710), así como el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. En este sentido, el otorgamiento de ejecutividad a un pronunciamiento que impone una medida de privación de libertad en el orden civil ha de estimarse que contraría el orden público español. Mas no por ello procede denegar la ejecutividad de la integridad del título ya que dicha medida no constituye el pronunciamiento principal de la resolución judicial alemana sino una medida correctiva subsidiaria (y alternativa a la multa económica) para el caso de incumplimiento de la orden de cesación, además de que la ejecución de la medida de arresto no ha sido instada por el solicitante. Bastará por tanto con dejar sin efecto el apercibimiento de arresto que contiene el auto apelado.

Nota: 1. La ejecución en el extranjero de decisiones que imponen obligaciones no dinerarias y en particular de medidas de cesación, de especial importancia práctica en relación con las infracciones de derechos cometidas a través de Internet, como en el presente caso, plantea especiales dificultades, por ejemplo, en relación con el alcance territorial de las medidas (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: the CLIP Principles», en BASEDOW, J.; METZGER, A., y KONO, T. (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena—Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 239-292, pp. 260-263). Pero, sobre todo, cuando del título que se pretende que sea declarado ejecutivo no resulta únicamente el deber de entregar una cantidad de dinero, las medidas de ejecución previstas pueden variar de manera significativa en las legislaciones procesales, como sucede con respecto a la ejecución de los mandamientos judiciales de cesación de conductas (véase KERAMEUS, K. D., «Enforcement Proceedings», *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XVI, ch. 10, pp. 94-102). Aunque progresivamente la mayor parte de las legislaciones procesales han incorporado la previsión de que cuando se adopta un mandamiento de cesación contra un infractor de la propiedad intelectual —o de otros derechos civiles— su incumplimiento pueda dar lugar a la exigencia de una multa coercitiva que favorezca la ejecución del mandamiento de cesación —como, por ejemplo, recoge el art. 11 Directiva 2004/48 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual—, subsisten importantes diferencias en los medios previstos para la ejecución de tales mandamientos. En particular, las multas establecidas en caso de incumplimiento pueden presentar importantes diferencias, como refleja la contraposición entre aquellos sistemas en los que se contempla la imposición de multas coercitivas abonadas al Estado por incumplimiento de una resolución judicial (como sucede en el art. 890 de la *Zivilprozessordnung* alemana) y aquellos en los que las multas coercitivas consisten en el pago de una suma de dinero al demandante (y no al Estado) para el caso de que el condenado no cumpla aquello a lo que está obligado de modo que su objetivo directo es incitar a que el condenado cese en la violación del Derecho por lo que puede evitar el pago de la multa si cumple con sus obligaciones.

Además, se observan también diferencias sustanciales en los mecanismos complementarios o alternativos a la imposición de multas. Así, por ejemplo, en España el art. 710.1 LEC, en caso de quebrantamiento de las condenas de no hacer contempla la posibilidad de apercibimiento al condenado «de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial». Por su parte, en otros sistemas se contempla para tales casos directamente la posibilidad de imponer en el ámbito civil penas privativas de libertad frente al deudor condenado que incumpla su obligación de no hacer o de tolerar un acto. Así lo prevé el propio art. 890.1 de la *Zivilprozessordnung* en el caso de que la multa civil no pudiera hacerse efectiva. Por su parte en los sistemas de *common law* el cumplimiento de los mandamientos judiciales se considera una cuestión de especial interés público, lo que se vincula con la institución de *contempt of court* de la que deriva que el incumplimiento de un mandamiento judicial puede dar lugar a la imposición de importantes sanciones, incluso de carácter penal.

El auto objeto de esta nota presenta un especial interés como consecuencia de que aborda el reconocimiento y ejecución en España de un mandamiento cautelar de cesación de la infracción de derechos de propiedad intelectual en Internet que además incluía ciertas medidas de ejecución que no sólo divergen sustancialmente de las previstas en nuestra legislación procesal sino que además por su naturaleza plantean la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 para determinar si las medidas de ejecución previstas en la decisión extranjera pueden beneficiarse de ese régimen y valorar si es posible o no su reconocimiento y ejecución en España.

2. Antes de abordar esas cuestiones cabe hacer una breve referencia a cómo el Auto resuelve las cuestiones en las que la aplicación del Reglamento 44/2001 no resulta tan controvertida en el presente caso. Así, en lo que respecta al despacho de ejecución en lo relativo a requerir a los condenados para que dieran cumplimiento a la resolución alemana y cesaran de inmediato en la violación de derechos de propiedad intelectual en su página web, la aplicación del Reglamento 44/2001 por parte de la Audiencia Provincial se corresponde con el alcance propio del amplio concepto de «resolución» de su art. 32, que incluye tanto condenas dinerarias como no dinerarias, así como con la posibilidad de que mandamientos cautelares adoptados por tribunales de otros Estados miembros puedan ser objeto de ejecución en el marco del Reglamento cuando sean ejecutorios en el Estado de origen (art. 38.1).

En lo que concierne a la fiscalización de la competencia del tribunal de origen el criterio adoptado por la Audiencia es el que deriva del art. 35 del Reglamento 44/2001, limitándose a comprobar que al no hallarse la controversia encuadrada en ninguna de las materias a las que van referidas las Secciones 3.^a, 4.^a y 6.^a del Capítulo II del Reglamento tales reglas de competencia no han podido ser vulneradas por el tribunal alemán. A este respecto cabe señalar que la Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I de 14 de diciembre de 2010 —COM (2010) 748— contempla la introducción de precisiones adicionales acerca de la posibilidad de ejecución entre los Estados miembros de las medidas provisionales, que limita a las que han sido adoptadas por un tribunal competente para conocer sobre el fondo del asunto. Por otra parte, el auto representa un ejemplo de que es posible la ejecución parcial de la resolución extranjera, en la medida en que declara la ejecutividad únicamente de algunos de los pronunciamientos contenidos en el título extranjero.

3. Elemento clave del Auto, en el que la Audiencia se aleja de lo decidido por el Juzgado de Primera Instancia, es la imposibilidad de ejecución en España del arresto sustitutorio previsto en la resolución alemana, que fundamenta en que conforme al

art. 34.1 del Reglamento 44/2001 la ejecución de tal medida resulta contraria al orden público «pues el ordenamiento jurídico español no tolera la imposición de una medida de privación de libertad en el orden jurisdiccional civil, ni siquiera por razón del incumplimiento de una sentencia o resolución judicial que contiene una orden de hacer o de no hacer, sino, en su caso, las pertinentes indemnizaciones y multas coercitivas (arts. 706, 709 y 710)». Aunque el rechazo a la eficacia en España de esa medida de ejecución debe ser afirmado, el criterio adoptado por la Audiencia merece reflexiones adicionales, no sólo en lo relativo a si el Reglamento 44/2001 —y en consecuencia su art. 34.1— es realmente aplicable a un supuesto como el que se plantea en el presente caso sino también en lo que respecta a la ejecución en España de lo acordado en la sentencia alemana acerca de la posibilidad de imposición de «una corrección disciplinaria económica de hasta 250.000 euros».

Ciertamente, el rechazo a la posibilidad de ejecutar en España la medida sustitutoria de arresto se fundamenta por la Audiencia en que resultaría contraria al orden público en aplicación del art. 34.1 del Reglamento 44/2001. No obstante, cabe dudar de la aplicación del Reglamento con respecto a la ejecución de esa concreta medida, a partir de que según su art. 1.1 el Reglamento únicamente se aplica «en materia civil y mercantil», categoría que debe ser objeto de interpretación autónoma. A este respecto, es importante destacar que aunque el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la materia, en sus conclusiones presentadas el 5 de abril de 2011 en el asunto C-406/09, *Realchemie Nederland BV*, el Abogado General Mengozzi en relación con la medida de arresto prevista en el mencionado art. 890.1 de la *Zivilprozessordnung* ha puesto de relieve que dicha pena privativa de libertad queda «evidentemente» excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I aunque haya sido impuesta «en el contexto de un litigio principal relativo a medidas provisionales adoptadas para que cese la violación de un derecho de carácter civil» (apdo. 49). De acuerdo con este criterio, la naturaleza de esas medidas y su objetivo sancionador excluirían la aplicación del Reglamento Bruselas I a su reconocimiento y ejecución. Como elemento adicional que puede ser determinante de la imposibilidad de su ejecución en España, incluso en aplicación de la normativa de fuente interna, destaca el que tal medida de ejecución —la privación de libertad— es por completo desconocida en nuestro ordenamiento en relación con esos procesos, lo que puede servir para rechazar su reconocimiento en España ya que las medidas de ejecución previstas en la legislación procesal del Estado requerido en la práctica limitan las disponibles para la ejecución de decisiones extranjeras. Este enfoque conduce a rechazar la ejecución en España de la medida sustitutiva de privación de libertad, sin tener que fundar esa respuesta en la excepción de orden público y valorar su alcance en particular a la luz del art. 25 de la Constitución sin desconocer que se trata de una institución cuya compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las normas sobre justicia de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión tiende a afirmarse.

Precisamente, en el mencionado asunto *Realchemie Nederland BV* pendiente ante el Tribunal de Justicia se cuestiona la inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 de otra medida de ejecución relevante también para el Auto reseñado, como es en concreto la condena al pago de una multa con arreglo al art. 890 de la *Zivilprozessordnung*. Alejándose del criterio sostenido por la Comisión en sus alegaciones, el abogado general concluye que esa multa civil debe considerarse excluida de la materia civil y mercantil en el sentido del art. 1 del Reglamento 44/2001 con base en que esa multa debe abonarse a favor del Estado y tiene como objetivo sancionar el incumplimiento de un mandamiento judicial, de modo que se trata de una multa que presenta importantes componentes de Derecho público. Clave en la argumentación

del abogado general es que a la luz de las especificidades que presenta en el ordenamiento alemán se trata de una medida coercitiva de carácter represivo (y no preventivo), cuyo beneficiario es el Estado, lo que condiciona sus modalidades de recaudación y que los elementos de Derecho público sean determinantes. No obstante, no cabe desconocer que tales multas contribuyen al objetivo de la tutela de derechos privados y se imponen en el marco de litigios para la tutela de tales derechos. Resulta, por tanto, evidente la importancia de la futura Sentencia del Tribunal de Justicia en ese asunto para concretar si tales multas, habida cuenta de su peculiar configuración en la legislación alemana, se benefician o no del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Reglamento Bruselas I.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

2011-11-Pr

PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.— Reconocimiento incidental.— Aplicación del Reglamento núm. 1346/2000 a la inscripción de dos resoluciones inglesas de apertura de procedimiento de insolvencia sobre dos nacionales ingleses.

Preceptos aplicados: arts. 38-48 del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; arts. 15, 17, 22 y 26 del Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia; arts. 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; art. 10.1 del Código Civil; arts. 1, 3, 4, 18, 19 bis, 254 y 322 de la Ley Hipotecaria; arts. 36 y 100 del Reglamento Hipotecario; arts. 10, 11, 24 y 199-230 de la Ley Concursal.

Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad), Resolución de 11 de junio de 2010.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2010/4160.

[...] Ahora bien, pese a que no suponga una ausencia de control de la resolución extranjera, la apuesta por un modelo de reconocimiento automático sí tiene una especial incidencia sobre el modo de realizar tal control. A diferencia de lo que acontece en un modelo de homologación previa como el contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, donde el reconocimiento se supedita a la obtención de una autorización por parte de las autoridades del Estado requerido en la que, a título principal y con fuerza de cosa juzgada, se permita que despliegue sus efectos en ese Estado, el Reglamento 1346/2000 posibilita la obtención del reconocimiento incidental de una resolución extranjera ante aquella autoridad del Estado requerido frente a la cual tal resolución se quiera invocar, sea aquella una autoridad judicial o, como acontece en el presente supuesto, un Registrador. Ello supone que, en un caso como el presente, es al propio Registrador a quien corresponde, con carácter previo a la inscripción del título extranjero, controlar con carácter incidental si la resolución extranjera de declaración de apertura de concurso reúne los requisitos para ser reconocida en España como trámite previo a su inscripción.

En definitiva, pese a la flexibilización del régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras que propone el Reglamento 1346/2000, el propio instrumento comunitario exige un comportamiento activo del Registrador que le obliga, de un lado, a constatar

que la resolución concursal extranjera queda dentro del ámbito de aplicación del propio instrumento y, en consecuencia, puede beneficiarse de su régimen privilegiado de reconocimiento y, de otro, que no se encuentra inmersa en uno de los motivos de denegación (Informe VIRGÓS/SCHMIT, citado en los VISTOS, núm. 183). El Reglamento carece, sin embargo, de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de una resolución extranjera, lo que obliga a acudir a las normas nacionales, normas, que en el caso del Registrador, necesariamente han de ser las que regulan el ejercicio del control de legalidad. Ello supone que el Registrador ha de incorporar a dicho control el examen de los requisitos que permiten atribuir eficacia en España a la declaración de apertura extranjera, un examen que necesariamente ha de ser de carácter limitado y que ha de ceñirse exclusivamente a los requisitos ya mencionados, es decir, la constatación de que el supuesto queda dentro del propio Reglamento y, en consecuencia, puede beneficiarse del régimen de reconocimiento incidental y, de constatar la aplicación del instrumento comunitario, la verificación de que el reconocimiento de la declaración de apertura extranjera no supone una manifiesta vulneración del orden público español. Por otro lado, el Reglamento tampoco regula la forma y el contenido de la inscripción, lo que supone que ésta ha de respetar las exigencias de la autoridad que lleve el registro nacional (en este sentido, Informe VIRGÓS/SCHMIT, núm. 182) exigencias, claro está, cuyo cumplimiento también deberá ser verificado por el propio Registrador y entre las que se incluyen las relativas a la inscripción de documentos extranjeros contenidas en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario.

Nota: 1. A pesar de los años transcurridos desde la entrada en vigor del Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (RI), a pesar de la promulgación de una ley, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), cuyo art. 199 regula las relaciones entre ordenamientos y menciona específicamente la primacía del citado Reglamento, éste es completamente ignorado por el Registrador obligado a resolver sobre el acceso al Registro de la Propiedad de dos resoluciones judiciales dictadas en 2007 por la *Dewsbury County Court* (Reino Unido). Ambas resuelven la apertura de sendos procedimientos de insolvencia sobre dos nacionales ingleses, fundándose la negativa a practicar el asiento registral solicitado en los folios de la finca registrada en San Javier y propiedad de los concursados, en los arts. 38.1 y 39 del Reglamento núm. 44/2001, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Bruselas I), en el art. 4 de la Ley Hipotecaria y 10.1 del Código Civil (?). Convenientemente recurrida, esta decisión es revocada por la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN), en una resolución bien fundamentada y de la que cabe destacar su vocación docente. En ella se discuten principalmente dos cuestiones, la primera y más obvia es la que atañe a la aplicación del RI (2), la segunda concierne al reconocimiento automático (3), cuestiones ambas a las que nos referimos someramente a continuación.

2. La declaración de apertura de un concurso entra de lleno en el art. 1.2.b) del Reglamento Bruselas I, que excluye de su ámbito de aplicación material «la quiebra, los convenios entre quebrados y demás procedimientos análogos», por mor de la conveniencia de elaborar un instrumento *ad hoc*. Éste llega con el RI y, tras él, se promulga la LC, adoptando ambas normas el mismo modelo de insolvencia transfronteriza, entre otras razones, para evitar problemas de aplicación derivados de la dimensión espacial que caracteriza al Reglamento; es decir, esta norma sólo resulta aplicable a los concursos intracomunitarios, definidos como aquellos en los que el centro de los intereses principales del deudor se localiza en un Estado miembro. Esta regla de

aplicación es completada por otras, pero ésta es *conditio sine qua non*, constituyendo, además, la norma de competencia judicial internacional para la apertura de un concurso universal (arts. 3.1 RI y 10.1 LC); de no concurrir esta circunstancia, la norma aplicable es la LC.

Del caso se desprende que ninguna de las resoluciones inglesas abordaba expresamente la cuestión de dónde tienen los deudores su centro de intereses principales en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, en los términos propuestos y discutidos por el Considerando 13 RI y su Informe explicativo, conocido como Informe Virgós/Schmit, o por la ya abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quizás porque el concurso apareciera como puramente interno en un primer momento. Cabe destacar aquí la conveniencia de que, en caso de que la insolvencia presente algún contacto internacional, se razone en los términos señalados de precisar el carácter universal o territorial del concurso que se abre. En cualquier caso y como bien indica la Resolución comentada, basta con que las resoluciones procedan de un Estado miembro y versen sobre un procedimiento de insolvencia de los contemplados en el Reglamento, para que se active el mecanismo de reconocimiento allí previsto. Conviene aquí destacar que, además y para ahorrar esfuerzos interpretativos y costosas averiguaciones, el propio RI contiene un Anexo A, donde se detalla qué entiende cada Estado miembro por procedimiento de insolvencia a los efectos del art. 1.1.

3. La primera polémica en torno a la aplicación del RI versó sobre la concreción del centro de intereses principales del deudor; este concepto fáctico da lugar a conflictos de jurisdicción entre Estados miembros, en parte resueltos de acuerdo con el principio de prioridad temporal a que obliga la instauración de un reconocimiento automático para las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia (arts. 16 y 17 RI, y STJUE de 2 de mayo de 2006, asunto C 341/04, *Eurofood IFSC*, FJ 32). A la luz de esta doctrina y por mor del principio de confianza comunitaria, si la decisión procede de otro Estado miembro y versa sobre un procedimiento de insolvencia de los allí definidos, no cabe ni discutir la aplicación del Reglamento ni el foro de competencia judicial internacional.

La Resolución comentada incide, además, en la noción de reconocimiento automático, puesto que su denominación es engañosa: no se trata de reconocer sin más, sino que impone un mínimo control, en el caso obligando al registrador a comprobar que no se vulnera el orden público del estado requerido (art. 26 RI). Ello tiene la ventaja de que la resolución despliega efectos desde el mismo momento en que ha sido dictada en el extranjero, si bien puede dejar de producirlos en el caso de que se deniegue el reconocimiento. Para esta modalidad de reconocimiento no está previsto procedimiento alguno, aclarando la Resolución aquí reseñada que este control forma parte de las normas que regulan el ejercicio del control de legalidad por parte de los registradores; control limitado, por tanto, a constatar la aplicación del Reglamento y que no hay vulneración del orden público, además de los relativos a la inscripción de documentos extranjeros (arts. 3 LH y 36 RH). También cita la DGRN los requisitos propios de la forma y contenido de la inscripción, pero esta actividad ya implica una actuación *más allá del reconocimiento*, que exige acudir al art. 11 RI para determinar la ley aplicable: los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble vienen determinados por la *lex concursus*, pero no así su inscripción, que depende de la *lex libri*. Por otra parte, cabe recordar aquí que el art. 22 RI establece la facultad del síndico de solicitar la inscripción de la apertura del concurso en el Registro de la Propiedad de otro Estado miembro, convertida en obligación por el art. 24.4 LC, que exige anotación preventiva.

La Resolución confunde, sin embargo, reconocimiento automático con incidental, como se desprende del uso indiscriminado de ambos términos. Ahora bien y aunque sea en aras del rigor doctrinal mostrado por la propia DGRN, ha de insistirse en la diferencia (véase, por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Madrid, Civitas, 2009, pp. 205-207), puesto que en el primero no hay procedimiento, mientras que sí lo hay en el segundo, permitiendo la contradicción, que se canaliza en este caso a través de la impugnación de la decisión del Registrador en el ámbito registral.

Laura CARBALLO PIÑEIRO
Universidad de Santiago de Compostela

5. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

5.1. Responsabilidad civil

2011-12-Pr

RESPONSABILIDAD CIVIL.—Accidente de circulación ocurrido en España.—Automóvil matriculado y asegurado en Suiza.—Acción directa.—Ley aplicable a la responsabilidad y alcance de las obligaciones de la compañía aseguradora.—Prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 10.5 y 12.6 del CC, Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, Convenio de Londres de 1968 acerca de la información sobre Derecho extranjero, Derecho suizo en materia de seguros.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 23 de marzo de 2010. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2010/2417.

SEGUNDO [...] La norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Como consecuencia el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado (STS 10 de junio de 2005).

En el caso, el Derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el Derecho suizo. Así resulta del artículo 4 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, del que son parte España y Suiza, teniendo en cuenta que en el accidente interviene un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España, en donde tiene lugar, como es Suiza, país en el que también reside el tomador. Igualmente, la responsabilidad del asegurador bajo el contrato de seguro se rige por el Derecho suizo, conforme a los artículos 107 a 109, se apliquen en la redacción vigente en el momento del siniestro o tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación

y Supervisión de los Seguros Privados; artículos que fueron introducidos por Ley 21/90 de 19 de diciembre para adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos del de vida y de actualización de la legislación de seguros privados, según redacción vigente a fecha del siniestro.

El art. 107 (en redacción vigente a fecha del siniestro) no determina la aplicabilidad de la Ley española porque el tomador no reside en España —107.1.a) el contrato no es consecuencia de obligación impuesta por Ley española 107.1.b)—, y tampoco las partes eligieron la Ley española —107.2—, ni cabe estar a lo dispuesto en el 107.4 que se decanta por la Ley del Estado con el que exista relación más estrecha —que podía ser España por ser donde se sitúa el riesgo—, ya que la norma parece regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es. Por tanto, se debe estar al art. 109 LCS, norma supletoria que se remite a las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones y contratos que se contienen en el Código Civil. Por lo demás, el art. 10, regla 5.ª del Código Civil, permite considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el Derecho suizo por ser el de la residencia habitual común (ya que los dos fueros preferentes establecidos en dicha regla 5.ª —ley elegida, ley nacional común— no son aplicables) [...].

Nota: 1. Los hechos que dan lugar a esta sentencia son los siguientes: accidente de circulación ocurrido en España en 1995 en el que está implicado un único vehículo, matriculado y asegurado en Suiza. Todos los ocupantes del vehículo son españoles, miembros de una misma familia, residentes en Suiza. En el siniestro fallecen el padre y la madre (conductora del automóvil) sobreviviendo los dos hijos menores que también viajaban a bordo. Presentada demanda por el defensor judicial de éstos contra la compañía de seguros suiza aseguradora del automóvil y su filial española, en primera instancia (1999) ambas compañías son condenadas (la suiza en rebeldía) al pago de algo más de 73 millones de pesetas, amén de otras cantidades a determinar en ejecución de sentencia. La sentencia establece que ambas compañías deben responder solidariamente hasta donde cubra el seguro obligatorio y, en lo que exceda, debe hacerlo exclusivamente la compañía suiza. Presentado recurso de apelación, la Audiencia estima el recurso presentado por ambas aseguradoras, absolviendo a la española por entender que no era parte en el contrato de seguro y condenando a la suiza al pago de cantidades muy inferiores: en total algo menos de 17.000 euros, amén de otras cantidades que puedan fijarse en fase de ejecución de sentencia. La sentencia de la Audiencia se fundamenta en la aplicación del Derecho suizo en materia de seguros que establecería que existiendo, como es el caso, un seguro obligatorio de accidentes del que es titular el padre de los menores, éstos tendrían derecho en virtud del mismo —entre otras prestaciones— a una pensión de orfandad, debiendo imputarse al seguro de responsabilidad civil únicamente los daños directos derivados de las lesiones causadas a los menores. Recurrida la sentencia por la representación de los menores ante al Tribunal Supremo, éste confirma la sentencia de instancia.

2. Jurisdicción para conocer de la acción directa. Ni en la sentencia de la Audiencia ni en la del TS se hace referencia alguna a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del caso o a la legitimación pasiva de la aseguradora, lo que está justificado desde el momento en que la parte demandada se persona en el proceso sin haber cuestionado ni una ni otra cosa. Conviene, no obstante, dedicar un comentario a un tema tan importante como intrincado. Teniendo en cuenta la fecha en la que se inicia el litigio en primera instancia y el domicilio de la aseguradora demandada, la fuente aplicable para determinar la existencia de jurisdicción era el Convenio de Lugano de 1988. De acuerdo con su art. 10, segundo párrafo, «las disposiciones de los arts. 7, 8 y 9 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por el per-

judicado contra el asegurador *cuando la acción directa fuere posible*». De acuerdo con el art. 9, el asegurador puede ser demandado ante el Tribunal «del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso cuando se trate de seguros de responsabilidad». Los tribunales españoles debían considerarse pues competentes «si la acción directa fuere posible». Sólo si la ley que resultara aplicable a la cuestión de si es o no posible la acción directa la permitía, el juzgador español podía conocer del asunto. De este modo, la legitimación o no legitimación pasiva de los aseguradores de responsabilidad frente a las demandas de los perjudicados constituye una regla de naturaleza procesal que integra la norma sobre jurisdicción, forma parte de ella. Si no cabe acción directa, no hay jurisdicción. Lo dicho en relación con el Convenio de Lugano de 1988 es extensible a los casos en los que sea de aplicación el Convenio de Lugano de 2007 o el Reglamento 44/2001, con idéntico contenido (el TJCE, en Sentencia de 13 de diciembre de 2007, asunto C-463/06, considera que el art. 11.2 del Reglamento 44/2001 permite ejercer la acción directa en el domicilio del demandante, sin matices, perdiendo así de vista el último inciso del párrafo). De esta forma, aunque la doctrina y la jurisprudencia al tratar la cuestión de cuál es el momento procesal oportuno para plantear una eventual falta de legitimación han fluctuado entre la consideración de la misma como una cuestión de fondo (que se ha de resolver en la sentencia) o como un presupuesto del proceso (a debatir ahora en la audiencia previa o en el comienzo de la vista del proceso verbal), en nuestro caso específico el momento procesal oportuno para alegar la falta de legitimación pasiva derivada de la improcedencia de la acción directa y, en conclusión, la falta de jurisdicción, debería ser —con la actual LEC— la declinatoria prevista en el art. 63. En cuanto a cómo determinar si es o no posible la acción directa, tal como establece el art. 10 de la LEC, «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. *Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*». En nuestro ordenamiento atribuyen legitimación pasiva a la aseguradora de responsabilidad frente al perjudicado la Ley de Contrato de Seguro, en su art. 76, y la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su art. 7.1. Se crea así un supuesto especial de legitimación pasiva que, al constituir una regla de naturaleza procesal, debería ser tomada de la ley del foro. Sin embargo, la existencia en nuestro ordenamiento de una regla específica al respecto (junto a la más amplia del art. 18 de Roma II), ya en vigor en el momento en el que se inició el pleito —el art. 9.º del Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera— deja sin efecto las consecuencias de aquella calificación procesal (no la calificación misma). Según este artículo, el perjudicado tiene derecho a actuar directamente contra el asegurador de responsabilidad si este derecho le es reconocido por la ley aplicable a la responsabilidad, por la ley del lugar del accidente (si la responsabilidad no se rige por esta ley sino por la de la matrícula del automóvil) o, en defecto de una y otra, por la Ley del contrato de seguro. En nuestro caso, como veremos más adelante, la ley aplicable a la responsabilidad y al contrato de seguro es la Ley suiza, que reconocía y reconoce este derecho, como también lo reconocía y reconoce —como acabamos de ver— el Derecho español del lugar del accidente. Hasta aquí, la cuestión de la *admisibilidad* de la acción directa como determinante de la jurisdicción. Cuestión diferente es la del *alcance* de esta acción directa: una vez establecida la jurisdicción, el asegurador responderá frente a la víctima en la medida en que la ley que regule la responsabilidad civil del asegurado establezca la responsabilidad de éste, el siniestro se haya producido dentro del ámbito territorial cubierto por el seguro y, con estos presupuestos, deberá hacerlo hasta donde prevean los mecanismos de aseguramiento de vehículos estacionados en países extranjeros, aplicables en el país donde se ha producido el siniestro (o incluso más allá, si fuera

el caso, hasta donde prevea el contrato de seguro y la ley aplicable al mismo). En el párrafo siguiente analizaremos estas cuestiones.

3. Ley aplicable a la responsabilidad y alcance de las obligaciones de la compañía aseguradora. Si en la cuestión tratada en el punto anterior el TS no tuvo ocasión de equivocarse, en ésta no ha perdido la oportunidad de hacerlo. Con independencia de que la reclamación esté dirigida contra el responsable del daño o directamente contra el asegurador de responsabilidad, la indemnización debida a las víctimas es la determinada por la ley que resulte aplicable a la responsabilidad del autor del daño en virtud del Convenio de La Haya de 1971. De acuerdo con su art. 4.º, ésta debía ser la Ley suiza y, en particular, la Ley suiza que regula la responsabilidad civil por accidente de circulación, esto es, la *Strassenverkehrsgesetz*. La Audiencia, que ignora la existencia del Convenio de La Haya, se plantea si es aplicable el Derecho español o el suizo «en materia de seguro», y concluye que es aplicable el suizo en virtud del art. 10.5 del Código Civil. A partir de ahí, citando diferentes fuentes (la «Ley Federal del Seguro de Accidentes», su «Reglamento» y las condiciones generales de la aseguradora), basándose para ello en informes de diferentes organismos suizos («Oficina Federal de Seguridad Social Suiza» y «Oficina Federal de Seguros privados») y sin reproducir texto legal alguno, acaba dictando el fallo al que nos hemos referido en el párr. 1. El TS, que confirma el fallo de la Audiencia, cita el Convenio de La Haya, pero reproduce después el error de planteamiento de la Audiencia al no discriminar entre ley aplicable a la responsabilidad, ley aplicable al contrato de seguro (cuestión que aquí sólo habría sido relevante para el caso de que se hubiera discutido la validez del contrato), y mecanismos de indemnización por accidentes causados en España por vehículos matriculados en un país extranjero. Es más, una vez caído el TS en el error de considerar, como la Audiencia, que la responsabilidad del asegurador es una cuestión que depende de la ley aplicable al contrato de seguro, se ahonda en el error: descarta la aplicación del art. 107 de la Ley de Contrato de Seguro «ya que la norma parece [*sic*] regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es», para acabar bendiciendo la aplicación del art. 10.5 del Código Civil, ignorando la existencia del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que había entrado en vigor para España el 1 de septiembre de 1993. En cualquier caso, nada de todo esto importaba. El Tribunal, partiendo del Convenio de La Haya de 1971, debería haber aplicado la *Strassenverkehrsgesetz*, reguladora de la responsabilidad civil por accidente de circulación para fijar la responsabilidad del conductor del vehículo, teniendo en cuenta además que su art. 80 establece la compatibilidad de las indemnizaciones derivadas de esa ley con las de la *Bundesgesetz über die Unfallversicherung*, de la que podría derivarse el derecho a una pensión de orfandad de los menores, pero que en absoluto debía ser traída a colación en este pleito. Una vez fijado el importe de la reparación, la aseguradora suiza debía responder hasta el límite establecido en el seguro obligatorio español, en los términos establecidos por el Convenio Multilateral de Garantía entre Oficinas nacionales de seguros, firmado ya tanto por España como por Suiza en el momento del accidente, y sobre cuya base la Decisión de la Comisión de 30 de mayo de 1991 (DOCE L 177/27) obligaba, a partir de 1 de junio de aquel año, a no controlar en frontera el aseguramiento de los vehículos matriculados en los Estados cuyas Oficinas eran parte en el Convenio, sin perjuicio de las eventuales acciones de resarcimiento, en otro lugar y en otro momento, entre diferentes aseguradoras, derivadas de sus responsabilidades frente a un mismo siniestro.

4. La prueba del Derecho extranjero. Tampoco en este punto es ésta una sentencia ejemplar. La aplicación del Derecho suizo la plantea por primera vez la parte ape-

lante en segunda instancia (no había comparecido en la primera instancia), instando a la Audiencia a que por la vía del Convenio de Londres de 1968 acerca de la información sobre Derecho extranjero solicite información sobre el Derecho de seguros suizo. Con independencia del error en la selección de las normas suizas que deberían haber sido aplicadas al caso, lo aportado a través de este mecanismo convencional son meras síntesis o, en el mejor de los casos, citas de preceptos aislados sin reproducción de sus contenidos. El TS considera suficientemente probado el Derecho extranjero y no le parecen reprochables las referencias al Derecho español que, en algún fundamento, hace la Audiencia «de forma complementaria». Al margen de la falta de claridad en la sintaxis y en el hilo argumental de la sentencia, del desconocimiento de algunas fuentes y de la aplicación incorrecta de otras, preocupa esta degradación del nivel de exigencia en relación con la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, a lo que, también hay que decirlo, contribuyó sin duda la pésima dirección jurídica de la parte demandante a la que, con razón, el TS reprocha su falta de actividad en esta cuestión.

Luis GARAU JUANEDA
Universidad de las Islas Baleares

5.2. Sucesiones

2011-13-Pr

SUCESIONES. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Declaración de herederos abintestato.—Jurisdicción voluntaria.—Art. 22.3 10 LOPJ.

Preceptos aplicados: art. 22 de la LOPJ; arts. 979 y 980 de la LEC 1881; art. 209 bis del RN.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a) núm. 106/2010, de 22 de septiembre de 2010. Ponente: Ilmo. Sr. Carlos Fuentes Candelas.

F.: Aranzadi Westlaw JUR 2010/362252.

El Tribunal entiende que, en las circunstancias del caso examinado, no resulta clara la ausencia de jurisdicción de los tribunales españoles, habida cuenta en general de las razones esgrimidas por la apelante al existir suficientes vínculos o conexión y una proximidad razonable del asunto con el Estado español, ante cuyos tribunales se ha instado el presente procedimiento, con las personas interesadas y con los bienes o intereses materiales objeto de la sucesión mortis causa en cuestión, tratándose de un tema de competencia internacional no imperativa, debiendo de interpretarse o aplicarse la normativa al respecto de manera amplia o flexible para una mejor tutela judicial y acceso a la justicia, evitando gravámenes excesivos o desproporcionados a los intereses en juego y hasta el riesgo de denegación de protección, máxime a la vista de la regla de competencia internacional incluida en los artículos 979 LEC/1881 y 209 bis del Reglamento Notarial, invocados por la recurrente, no resultando entonces coherente que, dependiendo del tipo de herederos legales, más o menos cercanos al causante, resulten competentes las autoridades españolas o las extranjeras, pudiendo también interpretarse el artículo 980 LEC/1881 («los demás herederos abintestato podrán obtener la declaración en vía judicial justificando») en relación con el 979 (declaración abintestato a favor de parientes

en línea recta o cónyuge, mediante acta de notoriedad ante notario del «lugar en que hubiese tenido el causante su último domicilio en España») y el 209-bis RN (último domicilio del causante en España y, de no haberlo tenido nunca en España, el del lugar de fallecimiento, y caso de haber ocurrido en el extranjero, el lugar donde estuviese una parte considerable de sus bienes o de las cuentas bancarias). Tema distinto serán las justificaciones requeridas al fin en cuestión (declaración de herederos abintestato) y en particular si el Juzgado, en su caso, considera necesario posteriormente la acreditación de los actos de última voluntad que consten en los archivos del Reino Unido, si existiese un Registro al respecto.

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

Nota: 1. No hay trampa. En este supuesto tanto los antecedentes fácticos como los términos del debate planteados son claros. Se agradece así la nitidez de la exposición al presentar los argumentos que sostienen la resolución adoptada y al mostrar los objetivos perseguidos mediante esta decisión. Otra cosa es que se pueda discutir la solución alcanzada.

2. El proceso se inicia en España con el fin de obtener, por vía de jurisdicción voluntaria, una declaración de herederos abintestato a favor de parientes colaterales residentes en el partido judicial donde se tramita el proceso. El causante poseía la nacionalidad española y tenía su último domicilio en Londres, donde falleció soltero y sin otros familiares conocidos más próximos que aquellos que instan la declaración de herederos. Los bienes de la herencia consistían supuestamente en una cuenta corriente en una oficina de La Coruña que albergaba una sustanciosa cantidad de dinero. Vale la pena destacar, sin entrar en un análisis más profundo dada la imposibilidad fáctica de llevarlo a cabo, lo que nos dice la Audiencia al respecto «y *al parecer* sin más bienes a su nombre que una cuenta de ahorro con una importante cantidad en una oficina de A Coruña» (la cursiva es del autor de la nota). Simplemente dejamos constancia que no existe la seguridad de que el causante no poseyera también bienes, muebles e inmuebles, no sólo en España sino sobre todo en otro país, especialmente en el Reino Unido, donde residía. La falta de certeza en cuanto a este dato puede tener relevancia posteriormente cuando se discuta posteriormente la solución adoptada.

El Juzgado ante el que se planteó la solicitud de declaración de herederos abintestato se declaró incompetente por falta de jurisdicción de los tribunales españoles para el conocimiento del asunto sobre la base del art. 22.3.º10 LOPJ al aceptar el informe emitido por el Ministerio Fiscal de acuerdo con el art. 38 LEC 1/2000. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación planteado y declara, por el contrario, la competencia de los tribunales españoles para conocer del fondo del asunto.

3. Un dato fundamental para afrontar la cuestión deriva del carácter voluntario del acto de jurisdicción solicitado. La declaración de herederos abintestato tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria y, faltando descendientes, ascendientes o cónyuge del finado (art. 980 LEC 1881), el juez dictará auto haciendo declaración de los herederos conforme a lo previsto en el art. 981 LEC 1881. La intervención judicial será preceptiva, y no puede interpretarse como un mero acto formal ni tampoco puede reducirse la resolución judicial a un acto automático, de lo que se deduce que no pueda considerarse suficiente la sola intervención del secretario judicial (véase Consulta núm. 1/2004 a la Fiscalía General del Estado de 26 de noviembre de 2004, *JUR* 2004/300844; AAP Madrid de 22 de febrero de 2011, *AC* 2011/447). Siendo esto así, al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (aunque debe apuntarse que

la declaración de herederos abintestato viene regulada en el Libro II de la LEC 1881, relativo a la jurisdicción contenciosa y, por tanto, no cabe una aplicación mecánica de las disposiciones previstas en el Libro de la LEC 1881 referido a la jurisdicción voluntaria véase *ad ex.* AAP Lleida de 26 de noviembre de 2009, *JUR 2010/86846*), se delimita un ámbito que viene definido por la ausencia de contradicción, de controversia, de conflicto, de contraposición de intereses, esto es, por la inexistencia de litigio al no plantearse demanda alguna por una parte procesal contra otra parte procesal. Luego, no hay litigio y, en consecuencia, ni demandante ni demandado. Simplemente hay un instante o solicitante que promueve la intervención de una autoridad, el juez en este caso, para administrar un expediente y emitir una declaración que no tendrá valor de cosa juzgada dejando abierta la posibilidad a que cualquier parte interesada defienda sus pretensiones por la vía judicial contenciosa (RDGRN de 18 de enero de 2005, *La Notaría*, 16, abril de 2005; véase nota CALVO VIDAL, I., *REDI*, 2005, 2, pp. 1028-1033, centrándose básicamente en cuestiones relativas a la ley aplicable). Siendo un trámite voluntario que no viene definido por las notas de contradicción, la jurisdicción interviene desprovista de su potestad jurisdiccional y actúa simplemente como garantía de derechos por atribución expresa de la Ley. Se trata de una actuación que pretende completar o perfeccionar un negocio, en sentido amplio, más que resolver una controversia.

Es éste un factor importante porque puede, o debería, tener consecuencias por lo que se refiere a la atribución de competencia internacional. Sin embargo, lo cierto es que, en la legislación actualmente vigente, no merece una atención especial y es tratada de la misma forma que la atribución de competencia judicial internacional en supuestos contenciosos. La falta de distinción provoca lagunas importantes debido a la inadecuación de las normas existentes. Así, esta carencia es palmaria en relación con el control de la competencia. No cabe duda, en primer lugar, que no cabrá la apreciación de la falta de competencia internacional a instancia de parte porque, como se ha dicho, no existe propiamente una parte procesal contra la que se dirija una petición o reclamación. En consecuencia, el art. 39 LEC 1/2000 no es susceptible de ser aplicado en estas circunstancias. Por consiguiente, cabe plantear en este supuesto fáctico qué disposición debe ser aplicada para valorar la falta o no de competencia para tramitar el acto de jurisdicción voluntaria solicitado. Debe indicarse que tampoco parece acertada la aplicación de los arts. 36 y 38 LEC 1/2000. El primero de los preceptos establece que en las circunstancias específicamente previstas en el artículo los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan. Considerando los antecedentes fácticos del asunto en cuestión no cabe la aplicación del primero de los apartados (inmunidad de jurisdicción) porque no se trata de un sujeto que gozara de tal inmunidad. El supuesto tampoco queda incluido en el segundo de los apartados (atribución exclusiva de la competencia a una jurisdicción de un Estado con el que España haya ratificado un tratado o convenio que prevea tal atribución) porque no se trata de un foro de competencia exclusiva. Y, por fin, lo mismo debe señalarse respecto al tercero de los apartados (incomparecencia del demandado cuando la competencia de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes) puesto que si no hay demandado no puede producirse su incomparecencia y además tampoco puede haber sumisión tácita de las partes. Por consiguiente, el tribunal no puede advertir la falta de competencia ni puede darse audiencia al Ministerio Fiscal sobre la base del art. 38 LEC 1/2000 —desde luego tampoco a las partes—, simplemente porque el legislador español no concebía la norma para los actos de jurisdicción voluntaria, tal como se admite en el apartado V de la Exposición de motivos de la LEC 1/2000 cuando se dice que «[...] esta Ley se configu-

ra con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria, que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial». Tanto es así que en la disposición final decimoctava se hace referencia explícita al proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, al que nos referiremos más adelante.

De este modo, sin poder tener acceso a la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia, habrá que suponer que la emisión del dictamen por parte del Ministerio Fiscal en el que se aprecia la falta de competencia de los Tribunales españoles encuentra su acomodo en el art. 980 LEC 1881 y no en el art. 38 LEC 1/2000. Otra posibilidad, ciertamente algo forzada, hubiera consistido en invocar el art. 1.815 LEC 1881, disposición general aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria, que establece lo siguiente: «Se oírás precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.// El Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente». Como se dijo anteriormente, en este mismo numeral 3, pese a su tradicional consideración como expediente de jurisdicción voluntaria, la declaración de herederos abintestato es objeto de regulación especial en el Libro II de la LEC 1881, relativo a la jurisdicción contenciosa y no a la jurisdicción voluntaria, de modo que no cabría la aplicación de las disposiciones contenidas en el Libro II. No obstante, se puso de relieve (TSJ Cataluña de 26 de febrero de 1997, *RJ 1997/7277*) que se trata de un procedimiento específico que presenta muchas analogías con la jurisdicción voluntaria en la que está prevista la audiencia del Ministerio Fiscal cuando se trate de cuestiones que puedan afectar a los intereses públicos, en un momento en que el art. 980 LEC 1881 no preveía la intervención del Ministerio Fiscal. No obstante, la redacción actualmente vigente sí prevé su intervención con el objeto de que no haya dudas respecto a las justificaciones exigidas para la obtención de la declaración judicial. De todos modos quizá cabría proyectar la finalidad establecida en el art. 1815 LEC 1881 sobre el procedimiento de declaración de herederos abintestato, de forma que esta intervención estaría también justificada en la medida que se afecte al interés público y ello le obligara a preservar el cumplimiento de las normas de competencia judicial internacional, al fin y al cabo la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en el marco del art. 38 LEC 1/2000 cuando se aprecia de oficio la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer del fondo del asunto. Sin embargo, éste es un punto que merece un posterior desarrollo. Así, lo que debe plantearse, por una parte, es si efectivamente hay un interés público en que las autoridades españolas no conozcan cuando no se ha previsto atribución de competencia. Por otra parte, podemos preguntarnos si los foros previstos en el art. 22.3.^o10 LOPJ son los únicos criterios que permiten a los Tribunales españoles conocer de asuntos en materia de sucesiones respecto de actos de jurisdicción voluntaria.

4. Las reglas de atribución de competencia judicial internacional comportan asimismo la previsión de aquellos supuestos en los que la jurisdicción no debe conocer. Tienen pues una doble misión: establecer cuándo existen vínculos suficientes como para que la propia jurisdicción sea competente y, la otra cara de la moneda, fijar aquellos supuestos que no deben ser conocidos por la jurisdicción por falta de proximidad. La vertiente positiva —atribución— está expresada o verbalizada en la regla de competencia, mientras que la vertiente negativa —falta de competencia— se expresa usualmente por omisión. Esta idea reposa, sobre todo y más que nada, sobre la necesidad de evitar una vulneración de la tutela judicial efectiva. Existe pues un interés

público en cumplir y hacer cumplir las reglas de competencia judicial internacional, dado que mediante las mismas se regula el ámbito y alcance del ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto de supuestos internacionales, pero es que además estas reglas responden al principio de acceso a la jurisdicción, como exigencia constitucional. La STC 61/2000, de 13 de marzo, lo ha puesto de manifiesto. Ahora bien, en un expediente de jurisdicción voluntaria (como ha puesto de relieve JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales», *AEDI-Pr*, t. III, 2003, pp. 327-359) no cabe proyectar automáticamente este planteamiento, puesto que los criterios de atribución de competencia deben estar concebidos fundamentalmente para el acceso del solicitante a la declaración que pretende, máxime cuando este acceso no cierra la vía judicial ordinaria (juicio declarativo ordinario). No en vano la regulación de la jurisdicción voluntaria no está sometida a los rigores con que se regula la jurisdicción contenciosa. Buen ejemplo de esta flexibilidad es el art. 1.818 LEC 1881 (*El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de la jurisdicción contenciosa*).

Con ello no se niega un interés público en el cumplimiento de las reglas de atribución, puesto que ya vimos que la intervención de la autoridad —judicial en este caso— no es meramente formal y automática, pero lo que se pretende poner de relieve es que precisamente el acceso a la jurisdicción debe verse extendido, también como interés público. Ciertamente, en un acto de jurisdicción voluntaria no hay un acceso a la jurisdicción propiamente dicho, sino un acceso a la autoridad, pero no debe olvidarse que la declaración obtenida puede dar pie a la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, aunque sea de modo indirecto, unas reglas de atribución excesivamente restrictivas que impidan al instante o solicitante un acceso a la autoridad para promover una declaración de herederos abintestato cuando existen vínculos o conexiones suficientemente significativos con el ordenamiento español, pueden limitar de modo infundado el acceso a la jurisdicción. Este fundamento, unas reglas que prevean criterios amplios de acceso a la autoridad competente, está latente por ejemplo en materia de adopción internacional, aunque debe señalarse que el interés superior del menor es la nota predominante que caracteriza estos criterios. En realidad, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que incluye la declaración de herederos abintestato como trámite de jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones, preveía una ampliación de los criterios previstos en el art. 22 LOPJ que hubieran continuado siendo de aplicación, pero atribuía también competencia a las autoridades españolas judiciales o no si el expediente afectaba a un español o con residencia habitual en España o cuando el expediente afectare a situaciones o relaciones jurídicas regidas por la legislación española [véase *BOCG*, VII Legislatura, 27 de octubre de 2006, art. 9.3.c)]. Sin duda alguna, en este caso, se hubiera aceptado la competencia internacional. Vale la pena reseñar también que, si la última residencia habitual del causante no hubiera estado en un Estado miembro, la competencia residual prevista en el art. 6 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (COM 2009 154 final) se amplía la competencia de modo que las autoridades españolas, tanto judiciales como notariales, tanto en vía contenciosa como voluntaria, habrían sido igualmente competentes.

La AP A Coruña pone de manifiesto la oportunidad de una ampliación de los criterios de competencia, se trata en este caso de «un tema de competencia internacional no imperativa» y, por ello, cabe una interpretación de las reglas de competencia «amplia o flexible para una mejor tutela judicial». Ahora bien, debe indicarse que quizás la

Audiencia va más allá de lo preceptivo, puesto que no hay duda alguna de que la LOPJ contiene criterios de atribución de competencia a la jurisdicción española, que estos criterios son de obligado cumplimiento —salvo convenio, o norma comunitaria, en la materia—, que la LOPJ prevé también criterios de atribución de competencia para la tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria, que los criterios previstos en materia de sucesiones son que el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España, que estos criterios son operativos también para la declaración judicial de herederos abintestato y que, finalmente, el art. 22 LOPJ atribuye expresamente competencia «a los Juzgados y Tribunales españoles», sin que exista otra norma que contemple una ampliación o modificación a esta atribución a esta concreta autoridad, los Juzgados y Tribunales españoles. El criterio es distinto en cambio con respecto a las actas de notoriedad relativas a la declaración de herederos abintestato otorgadas ante notario. Debemos plantearnos entonces si cabe esta interpretación amplia y flexible que sostiene la AP A Coruña.

5. En efecto, la legislación española establece que la declaración de herederos abintestato puede obtenerse mediante otorgamiento de acta de notoriedad ante notario, cuando los solicitantes sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, mientras que el expediente se tramitará ante juez si se tratare de parientes colaterales («los demás herederos» reza el art. 980 LEC 1881). En el supuesto de que se trate de un acta de notoriedad parece admitirse la aplicación de los arts. 979 LEC 1881 y 209 bis RN para atribuir competencia a los notarios para tramitar el acto de jurisdicción voluntaria, ampliando así los criterios de atribución de competencia más allá de lo establecido en el art. 22 LOPJ (para un análisis más detallado, véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales», *op. cit.*; igualmente VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 119 y 253), aunque se ha mantenido también lo contrario, esto es los notarios tienen atribuida la competencia en aplicación del art. 22 LOPJ y no cabe ampliar los criterios contenidos en el mismo por aplicación del art. 979 LEC 1881 y el art. 209 bis RN (véase ASENSIO BORRELLAS, V. J., «Estudio de las normas relativas a actas de notoriedad ab intestato en el Derecho internacional privado», *La Notaría*, 25-26, enero de 2006, pp. 153-174). Sin embargo, hay una cuestión fundamental en la que se coincide, el procedimiento previsto tiene identidad de razón tanto si se tramita ante juez como si es ante notario (ASENSIO BORRELLAS, V. J., «Estudio de las normas relativas a actas de notoriedad *ab intestato* en el Derecho internacional privado», *op. cit.*; JIMÉNEZ BLANCO, P., «Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales», *op. cit.*). A estos efectos merece la pena parafrasear la RDGRN de 18 de enero de 2005 (*La Notaría*, 16, abril de 2005, véase FD 4.^o): «Mas cualquiera que sea la autoridad o funcionario competente, por razón del parentesco de los llamados por Ley, la naturaleza del expediente es la misma, e iguales han de ser los efectos que se deriven de la declaración que le ponga fin». El problema deriva de la dualidad normativa en función de la autoridad interviniente, de forma que los criterios de atribución de competencia a la autoridad judicial o a la notarial según la interpretación seguida o no son los mismos, siendo restrictivos si conocen los Jueces y ampliados si conocen los Notarios, o son los mismos, siendo restrictivos tanto si conoce una autoridad judicial como notarial. En cualquier caso, ello lleva a mostrar una insatisfacción bien fundada. En realidad, la AP A Coruña abre otra vía, peligrosa, que consiste en expandir la competencia de los jueces y tribunales españoles más allá de lo establecido en el art. 22.3 LOPJ. A mi juicio, está claro que la norma no es satisfactoria para las declaraciones de herederos abintestato y no cabe duda de que una regulación de la jurisdicción volun-

taria supondría una rectificación de los criterios previstos en la LOPJ. Sin embargo, el rigor con que debe respetarse el principio de legalidad en un ámbito como el de la atribución de competencia me impide alinear me con la posición expuesta en la resolución objeto de comentario, máxime cuando no veo argumento alguno, al menos en este caso, que pudiera justificar un, llamémosle «foro» de necesidad.

En cualquier caso, resulta evidente que el estricto cumplimiento del art. 22.3.º10 LOPJ, en un supuesto como el presente sujeto a expediente de jurisdicción voluntaria y en el que existen suficientes vínculos con el ordenamiento español, lleva al absurdo de declarar la falta de competencia de los Tribunales españoles. Se llega por tanto a un resultado cuasi desatinado, especialmente si lo comparamos con las posibilidades que tienen, por el contrario, los parientes más directos. La Propuesta de Reglamento comunitario en la materia, si finalmente llega a puerto, despejará definitivamente el panorama, al menos por lo que a este punto se refiere.

Albert FONT I SEGURA
Universidad Pompeu Fabra

2011-14-Pr

SUCESIONES.—Sucesión internacional.—Sucesión testamentaria.—Revocación.—Cuestión previa: separación de hecho basada en causa legal de separación judicial o divorcio.

Preceptos aplicados: arts. 9.8 y 107 del CC, art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña 1991, art. 82 del CC antes de su derogación por la Ley 15/2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 660/2010, de 22 de diciembre de 2010. Ponente: José Luis Valdivieso Polaino.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2011/233.

Pero no se trata de eso en este litigio, sino de si puede subsistir un testamento que se otorgó en 1997 a favor de la demandada, esposa del testador, cuando después se produjo la separación del matrimonio [...] Hemos considerado aplicable el Derecho español para decidir si existía causa legal de separación al producirse el fallecimiento de D. Braulio. La parte demandada ha insistido en la aplicación del Derecho sucesorio irlandés, pero respecto a la apreciación de si concurría causa legal de separación o de divorcio, no se ha discutido la aplicabilidad del Derecho español. Es sabido que los tribunales españoles deben aplicar las reglas de Derecho internacional privado españolas, como la propia parte demandada pone de relieve en su recurso. De acuerdo con el artículo 107 del Código Civil sería aplicable la legislación española a la separación y divorcio del matrimonio del señor Braulio y la señora Josefina, pues su última residencia común fue en España, según se alega en la contestación a la demanda, en la que se dice que el matrimonio regresó de Liberia a consecuencia de la guerra civil de dicho país, alternando periodos de estancia en España e Irlanda, pero teniendo su residencia principal en Vilafranca del Penedés. Como el señor Maximiliano no encontraba trabajo en España, marchó de nuevo a Liberia y la señora Josefina, con los hijos, a Irlanda. La última residencia común del matrimonio fue, según ese relato de hechos, en nuestro país, con lo que es aplicable el Derecho español a la cuestión que nos ocupa. Aunque el señor Maximiliano residía en Ghana, donde falleció, no se aprecia que sea aplicable ninguna otra legislación distinta de la española, llamada así también a ser aplicada en virtud de lo establecido en la letra a) del repetido

artículo 107. Pero insistimos en que la demandada no ha pretendido la aplicación del Derecho irlandés a esta materia de la existencia de causa legal de separación, ni se ha suscitado cuestión alguna al respecto.

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 (Ref. Incite09 202 150 PR); y Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el Feder [Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI)].

Nota: 1. Las sucesiones internacionales han sido desde siempre un marco idóneo para el análisis de problemas de aplicación del Derecho extranjero, tales como la calificación, el reenvío, el orden público, la adaptación [...] En las sucesiones interregionales, alguno de estos problemas también están presentes, con matices particulares. En el presente caso nos enfrentamos a una cuestión previa, fenómeno también habitual en esta materia, con ocasión de la necesidad de resolver determinadas cuestiones, fundamentalmente de filiación y estado civil del causante, para dar respuesta a la cuestión principal sucesoria. En esta sentencia se trata de saber si subsiste una disposición testamentaria otorgada en el año 1997 a favor de la que en ese momento era cónyuge del testador (la actual demandada y recurrente en apelación); para ello es necesario conocer la situación del matrimonio del causante en el momento de su fallecimiento, en febrero de 2005.

La oscura redacción de la sentencia sólo nos permite conocer algunos datos con exactitud. Son dos las cuestiones a tratar: por un lado, la cuestión principal, que como ya hemos indicado se trata de ver si se entiende o no revocada una disposición testamentaria a favor del cónyuge; por otro lado, la cuestión previa, que exige determinar si en el momento del fallecimiento existía una separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por algunas de las causas que permiten la separación legal o divorcio; pues de ser así, la disposición testamentaria a favor del cónyuge se presume revocada de conformidad con el Derecho aplicable a la sucesión.

2. Para la determinación de la ley aplicable a la cuestión principal, esto es la cuestión sucesoria, el tribunal ha tenido que realizar una doble operación, si bien sin plantear el caso problemática alguna a este respecto. En primer lugar, en una imprecisa aplicación de nuestro sistema de Derecho internacional privado, el tribunal se basa en el art. 9.1 CC, olvidándose de la norma de conflicto específica en materia de sucesiones, y llega a la conclusión de que se aplica el Derecho español por tener el causante nacionalidad española. De los datos de la sentencia se infiere que, pese a que el Derecho irlandés fue alegado como Derecho rector de la sucesión y que el causante vivió temporadas en el extranjero, nunca perdió su nacionalidad española. En segundo lugar, la Audiencia hace hincapié en la vecindad civil del causante, que de manera indiscutida se determina que es la vecindad catalana. En definitiva, se aplica a la cuestión principal sucesoria el Código de Sucesiones de 1991 por ser la norma en vigor en el Derecho catalán en el momento del fallecimiento del causante.

Si bien el Derecho irlandés es rechazado como el aplicable a la cuestión sucesoria, el tribunal señala que dicho ordenamiento jurídico sólo sería relevante en el caso de que se tratara de saber si el testamento, realizado en Irlanda, fue formalizado correctamente. El tribunal hace, por tanto, una referencia al Derecho irlandés a título de *lex loci celebrationis*. A este respecto, debemos señalar que en caso de inobservancia de un posible requisito formal específico exigido por la legislación irlandesa para el otorgamiento del testamento, sería difícil que conllevara la invalidez del testamento por motivos de forma. Como bien es sabido, el Convenio de La Haya de 1961, sobre los conflictos de

leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, instrumento a aplicar para juzgar si la formalización del testamento es correcta o no, establece un generoso régimen señalando la aplicación alternativa de hasta ocho leyes distintas, conforme a las cuales se puede considerar la validez formal del testamento en cuestión.

3. La consideración de la aplicación del art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 es lo que plantea en este caso la necesidad de resolver una cuestión previa. La demandante se basa en dicho artículo para defender la revocación de la disposición testamentaria a favor del cónyuge. Dicho precepto determina, para lo que aquí nos interesa, la presunción de revocación de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por *alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio*; la demandante sostiene que tras el otorgamiento del testamento se produjo una separación de hecho entre la instituida y el causante, por un tiempo suficiente como para constituir una causa de separación legal. Llegados a este punto, la cuestión que se nos plantea es la de saber qué ley nos va a decir qué es necesario para que una separación de hecho suponga una ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas de separación legal o divorcio, pues aplicando los criterios exigidos por la ley llamada, podremos finalmente saber cuál era la situación del matrimonio en el momento del fallecimiento del causante. Como vemos, en términos teóricos, se nos puede estar enviando a una ley distinta de la sucesoria: la ley rectora de la separación matrimonial.

A falta de respuesta específica a esta cuestión por nuestro sistema de Derecho internacional privado, los órganos jurisdiccionales españoles se han enfrentado a la resolución de cuestiones previas en materia de sucesiones sin aplicar un criterio claro y concreto (véase MASEDA RODRÍGUEZ, J., «Sucesión internacional: algunos problemas relativos a la aplicación de la norma de conflicto a través de la reciente práctica jurisdiccional española», *Dereito*, vol. 16, núm. 1, 2007, pp. 295-322, esp. p. 313). Con carácter general, la solución que se ha dado consiste en dar un tratamiento autónomo a las cuestiones previas, aplicando la correspondiente norma de conflicto (véase SAP de Málaga, de 5 de junio de 1993, AC 1993/1882, comentada por ZABALO ESCUDERO, E., *REDI* 1994-1, pp. 363-365; también, STS de 2 de diciembre de 2004, RJ 2004/7908, comentada por ABARCA JUNCO, P., y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *REDI* 2005-1, pp. 379-384). No obstante, ha habido casos en los que la cuestión previa se ha resuelto de conformidad con el Derecho material que rige la cuestión principal, esto es, la sucesoria (véase SAP Asturias de 29 de julio de 2005, JUR 2005/206766, comentada por ABARCA JUNCO, P., y HERRANZ BALLESTEROS, M., *REDI* 2006-1, pp. 488-491).

La AP resuelve el asunto de forma sumaria: sencillamente señala que se deben aplicar las normas de Derecho internacional privado españolas y de acuerdo con el art. 107.2 CC determina que se aplica la Ley española, al concluir que pese a que los cónyuges alternaban estancias en Irlanda y en España, tenían su residencia principal en Vilafranca del Penedés. La Audiencia decide identificar residencia principal con residencia habitual y aplica la Ley española por estar en España la última residencia habitual común de los cónyuges. En este caso Ley española significa aplicación del régimen del CC, pues de lo que se trata es de saber si concurre alguna causa de separación legal o de divorcio, cuestiones que son de competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con lo previsto en el art. 149.1.8 CE sobre las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio. En el momento del fallecimiento del causante, febrero de 2005, el CC aún seguía un régimen causal de la separación legal y del divorcio (pues este sistema fue modificado sólo unos meses después del fallecimiento del causante, por la Ley 15/2005, de 8 de julio). En concreto, la norma relevante para el caso es el antiguo art. 82 CC que recogía las causas de separación y que en su apar-

tado sexto señalaba como causa el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años. La concurrencia de esta causa en el caso dio como resultado que en el momento del fallecimiento existía una separación de hecho con ruptura de la unidad familiar que podría dar lugar a una separación legal, lo que a su vez determinó la revocación de la disposición testamentaria a favor del cónyuge.

De las posibles formas de solucionar una cuestión previa (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.^a ed., Navarra, Tecnos, 2009, p. 137), la AP opta por tratarla de forma autónoma, aplicando a la cuestión de si existe o no causa de separación legal o divorcio su propia norma de conflicto. La otra posibilidad, esto es, la aplicación de la legislación material de la ley rectora de la cuestión principal a la resolución de la cuestión previa, hubiera dado lugar al mismo resultado: la remisión del art. 9.8 CC a la Ley española en cuanto a la determinación de las causas de separación, daría lugar directamente a la aplicación del CC, puesto que en esta materia no existe plurilegislación posible, debido a la competencia exclusiva del Estado en la determinación de las formas del matrimonio. No se precisaría ninguna búsqueda accesoria (como ocurre con la normativa sucesoria). Cosa distinta hubiera sido si la situación se planteara en estrictos términos de Derecho interregional, pues en tal caso la cuestión previa, en sentido técnico, no habría llegado a plantearse al no existir uno de sus presupuestos básicos: la plurilegislación, ya que la referida competencia exclusiva del Estado en la materia eliminaría dicha posibilidad.

4. En definitiva, el mayor interés que desprende este supuesto es el de constituir un ejemplo más de la frecuente necesidad en las sucesiones internacionales de determinar como cuestión previa quién es el cónyuge del causante (véase AZCÁRAGA MONZÓNIS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant Monografías, 2008, p. 203) o, como en este caso, cuál es la situación legal del superviviente respecto del causante. Pese a no alterar el resultado final, puede achacarse a la sentencia la omisión manifiesta de un razonamiento en torno al art. 9.8 CC, norma que determina la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte. La cuestión previa, consciente o inconscientemente, fue resuelta de forma satisfactoria.

Por otro lado, resulta atractivo el supuesto por cuanto que pone de manifiesto interesantes y peculiares relaciones de complementariedad entre los diversos derechos civiles españoles. La presencia del Derecho civil del Estado, consecuencia del ejercicio de las competencias que «en todo caso» le corresponden (art. 149.1.8 CE), como dato que integra la interpretación de una norma de Derecho civil catalán, no deja de resultar un caso normal de heterointegración. El reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil no sólo determina el ámbito potencial de los conflictos de leyes internos sino también, como hemos visto, la misma existencia de clásicos problemas de aplicación, como la cuestión previa.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ
Universidad de Santiago de Compostela

6. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO INTERTERRITORIAL

6.1. Responsabilidad extracontractual

2011-15-Pr

DERECHO INTERTERRITORIAL.—Responsabilidad extracontractual.—Accidente de circulación por carretera.—Art. 10.9 del CC.—Aplicación del Derecho

civil catalán.—Aplicación del Derecho mercantil estatal.—Prescripción de la acción.—Plazos.

Preceptos aplicados: art. 149.1.6 de la CE; arts. 111.3, 111.4, 111.5, 121.11 a 121.14 y 121.21 del Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya; arts. 10.9, 13.2, 1.902 y ss. del CC; art. 76 de la LCS; arts. 1, 7.1 y 10 del RDLeg 8/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), núm. 65/2011, de 16 de febrero de 2011. Ponente: Ilma. Sra. María Ángeles Gomis Masque.

F.: Aranzadi Westlaw JUR 2011/182060.

[...] En otro orden de cosas, la legislación civil de Catalunya (sic.) y, concretamente, el Codi Civil no regulan con carácter general la responsabilidad extracontractual, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.2 del Código Civil, en esta materia rige en Catalunya (sic.) este cuerpo legal (arts. 1902 y ss. CC). Ahora bien, el artículo 121-21.d) del Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya (llei 29/2002 de 30 de diciembre) que entró en vigor el 1.1.2004, establece que prescriben a los tres años «las pretensiones derivadas de la responsabilidad extracontractual», por lo que dicho precepto, resulta de aplicación de acuerdo con lo establecido en los artículos 111-3 —territorialidad de las normas— y siguientes del mismo texto legal (téngase, además, en cuenta que el Código Civil español al regular las normas de Derecho Internacional Privado establece que «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» —lex loci, art. 10.9 CC—, imperando nuevamente el criterio de territorialidad). Por ello, ha de concluirse que, con carácter general, «las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual» derivada de hechos ocurridos en Catalunya (sic.) prescriben a los tres años.

No obstante, no podemos obviar que la responsabilidad civil —extracontractual— derivada de la circulación de vehículos a motor se encuentra regulada por una ley especial, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor respecto al cual conviene recordar que tanto el texto Refundido, como las sucesivas leyes que le precedieron y las modificaciones que se han efectuado en el mismo, tienen como objeto la adaptación o incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria adoptada sobre el tema, la cual tiende a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles; en consecuencia, y con arreglo a lo establecido en la misma esta materia se rige por dicha ley especial, siendo aplicables las normas generales sobre responsabilidad extracontractual en tanto la ley especial se remita a las mismas o como supletorias; dicha ley es de ámbito estatal y resulta plenamente aplicable en Catalunya (sic.). Así pues, en este ámbito no se trata tanto de un problema de territorialidad de la norma como de preferencia de la ley especial sobre la general, debiendo tenerse en consideración que el artículo 111-4 CCCat dispone que «Las disposiciones del presente Código constituyen el Derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes».

[...] Así, respecto de la acción directa ejercitada frente a la aseguradora, no cabe atender al plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 121-21.d) del Codi civil de Catalunya (sic.) (CCCat) toda vez que ese plazo conforma sin duda el Derecho común de Catalunya en lo relativo a las acciones de responsabilidad extracontractual, pero como resulta del propio CCCat, el Derecho civil catalán no abarca aquellas materias de competencia legislativa estatal, como ocurre con «la legislación mercantil» (art. 149.1.6.^a CE),

entre la cual se halla indudablemente la de seguros. La aplicación directa en Catalunya (sic.) del Derecho estatal de seguros es una consecuencia de la distribución constitucional de la competencia legislativa entre los entes territoriales, por lo que el carácter preferente que el artículo 111-5 CCCat atribuye a las disposiciones del Derecho civil catalán ya tuvo en cuenta esa circunstancia, como expresa el preámbulo del propio Código catalán, distinguiéndola de la heterointegración del Derecho civil catalán por medio de normas de procedencia estatal [...].

Nota: 1. La especial pluralidad jurídica que caracteriza el ordenamiento jurídico español en materia de Derecho privado no deja de suscitar cuestiones interesantísimas cuyas soluciones ni están consolidadas, tras treinta años de desarrollo legislativo por parte del legislador estatal y los legisladores autonómicos, ni tienen una fácil respuesta. La que plantea la sentencia que anotamos está de plena actualidad, como refleja el también reciente y bien articulado trabajo de ABRIL CAMPOY, J. M., «La prescripción en el Derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable a la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?», *InDret*, 2/2011 (33 pp.), con el que coincido básicamente en el mensaje central y la propuesta fundamental que hace, sin perjuicio de que pueda discrepar en algunos de los argumentos que le llevan a proponerla [en concreto no creo que sea estrictamente necesario el razonamiento sobre la base del art. 111.4 CCCat, como tampoco creo ni necesario, ni relevante, ni siquiera posible, la conceptualización del Derecho civil catalán como *lex fori* —véase, sobre este extremo, ARENAS GARCÍA, R., «Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», en FONT I SEGURA, A. (ed.), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011, en prensa—]. El tema que plantea la sentencia es la eventual aplicación de la normativa catalana reguladora de la prescripción a sendas pretensiones, una, de responsabilidad extracontractual derivada de accidente de circulación por carretera y la otra consistente en la acción directa del dañado contra la aseguradora de la persona causante del daño. La Audiencia Provincial, con buen tino, diferencia ambas cuestiones y les da un tratamiento también diferenciado, resolviendo aplicar el plazo de prescripción de tres años en el primer caso y el de un año (2) previsto por la normativa estatal especial en el segundo (3). La alusión que el juzgador realiza al art. 10.9 CC, nos hace pensar en una situación de interterritorialidad que no se deduce claramente de los hechos relatados en la sentencia, pero que doy por supuesta. De no existir, el comentario vale igualmente, con las matizaciones que haré en el último párrafo del punto 2. También voy a partir de la hipótesis de que todas las normas sobre las que razona el juzgador son válidas, sin preguntarme sobre su posible constitucionalidad, puesto que, de facto, lo son mientras no se declare lo contrario. En esta misma línea, doy también por buena la calificación que el juzgador hace respecto de lo que haya de entenderse por «legislación mercantil» a los efectos del art. 149.1.6 CE, por más que pudiera entrarse a discutir sobre sus concretos límites.

2. La reclamación directa de la víctima contra el causante del daño se rige, según el art. 10.9 CC por el Derecho catalán, al haber acontecido el hecho del que deriva el daño en Cataluña. El Derecho catalán no tiene aún una regulación general sobre obligaciones extracontractuales aplicable al caso, por lo que la Audiencia aplica el CC en virtud, dice, de lo dispuesto en el art. 13.2 CC (en puridad creo que habría que ir sustituyendo tal referencia por la más propia del art. 149.3 *in fine* de la CE); es decir, en su calidad de Derecho supletorio. La cuestión se suscita en relación con el plazo de prescripción que sí existe en Derecho civil catalán y que es distinto del previsto por el CC: tres años en el art. 121.21.d) CCCat, frente a un año en el art. 1.968.2 CC. La duda es si se puede aplicar este plazo de tres años junto con la regulación del CC. Y la

respuesta es sí. A mi juicio, ésa es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema: porque la ley aplicable es la catalana, ex art. 10.9 CC. Es verdad que la relación existente entre parte de la regulación sustantiva de una pretensión, como es el plazo de prescripción de la misma, y el resto de su regulación también sustantiva es tan estrecha que no sería deseable separar ambos aspectos. El párrafo final del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia anotada ofrece un ejemplo paradigmático de esta última afirmación. Sabemos que desde el punto de vista que podríamos definir como de «coherencia de la solución jurídica» resulta, por lo general, de mejor calidad aplicar normas procedentes de un mismo centro de producción jurídica (cuya coherencia se presume) que fabricar una solución a base de retazos de normas procedentes de más de un legislador. En Derecho internacional privado y Derecho interregional se conocen perfectamente los problemas de inadaptación o desajuste provocados por tales circunstancias. Aunque no nos encontramos en sentido propio ante un problema típico de inadaptación (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Cizur Menor, 2009, pp. 135-138) cuando aplicamos el Derecho civil autonómico junto con el Derecho estatal como Derecho supletorio, las consecuencias pueden ser de idéntica naturaleza.

Fruto de estos problemas es la duda perfectamente reflejada en el título del citado trabajo de J. M. Abril Campoy. Desde una perspectiva exclusivamente fijada en la coherencia de la regulación, no me llama la atención que existan posturas que niegan la aplicación de la normativa autonómica sobre la prescripción cuando se han de aplicar instituciones o soluciones del Derecho estatal supletorio, que establece un plazo distinto. Es, por seguir con el símil de la inadaptación o desajuste, una de las soluciones que se proponen para salir del paso: *eliminar* una de las leyes que concurre junto con otras a la regulación global del supuesto. Sin embargo creo, por un lado, que no existe analogía con los problemas de inadaptación porque sus presupuestos, sus causas, son distintos: la inadaptación o desajuste, tal cual se conceptualiza en DIPr o Derecho interregional, deriva de dos o más leyes aplicables que confluyen, a diversos títulos, todos ellos igualmente válidos; y creo también, por otro lado, que resulta contrario al mandato singular de las normas de conflicto realizar un razonamiento de tal calibre. En el caso que nos ocupa, la ley aplicable a la pretensión articulada por la víctima, *la única ley aplicable*, es la catalana. La intervención posible (nunca necesaria con carácter general, sino meramente accidental: véase GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 2002, pp. 57 y ss.) del Derecho estatal no modifica este hecho. No es un problema de aplicación de la Ley catalana junto con el Derecho común (entender la distinción entre la remisión al Código Civil como Derecho estatal, eventualmente supletorio, y como Derecho común es clave para entender la idea que planteo). Es un problema que genera la aplicación primaria e indiscutible del Derecho catalán, llamado por el art. 10.9 CC.

En términos de configuración del marco jurídico para resolver la cuestión debatida, creo que la pregunta fetén sería: cuando la ley aplicable a un supuesto de responsabilidad extracontractual sea la catalana, ¿puede aplicarse el Derecho estatal supletorio junto con las normas catalanas que regulan la prescripción? Invertir los términos de esta pregunta es, en cierto modo, rebajar la competencia del Derecho catalán hasta hacerla desaparecer —en el caso de que optemos por no aplicar las normas del CCCat sobre prescripción—. Y eso no está permitido por la ley: sería desconocer el mandato del art. 10.9 CC y aplicar la misma normativa que si el accidente hubiese ocurrido en León. Y no ocurrió en León. La segunda frase del art. 111.5 CCCat me parece meridiana para eliminar cualquier duda al respecto: «El Derecho supletorio sólo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del Derecho civil de Cataluña

o a los principios generales que lo informan». Quienes quieran alterar el proceso lógico (que aquí sí es de *prevalencia* de una solución —Derecho catalán— u otra —Derecho catalán más Derecho supletorio—) tienen la carga de la argumentación.

He de reconocer que esta postura un tanto formal y maximalista puede generar problemas: ¿qué ocurre si el Derecho supletorio no se ajusta a las previsiones del autonómico? Pues que nos encontramos ante una verdadera laguna (y no sería la primera) o que debe «ajustarse» el Derecho estatal supletorio o, para ser más gráficos, las instituciones de Derecho supletorio que concurren en la regulación del supuesto con las de la ley (autonómica) aplicable (de nuevo recorro a una de las soluciones propuestas para el problema de la inadaptación en DIPr, pero en este caso identificando *a priori* la normativa que debe ajustarse: la de origen estatal). También soy consciente de que este planteamiento contraría la postura que, incluso desde posiciones afines a la competencia de las normas catalanas sobre prescripción, las excepcionan cuando el Derecho supletorio estatal está compuesto por *leyes especiales* con plazos de prescripción especiales (ABRIL CAMPOY, J. M., p. 27). De conformidad con la postura que defiendo, también en esos casos la aplicación de la solución de la prescripción catalana habría de prevalecer. En la postura contraria, percibo la importación de un cierto paralelismo con la regulación estatal que no es necesario (o yo no lo veo). Por un lado, una especie de «confrontación» entre normas de «Derecho común», que en realidad se trata, más llanamente, de una valoración norma general-norma especial: la consecuencia vendría a ser que las normas catalanas generales sobre prescripción prevalecerían sobre las normas generales estatales sobre prescripción incluso cuando el resto de la regulación del caso correspondiese al Derecho estatal supletorio, mientras que las mismas normas generales catalanas no prevalecerían sobre las normas especiales del Derecho estatal supletorio. El corolario lógico, creo que vendría a ser que las normas especiales catalanas de existir sí prevalecerían. Pero esta consecuencia no se dará, sencillamente porque en este caso ya no estaríamos en el supuesto de necesidad de recurrir al Derecho supletorio por laguna del Derecho catalán. Esta idea no es necesaria. Y, por otro lado, se está también admitiendo una especie de paralelismo (con el Derecho estatal) entre lo que es una norma general y una norma especial. Es posible que el legislador catalán tenga que establecer plazos de prescripción distintos en leyes especiales que regulen de forma singular singulares relaciones jurídicas; *pero no es necesario* (menos aún con la moderna y completa regulación vigente).

Para concluir este apartado, no puedo dejar de poner de manifiesto lo equívoco del razonamiento de la Audiencia para concluir la aplicación de la normativa catalana sobre prescripción. Su base fundamental, el art. 111.3 y ss. del CCCat, tiene una fuerza tópica innegable y cada vez más presente en resoluciones judiciales. Mas esa fuerza tópica es inversamente proporcional a su pertinencia jurídica [sobre la vacuidad de proposiciones como la del art. 111.3 CCCat, o la frase primera del citado art. 111.5 ya me he pronunciado en otro lugar: «Determinación del ámbito personal y territorial del Derecho civil catalán (o sobre la competencia compartida en materia de Derecho civil catalán)», en FONT I SEGURA, A. (ed.), *La aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011, en prensa]. No se entiende que el argumento primero, la aplicación primaria del Derecho catalán por la vía del art. 10.9 CC, se encierre entre paréntesis como un argumento en cierto modo accesorio. Si, por el contrario, nos encontramos ante una situación que no plantea un conflicto de leyes, lo que puede sobrar es la alusión al propio art. 10.9 CC (véase, en este sentido, FONT SEGURA, A., en nota conjunta a diversas sentencias, *AEDIPr*, vol. 10, 2010, en prensa; trabajo al que he tenido acceso por gentileza del autor. No obstante, este concreto tema no me parece completamente cerrado: la unidad de jurisdicción

unida a la unidad de la regulación de la competencia judicial interna y la prorrogación de la competencia territorial posibilitarían que una situación puramente homogénea —intra-autonómica— se ventile ante un órgano judicial de fuera de la Comunidad con la que se encuentra exclusivamente vinculada: la simple ecuación territorialidad-homogeneidad no valdría).

3. La Audiencia Provincial liquida de un plumazo el tema de la prescripción de la acción directa contra el asegurador señalando que no se aplica la prescripción catalana. El argumento es claro: se trata de legislación sobre seguros que es de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE). En relación con este tema baste recordar que no caben los conflictos internos donde no hay posibilidad de plurilegislación, como es el supuesto del Derecho mercantil. Ésta es la razón de la aplicación de la ley estatal y sus plazos de prescripción. Los argumentos aportados por la Audiencia en el citado párrafo final del Fundamento de Derecho tercero son de coherencia o consistencia; de justicia material, si se quiere. Mas si tal coherencia o tal justicia no existiese (si, por ejemplo, fuesen más justos o más adaptados a la regulación mercantil del Derecho estatal los plazos de prescripción del Derecho catalán) la solución no habría de cambiar; sería la misma.

4. Como dije al principio, la plurilegislación civil española no deja de situarnos continuamente ante problemas jurídicos de enjundia, como el que se plantea y resuelve la Sentencia anotada. Partiendo del hecho de que la ley aplicable a la responsabilidad que se ventila entre demandante y causante del daño es la Ley catalana (y éste es un punto de partida ineludible para poder seguir razonando) en virtud de las normas de solución de los conflictos interterritoriales o en virtud de la absoluta homogeneidad del supuesto en los términos expuestos, las relaciones entre el Derecho catalán como ley aplicable (y la regla podría valer para cualquier Derecho autonómico) y el Derecho estatal supletorio han de partir de la prevalencia del primero y el ajuste a aquél, si es necesario, del segundo; y no al revés. Aplicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio (en el caso eliminar la competencia de las normas catalanas sobre la prescripción) es tratar el caso enjuiciado como un caso diferente (homogéneo de Derecho común o heterogéneo sujeto a la legislación común).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela