

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—1.1. Competencia judicial internacional.—2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Competencia judicial internacional.—2.2. Forma de los actos y eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—3.1. Responsabilidad parental y alimentos respecto de menores.—3.2. Filiación.—3.3. Ley aplicable a las obligaciones contractuales.—3.4. Sucesiones internacionales.—3.5. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado.

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

1.1. Competencia judicial internacional

2014-18-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS.—Reglamento «Bruselas I».—Obligación que sirve de base a la demanda.—Tribu-

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2014-1. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante los años 2013 y 2014. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Isidoro Calvo Vidal, Clara I. Cordero Álvarez, Manuel Desantes Real, Ángel Espiniella Menéndez, Josep María Fontanellas Morell, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Cristian Oró Martínez, Paula Paradela Areán y Pablo Quinzá Redondo, de las Universidades de Alicante, Complutense de Madrid, Deusto, Oviedo, Santiago de Compostela, Lleida y Valencia, del *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law* y del Ilustre Colegio Notarial de Galicia.

nal del lugar donde se presta el servicio.—Aplicación a los contratos de distribución internacional.

Precepto aplicado: art. 5, apdo. 1, letra *b*) del Reglamento (CE) 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, *Corman Collins c. La Maison du Whisky*. Ponente: M. Berger.

F.: curia.europa.eu.

37. *En lo referente a la cuestión de si un contrato de concesión puede calificarse como contrato de «prestación de servicios» en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión, del Reglamento, hay que recordar que, según la definición enunciada por el Tribunal de Justicia, el concepto de «servicios» implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración (sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C-533/07, Rec. p. I-3327, apartado 29).*

38. *De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el primer criterio de esa definición, a saber, la existencia de una actividad, requiere la ejecución de actos positivos, con exclusión de la simple abstención (véase en ese sentido la sentencia *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, antes citada, apartados 29 a 31). En el caso de un contrato de concesión ese criterio corresponde a la prestación característica ejecutada por el concesionario, quien al llevar a cabo la distribución de los productos del concedente toma parte en el desarrollo de su difusión. Gracias a la garantía de abastecimiento de la que dispone en virtud del contrato de concesión, y en su caso a su participación en la estrategia comercial del concedente, en especial en las operaciones de promoción, aspectos que incumbe comprobar al tribunal remitente, el concesionario está en condiciones de ofrecer a los clientes servicios y ventajas que no puede ofrecer un simple revendedor, y de obtener así una mayor cuota del mercado local, en beneficio de los productos del concedente.*

39. *Debe subrayarse que el segundo criterio, a saber, la remuneración atribuida como contrapartida de una actividad, no puede entenderse en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria. La redacción muy general del artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión, del Reglamento no exige tal restricción, ni concuerda ésta con los objetivos de proximidad y de uniformidad recordados en los apartados 30 a 32 de la presente sentencia que persigue esa disposición.*

40. *Se ha de tener en cuenta que el contrato de concesión descansa en una selección del concesionario por el concedente. Esa selección, aspecto característico de esa clase de contrato, confiere al concesionario una ventaja competitiva consistente en que sólo él tiene derecho a vender los productos del concedente en un territorio dado, o al menos en que un número limitado de concesionarios disfrutará de ese derecho. Además, el contrato de concesión prevé a menudo una ayuda al concesionario en materia de acceso a los soportes de publicidad, de transmisión de conocimientos técnicos mediante acciones de formación o también de facilidades de pago. El conjunto de esas ventajas, cuya realidad corresponde comprobar al tribunal remitente, representa para el concesionario un valor económico que puede considerarse constitutivo de una remuneración.*

41. *De ello se sigue que un contrato de concesión que comprende las obligaciones típicas precisadas en los apartados 27 y 28 de la presente sentencia puede ser calificado como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la*

regla de competencia enunciada en el artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión, del Reglamento.

42. *Esa calificación excluye la aplicación a un contrato de concesión de la regla de competencia prevista en la letra a) del citado artículo 5, punto 1, del Reglamento. En efecto, teniendo en cuenta la jerarquía normativa entre la letra a) y la letra b) establecida por la letra c) de esa disposición, la regla de competencia prevista en el artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento sólo es aplicable de manera alternativa y supletoria en relación con las reglas de competencia enunciadas en el artículo 5, punto 1, letra b), de éste.*

43. *Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones segunda y tercera que el artículo 5, punto 1, letra b), del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la regla de competencia enunciada en el segundo guión de esa disposición para los litigios sobre los contratos de prestación de servicios es aplicable en el supuesto de una acción judicial con la que un demandante establecido en un Estado miembro invoca frente a un demandado establecido en otro Estado miembro derechos derivados de un contrato de concesión, lo que requiere que el contrato que vincula a las partes incluya estipulaciones específicas referidas a la distribución por el concesionario de las mercancías vendidas por el concedente. Incumbe al juez nacional verificar si así sucede en el litigio del que conoce.*

Nota. 1. En su establecimiento en Francia un fabricante entregaba periódicamente mercancías a un distribuidor, el comprador, para que éste las revendiera en Bélgica. Cuando el fabricante pone fin a este suministro, el distribuidor presenta una demanda en Bélgica solicitando una indemnización por falta de preaviso y compensación de los daños. Ante la falta de una sumisión expresa en el contrato y de la utilización del foro del domicilio del demandado, el Tribunal de Justicia ha de determinar cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a dicha demanda, en virtud del art. 5.1 del Reglamento «Bruselas I» [nuevo art. 7.1 Reg. (UE) núm. 1215/2012 («Bruselas I.bis»)].

A estos efectos, como es sabido, el Reglamento «Bruselas I» establece dos presunciones [apdo. b) del citado art. 5.1]: en los contratos de compraventa internacional, se presumirá que el lugar de cumplimiento de la obligación será el de entrega de las mercancías; en los contratos de prestación de servicios, se presumirá tal coincidencia con el lugar de prestación de tales servicios. El problema es que los contratos de distribución —como el de la *litis*— participan de ambas categorías. Incluyen operaciones de compraventa entre el proveedor y el distribuidor, pero, también, en muchas ocasiones, una auténtica prestación de servicios de colaboración comercial con el proveedor, sobre aspectos tales como concesiones en exclusiva, uso de signos distintivos, fijación de objetivos comerciales y de estándares de organización empresarial del distribuidor, prohibición de competencia e indemnizaciones por clientela.

2. Para solucionar esta dicotomía, debe partirse de que la relación de distribución se compone de dos tipos contractuales diferenciados a los que procede aplicar distintas reglas. De hecho, el Tribunal ha calificado a los contratos de «distribución» o «concesión» como de prestación de servicios, pero también se ha referido soslayadamente a los «contratos (*sic*) de venta ulteriores» entre las partes (apdo. 28). Con tan lacónica expresión, parece considerar a las operaciones de compraventa como un tipo contractual separado.

En efecto, la distribución como colaboración comercial tiene autonomía propia y es en sí misma una prestación de servicios, de modo que toda controversia relativa a ella, como la del caso en la que se discutía una indemnización por el fin de la

colaboración, debe someterse al tribunal del lugar donde se realiza dicha prestación [segundo guión del art. 5.1.b)], *in casu*, los tribunales belgas. Como bien apunta el Tribunal de Justicia, la colaboración consiste en que el proveedor se compromete a vender al distribuidor y éste a comprar y revender los productos (apdo. 27). Además, dicha colaboración se suele concretar en un acuerdo marco preparatorio de los pedidos posteriores y regulador de cómo el distribuidor ha de revender las mercancías a terceros (apdo. 28). Así pues, siempre que existan disposiciones específicas sobre esta colaboración comercial, que no se limiten a una serie de acuerdos sucesivos de compraventa, existirá una prestación de servicios (apdo. 36).

El Tribunal engarza con acierto esta interpretación con su anterior, y criticada, jurisprudencia, en la que había destacado que la prestación de servicios requería el pago de una remuneración a cambio de una actividad (STJUE de 23 de abril de 2009, As. C-533/07, *Falco Privatstiftung v. Rabitsch*, *REDI*, 2009-7-Pr, con nota de P. DE MIGUEL ASENSIO). Aunque es verdad que en el contrato de distribución no existe una remuneración como tal, no es menos cierto que el distribuidor pretende obtener un beneficio económico con la prestación de servicios, concretado en la ventaja competitiva de ser distribuidor exclusivo u oficial o de participar de cualquier otra forma en la estrategia empresarial del proveedor (apdo. 40).

3. Lo expuesto a favor de la presunción de la prestación de servicios no niega la autonomía jurídica de las operaciones de compraventa entre proveedor y distribuidor, las cuales deben someterse a la presunción de que el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda se localiza en el Estado donde se deben entregar las mercancías [primer guión del art. 5.1.b)]. Ello afectaría a cualquier reclamación sobre los pedidos: obligación, lugar y momento de entrega de las mercancías, las obligaciones instrumentales de transporte, puesta a disposición de toda la información necesaria, conformidad de la mercancía (recursos, subsanación, plazos...), la recepción o el rechazo de la mercancía; la obligación, el lugar y el momento del pago del precio, y la propia nulidad, anulación o rescisión de la operación de compraventa. Sería irrelevante que en el acuerdo marco de distribución se hicieran menciones al respecto, tales como cláusulas de tramitación de pedidos (idiomas, órdenes de compra, plazos...) o de «fabricación contra pedido», de modo que el distribuidor puede especificar la forma, las dimensiones o las características de los productos.

Esta distinción entre cuestiones relativas a la colaboración comercial y cuestiones relativas a las operaciones de compraventa sobre la que se estructura la sentencia no siempre es nítida. Una de las cláusulas contractuales más dudosa es aquella por la que el proveedor se obliga a enviar catálogos y ofertas de productos, incluyendo especificaciones técnicas y comerciales y las recomendaciones de venta a terceros. El deber de enviar catálogos y ofertas pertenece estrictamente al régimen de la colaboración comercial; sin embargo, la eficacia de la oferta y su aceptación ya entra dentro del ámbito de aplicación del perfeccionamiento de la compraventa o pedido. Otra cláusula contractual especialmente problemática alude al deber del proveedor de tener una partida mínima disponible para entregas inmediatas y al deber del distribuidor de realizar un pedido mínimo o de mantener un contingente o *stock* mínimo para la distribución. Aunque la ejecución de estas obligaciones se concrete mediante pedidos de compra, la existencia de estos deberes es previa y dependiente de la colaboración comercial, de la que estas obligaciones traen su causa.

4. En definitiva, y sin perjuicio de problemas particulares, la separación que hace el Tribunal entre la prestación del servicio de distribución y las sucesivas operaciones de compraventa se presenta como una solución correcta y adaptada a la realidad de

estos contratos. Es más, tal separación debe extenderse al Reglamento «Roma I», a los efectos de la ley aplicable. La sentencia serviría, entonces, para conciliar dos reglas aparentemente antitéticas: la letra *f*) del art. 4.1 del Reglamento «Roma I», según la cual el contrato de distribución se rige, en defecto de elección de un ordenamiento, por la ley del distribuidor; y su letra *a*), conforme a la cual el contrato de compraventa se rige por la ley del proveedor que actúa como vendedor. De proyectar esta Sentencia en el Reglamento «Roma I», la ley del distribuidor regirá la colaboración comercial, mientras que la ley del proveedor regirá las concretas operaciones de compraventa en ejecución de dicha colaboración. No procederá, en consecuencia, aplicar la previsión del Reglamento «Roma I», que establece que, si un mismo contrato puede subsumirse en dos normas de conflicto, no se aplicará ninguna de ellas y se acudirán a la ley del prestador característico (art. 4.2). Y no procederá porque en el proceso de distribución internacional de mercancías no hay un único contrato sino varios, con distintos prestadores característicos.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2014-19-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos.—Reglamento Bruselas I.—Lugar del hecho dañoso.—Lugar del hecho causante del daño.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 16 de enero de 2014, asunto C-45/13, *Andreas Kainz v. Pantherwerke AG*. Ponente: M. Safjan.

F.: *curia.europa.eu*.

25. *En relación con el litigio principal de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, ha quedado acreditado que éste se plantea un interrogante exclusivamente sobre la determinación del lugar del hecho causal.*

26. *El Tribunal de Justicia ya ha puntualizado [...] en caso de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dicho lugar se sitúa allí donde se hubiera producido el hecho que haya dañado el propio producto [...]. En principio, esta circunstancia se da en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate.*

27. *Dado que, en particular debido a la posibilidad de recoger en él los medios probatorios para demostrar el defecto de que se trate, la proximidad con el sitio donde haya tenido lugar el hecho que ha dañado el propio producto facilita la ordenación eficaz del proceso [...] la atribución de competencia al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúa ese lugar es acorde con la razón de ser de la competencia especial prevista en el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001, a saber, la existencia de un nexo de conexión especialmente estrecho entre la defensa de la parte demandada y el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido el hecho causante del perjuicio [...].*

28. *La atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia [...].*

29. *Por consiguiente, debe declararse que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante a causa de un producto defectuoso, el lugar del hecho causal es el lugar de fabricación del producto de que se trate.*

30. *Por último, no puede prosperar la alegación, formulada por el Sr. Kainz, de que la interpretación de la competencia especial en materia delictiva o cuasi delictiva debe tener en cuenta, además del interés en la buena administración de la justicia, el del perjudicado, permitiéndole entablar su acción ante un tribunal del Estado miembro en el que esté domiciliado.*

31. *No sólo el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 no persigue precisamente el objetivo de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada [...].*

33. *Teniendo en cuenta cuanto antecede, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño es el lugar de fabricación del producto de que se trate.*

Nota. 1. La sentencia anotada resuelve un supuesto de responsabilidad del fabricante por los daños causados por un producto defectuoso. Su interés reside en que el Tribunal de Justicia se pronuncia expresamente por primera vez sobre el elemento que ha de tomarse en consideración para determinar el lugar del *hecho causal* en la responsabilidad por productos en el marco del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I. Los concretos hechos en los que la sentencia trae causa son los que siguen: el Sr. Kainz, residente en Salzburgo, compró en Austria una bicicleta fabricada en Alemania por una empresa alemana, Pantherwerke AG. Dos años después de la compra el Sr. Kainz sufrió una caída en Alemania y como resultado tuvo diversas lesiones. Demandó al fabricante en Austria por los daños causados por la caída ya que fue en este país donde, según su consideración, la bicicleta fue puesta en circulación, elemento que consideró como hecho causal. Los tribunales austriacos plantearon dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en las que, en esencia, solicitaban que el Tribunal se pronunciase: en primer lugar, sobre el concreto elemento que ha de ser considerado como hecho causal en el ámbito de los productos defectuosos; y, en segundo lugar, como cuestión condicionada a que el elemento tenido en cuenta fuese la puesta en circulación, sobre en qué lugar concreto se produce esta puesta en circulación.

A continuación vamos a referirnos a la concreta solución que adoptó el Tribunal de Justicia, a las ventajas e inconvenientes de esta solución y a las alternativas que podría haber considerado.

2. El art. 5.3 establece la competencia de los tribunales del lugar del hecho dañoso, término éste que se refiere, como es bien sabido, tanto a los tribunales del lugar del hecho causal como a los de manifestación del daño. La concreta solución del Tribunal de Justicia al caso fue la de considerar como hecho causal el lugar de fabricación. Esta alternativa ya había sido planteada, aunque de forma implícita, en el asunto *Zuid-Chemie* (STJCE de 16 de julio de 2009, asunto C-189/08, *Zuid-Chemie BV c. Filippo's Mineralenfabriek NV/SA*, Rec. 2009, p. 6917, apdos. 13 y 25; *REDI*, 2009-23-Pr, con nota de M. GUZMÁN ZAPATER). En este caso se requería una solución sobre el lugar de manifestación del daño y no sobre el lugar del hecho causal. Sin embargo, el Tribunal puso de manifiesto que el lugar del hecho causal no se discutía por las partes porque constaba el lugar donde se había elaborado el concreto producto defectuoso.

Identificó ya, por tanto, el elemento que debía ser considerado como hecho causal: el lugar de fabricación.

La solución del Tribunal de Justicia presenta ventajas e inconvenientes. En cuanto a las ventajas destacan su previsibilidad y proximidad con el asunto. Es un foro previsible, el fabricante puede esperar razonablemente ser demandado en el país en el que elabora el producto. Es, además, un foro en principio próximo al asunto, pues los tribunales del lugar de fabricación se encuentran en una buena posición para apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad del fabricante, lo que redundaría en una buena administración de justicia y contribuye a una resolución sobre el fondo más eficiente (véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.^a ed., Pamplona, Civitas, 2007, p. 187). Por tanto, a través de esta solución particular, se respetaría el fundamento del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I.

En cuanto a los inconvenientes, el problema fundamental que presenta esta solución es que prácticamente vacía de contenido el foro de ataque del art. 5.3. El lugar en el que se elabora el producto en los supuestos en los que el demandado es el fabricante hará coincidir esta solución, en muchos casos, con la general del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento Bruselas I). De esta forma el Tribunal niega la posibilidad de que el demandante cuente con un foro adicional, al coincidir el lugar del hecho causal con el lugar de fabricación. Precisamente esto ocurre en la sentencia anotada: Pantherwerke AG tiene su domicilio en Alemania, donde, además, fabricó el producto defectuoso. En el caso, además, el lugar de manifestación del daño coincidía con el lugar de fabricación, por lo que el art. 5.3 no ofrecía ninguna posibilidad adicional para la víctima al domicilio del demandado. Si bien es cierto que el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I no se justifica por un *favor laesi*, ya que no responde a las circunstancias personales de la víctima, el artículo tiene su sentido como foro de ataque si posibilita que el demandante se sirva de un foro adicional y distinto al del domicilio del demandado.

3. La alternativa básica en este caso era la opción sobre la que el Tribunal de Justicia no quiso pronunciarse: el lugar de puesta en circulación. Esta opción presenta una dificultad añadida, que no es otra que el problema sobre su propia localización.

El Tribunal ya se pronunció en otros asuntos sobre la localización de la puesta en circulación de un producto en el marco de la Directiva sobre productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos). De esta jurisprudencia podemos extraer que se trata, como regla general, de una localización flexible y funcional, que depende del concreto asunto ante el que nos encontremos (STJCE de 10 de mayo de 2001, asunto C-203/99, *Henning Veddfald c. Århus Amtskommune*, Rec. 2001, p. 3569, apdo. 17 y STJCE de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd y Sanofi Pasteur SA*, Rec. 2006, p. 1313, apdos. 27 y ss.). A grandes rasgos, podemos afirmar que se considera que un producto es puesto en circulación en el lugar en el que se entrega por el fabricante o sale de su esfera de control.

Esta opción respetaría también el contenido y finalidad del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I como foro de ataque y respondería a las consideraciones que la doctrina ha avanzado. Ambos elementos (el lugar de fabricación y la puesta en circulación) han sido apuntados como aquellos que pueden ser tomados en consideración como even-

tos causales. Sin embargo esta última opción responde a las consideraciones sobre la *teoría del último acto*. De conformidad con esta teoría los actos meramente preparatorios no se pueden considerar como hechos causales aunque se produzcan dentro de la cadena causal. El que debe ser considerado como hecho causal ha de ser el último que se realiza bajo control del autor; en nuestro caso el fabricante. Los profesores Virgós Soriano y Garcimartín Alférez señalaron expresamente que en los supuestos de responsabilidad por productos el hecho causal tiene lugar donde el responsable pone el producto en el mercado y que el lugar de fabricación no debe valer como lugar del origen del daño de acuerdo con el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, p. 191).

4. En conclusión, si bien la solución del Tribunal de Justicia en el caso responde al fundamento del artículo, ya que garantiza la previsibilidad y proximidad del foro, y era, a la luz de los precedentes, en cierto modo, previsible, lo cierto es que vacía de contenido el foro de ataque al hacerlo coincidir con el foro general del domicilio del demandado en la gran mayoría de las ocasiones. La alternativa de considerar el elemento de la *puesta en circulación* como evento causal cumpliría con el fundamento del precepto, mantendría la utilidad del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I como foro de ataque y no supondría ninguna merma para la protección que el art. 2 proporciona al demandado, pues seguiría constituyendo un foro previsible, aun reconociendo que su propia localización podría resultar compleja.

Paula PARADELA ARÉAN
Universidad de Santiago de Compostela

2014-20-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamento 44/2001.—Litispendencia internacional.—Declaración de competencia del Tribunal ante el que se presentó la primera demanda: no declinación de oficio de su competencia y no impugnación de la competencia por las partes con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa sobre el fondo invocado ante ese Tribunal.

Preceptos aplicados: art. 27.2 Reglamento 44/2001 (RBI).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 27 de febrero de 2014, asunto C-1/13, *Cartier parfums - lunettes SAS, Axa Corporate Solutions assurances SA v. Ziegler France SA, Montgomery Transports SARL, Inko Trade s.r.o., Jaroslav Matěja, Groupama Transport*. Ponente: C. Toader.

F.: curia.europa.eu.

El art. 27.2 R. 44 [...] debe interpretarse en el sentido de que, salvo en el supuesto en que el tribunal ante el que se presentó la segunda demanda disponga de competencia exclusiva en virtud del propio Reglamento, deberá considerarse que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos de la citada disposición, cuando dicho tribunal no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa sobre el fondo invocado ante ese tribunal.

Nota. 1. El litigio tuvo lugar entre *Cartier parfums - lunettes SAS* y *Axa Corporate Solutions assurances SA*, por un lado, y, por otro, *Ziegler France SA*, *Montgomery Transports SARL*, *Inko Trade s.r.o.*, *Jaroslav Matěja* y *Groupama Transport*, en relación con la indemnización del perjuicio sufrido por Cartier y Axa assurances por un robo de mercancías ocurrido con ocasión de un transporte internacional por carretera. Cartier había encomendado a Ziegler France el transporte por carretera de productos cosméticos entre Genas (Francia) y Wickford (Reino Unido), para el cual Ziegler France subcontrató a Montgomery Transports, y ésta, a su vez, a Inko Trade, que fue finalmente sustituida por Jaroslav Matěja, que recogió la mercancía en los almacenes de la sociedad Saflog en Genas. En 2007, aprovechando el tiempo de descanso del conductor, parte de los productos cosméticos fueron robados en un área de estacionamiento en el Reino Unido, perjuicio valorado por Axa assurances, que indemnizó a su asegurada Cartier. En 2008, Cartier y Axa assurances presentaron ante el *tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing* (Francia) una acción de responsabilidad solidaria contra Ziegler France, Montgomery Transports, Inko Trade y Jaroslav Matěja, solicitando el pago de la cantidad desembolsada. Más tarde, se presentaron ante ese mismo Tribunal diferentes demandas en garantía formuladas en cadena por los transportistas y en las que intervinieron sus respectivos aseguradores, ordenando el *tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing* la acumulación de todos los procedimientos. En la vista de 2010, Ziegler France propuso una excepción de litispendencia *ex art. 27.2 RBI*, alegando que había presentado en 2008 ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (London Mercantile Court)* (Reino Unido) una *claim form* registrada contra Cartier, la sociedad Saflog y Wright Kerr Tyson Ltd., sociedad inglesa, solicitando determinación de responsabilidades y valoración del perjuicio sufrido por Cartier por el robo. Cartier y Axa assurances consideraron la inadmisibilidad de la excepción de litispendencia, alegando que no había sido propuesta *in limine litis*: por un lado, dado que Ziegler France había formulado, con anterioridad a la vista celebrada ante el *tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing*, pretensiones escritas sobre el fondo del asunto, siendo así que, *ex art. 74* Código de Procedimiento Civil francés, las excepciones procesales deben proponerse con anterioridad a la articulación de cualquier medio de defensa sobre el fondo, so pena de inadmisibilidad; y por otro, porque la High Court of Justice, ante la que se había presentado la primera demanda, no se había declarado competente a efectos del *art. 27 RBI*, al margen de que, a su entender, los dos litigios no se referían al mismo objeto ni a las mismas partes. Por sentencia de 2011, el *tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing* declaró fundada la excepción de litispendencia propuesta por Ziegler France, basándose en que el *art. 871* Código de Procedimiento Civil francés permite invocar oralmente las excepciones procesales; asimismo, hizo constar que la *High Court of Justice* era el Tribunal ante el que se había presentado la primera demanda y que su competencia no había sido impugnada. Por ello, respecto del litigio de Cartier y Axa assurances contra Ziegler France, el *tribunal de commerce* se inhibió *ex art. 27 RBI* en favor del Tribunal del Reino Unido, comportamiento que fue confirmado por la *cour d'appel de Douai* (Francia) por sentencia de 2011. Recurrieron en casación Cartier y Axa assurances al discrepar sobre el sentido de la *declaración de competencia* de la *High Court of Justice*: a su juicio, no es suficiente la no impugnación de la competencia, exigiéndose una resolución del primer Tribunal rechazando expresamente su falta de competencia o verificar el agotamiento de las vías de recurso que puedan utilizarse para impugnar la decisión en la que dicho Tribunal afirme su competencia. Ante la duda, la *Cour de cassation* plantea al TJUE cuestión prejudicial en orden a determinar el sentido del término *declaración de competencia* del Tribunal ante el que se formula la primera

demanda a efectos del art. 27.2 del Reglamento 44/2001: si es suficiente con que ninguna de las partes haya invocado su falta de competencia, o si resulta necesario que el Tribunal haya declarado expresa o implícitamente su competencia mediante una resolución que haya adquirido firmeza (FD 27).

2. Dado que el RBI no determina cuándo ha de considerarse que el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se ha *declarado competente* a efectos de su art. 27.2, procede el TJUE a interpretar el concepto de manera autónoma, atendiendo a su sistemática y objetivos (apdo. 25 STJUE de 15 de noviembre de 2012, *Gothaer, REDI*, 2013-6-Pr y nota de TORRALBA MENDIOLA, E. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.). Al respecto, parte el TJUE de que el Tribunal ante el que se presentó la primera demanda no ha declinado de oficio su competencia y que Cartier compareció allí para oponerse a las pretensiones de Ziegler France en cuanto al fondo y no para proponer la excepción de falta de competencia (FD 28). Una eventual incomparecencia del demandado emplazado en debida forma (art. 36.2.3 LEC, caso español) obligaría a la *High Court of Justice* a verificar *ex officio* su competencia (art. 26 RBI), aclarando la resolución que resuelve esta verificación (arts. 36.3 y 38 LEC en el Derecho procesal español: forma de auto, tras previa audiencia al actor y el Ministerio Fiscal) la postura que debe tomar, según el art. 27.2 RBI, el *tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing* como segundo Tribunal: levantar la suspensión y conocer, de abstenerse el primer Tribunal (y correspondiente sobreseimiento del proceso) por incompetencia; inhibirse a favor de la *High Court of Justice*, si a través de esa resolución en la que valora su competencia no se abstiene, lo que supone implícita o explícitamente la declaración de su competencia, habida cuenta de que, salvo correspondientes recursos, ya ha transcurrido el momento procesal oportuno en el que se podrá cuestionar la competencia. Más claridad, asimismo, de haber comparecido el demandado (en el caso, Cartier) para proponer la excepción de falta de competencia: resolvería la *High Court of Justice* a través del equivalente en el Derecho procesal inglés a la declinatoria internacional del Derecho español (arts. 39 y 63 y ss. LEC), declarándose incompetente o competente, y vinculando esta decisión, de ser positiva y no modificarse a través del correspondiente recurso, a los demás Tribunales comunitarios a efectos del art. 27.2 RBI (arts. 65.2 y 66 LEC: forma de auto y modificable en apelación).

No estamos, por contra, en ninguna de estas situaciones: Cartier compareció ante la *High Court of Justice* para oponerse a las pretensiones de Ziegler France en cuanto al fondo, esto es, sumisión tácita por comparecencia y no impugnación de la competencia (art. 24 RBI; apdos. 21 y 22 STJUE de 20 de mayo de 2010, *ČPP Vienna Insurance Group, REDI*, 2010-6-Pr, con nota de P. PARADELA AREÁN). O, lo que es lo mismo, operaría esta sumisión tácita no sólo como una forma de manifestación de la voluntad del demandado deducida de ciertas conductas procesales objetivas, también, y en lo que ahora interesa, como una regla de preclusión de la excepción de falta de competencia judicial internacional: frente a su no comparecencia, donde el juez asume, como vimos, el control de la competencia (art. 26 RBI), la comparecencia del demandado tiene como consecuencia ubicar en su persona la carga de impugnar la competencia, de modo que, si no lo hace de acuerdo a la forma exigida y en el momento procesal oportuno, le precluye esta posibilidad, deviniendo el Tribunal automáticamente competente (no es necesaria manifestación alguna del demandado admitiendo la competencia: basta con que no la rechace). Se evita así que surjan cuestiones de competencia a lo largo de proceso, resolviéndose este punto lo antes posible, en garantía de una economía procesal razonable y de prevención frente a estrategias procesales dilatorias. De ahí que suficiente para entender que el Tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente a efectos del art. 27.2

RBI con que este Tribunal no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa (FD 44; apdo. 16 STJUE 24 de junio de 1981, *Elefanten*; apdo. 37 STJUE de 13 de junio de 2013, *Goldbet*, *REDI*, 2014-11-Pr, con nota de G. ESTEBAN DE LA ROSA). Se consigue así no sólo no prolongar la duración de la suspensión del pronunciamiento del segundo de los Tribunales, dada la imposibilidad de impugnar ya la competencia del juez ante el que se presentó la primera demanda (FFDD 38 y 39), inhibiéndose el segundo Tribunal sin suponer un riesgo de un conflicto negativo de competencia (FD 43), también reducir el riesgo de procedimientos paralelos, mayor de exigir del primer Tribunal una declaración expresa o implícita de su competencia mediante una resolución que haya adquirido firmeza (FFDD 40 y 41), evitando de este modo privar de eficacia a las normas de un RBI que, con una interpretación amplia del art. 27 RBI, busca reducir al máximo la posibilidad de resoluciones inconciliables (Considerando 15 RBI; apdo. 16 STJCE de 27 de junio de 1991, *Overseas*).

3. Hablamos, en todo caso y a efectos del art. 27.2 RBI, de *declaración* de competencia y no de *control* de la competencia del Tribunal ante el que se interpone la primera demanda: consecuente con el principio de confianza comunitario, no existe una mejor posición del Tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda para pronunciarse sobre la competencia del aquél ante el que se interpuso la primera; de ahí también que la inhibición del Tribunal ante el que se plantea la segunda demanda no se condicione a la reconocibilidad de la sentencia futura emitida por el primero de los Tribunales, ni por una eventual excesiva duración del primero de los procesos (STJUE de 9 de diciembre de 2003, *Gasser*). Otra cosa, de ubicarse el supuesto, lo que no sucede en el caso comentado, ajeno al art. 22 RBI (FD 26), en el ámbito de las competencias exclusivas, cuya especial naturaleza, a la par que la exigencia de un control de competencia del juez de origen en sede de reconocimiento, justificaría proceder a un *control* de la competencia del primero de los Tribunales como condición de aplicación de la excepción de litispendencia (apdo. 20 STJCE de 27 de junio de 1991, *Overseas*; con dudas, HESS, B., PFEIFFER, T. y SCHLOSSER, P., *The Brussels I Regulation 44/2001*, Nomos, 2008, p. 102), razonamiento susceptible de ser extendido, asimismo, a los contratos de consumo y de seguro, cuando es el consumidor la parte interesada (y en el nuevo R. 1215/2012, contratos de trabajo). Téngase en cuenta, además, circunstancia que tampoco concurre en el caso comentado, que el R. 1215/2012 hace prevalecer el conocimiento del segundo de los Tribunales elegido expresamente por las partes frente al primero, dando más sentido al término *exclusivo* que emplea su art. 25 R. 1215/2012, frente a un art. 23 RBI, que también lo utiliza y donde prima, en cambio, el principio de confianza comunitario frente al de seguridad jurídica (el art. 17 Convenio de Bruselas de 1968 hablaba de los Tribunales elegidos, en cambio, como de *únicos* competentes).

4. Si bien debatido en el litigio principal en instancia y apelación, no entra el TJUE, al limitarse el órgano jurisdiccional remitente al alcance sólo del art. 27.2 RBI, en la valoración de la existencia de una situación de litispendencia (FFDD 24-25; apdo. 28 STJUE de 17 de octubre de 2013, *Unamar*, *REDI*, 2014-10-Pr, con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, sobre la soberanía del juez nacional para formular la cuestión que estime pertinente). No parece haber dudas, no obstante. Al margen de identidad de causa, que no se discute, puede hablarse de identidad sustancial de objeto entre una acción de responsabilidad solidaria solicitando el reembolso de la cantidad en la que fue valorada la mercancía robada y aquélla otra exigiendo la determinación de responsabilidades incurridas y valoración del eventual perjuicio sufrido a causa

del robo: como es sabido, la identidad se predica, no del *petitum* o *causa petendi*, sino de la inconciliabilidad en esencia de las acciones interpuestas en orden a evitar resoluciones contradictorias (sí la habría, por ejemplo, en STJCE de 8 de diciembre de 1987, *Gubisch*; y no, por ejemplo, en STJCE de 14 de octubre de 2004, *Maersk, REDI*, 2004-24-Pr y mi nota). Y, también, de identidad de partes, aun cuando no coincidan en número los participantes en ambas acciones: de acuerdo con el principio de separabilidad (STJCE 6 de diciembre de 1994, *Traty*), cabe apreciar la excepción de litispendencia respecto de las partes que sean idénticas en ambos procesos (en el caso, Cartier y Axa assurances, y Ziegler France), pudiendo operar para el resto no coincidentes el criterio de la conexidad (implícitamente, FD 20).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2014-21-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y la materia extracontractual.—Acción de responsabilidad civil.—Naturaleza contractual o extracontractual.

Preceptos aplicados: art. 5 puntos 1 y 3 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima), de 13 de marzo de 2014, asunto C-548/12, *Brogstetter*. Ponente: J.-C. Bonichot.

F.: *curia.europa.eu*.

20. [...] la «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido del artículo 5, punto 3, del Reglamento, comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la «materia contractual», en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), de dicho Reglamento [...].

21. Para determinar la naturaleza de las pretensiones de responsabilidad civil formuladas ante el órgano jurisdiccional remitente debe, por tanto, comprobarse en primer lugar si, independientemente de su calificación en Derecho nacional, revisten carácter contractual [...].

22. [...] las partes del litigio principal están vinculadas por un contrato.

23. [...] la mera circunstancia de que una de las partes contratantes entable una acción de responsabilidad civil contra la otra no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la «materia contractual» en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento.

24. Es así únicamente si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.

25. Éste será el caso, a priori, si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo.

26. [...] corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si con las acciones entabladas por el demandante en el asunto principal se formula una pretensión de resarcimiento que pueda razonablemente considerarse motivada por la inobservancia

de los derechos y obligaciones del contrato que vincula a las partes del procedimiento principal, de tal modo que resulte indispensable tener en cuenta el contrato para resolver el recurso.

27. De ser así, dichas acciones se refieren a la «materia contractual» en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento [...]. De lo contrario, deben considerarse comprendidas en la «materia delictual o cuasidelictual», en el sentido del artículo 5, punto 3, del Reglamento.

En virtud de todo lo expuesto [...]: Debe considerarse que las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual», a efectos del artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento [...], si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato

Nota. 1. La sentencia analizada plantea de nuevo la cuestión de la calificación de los supuestos litigiosos para determinar la competencia judicial internacional a la luz del sistema Bruselas pese a que el art. 5 haya sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia en varias ocasiones. En particular, en este caso la cuestión gira entorno a la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de ciertas acciones de responsabilidad civil al objeto de delimitar qué fueros especiales de competencia judicial internacional del RBI resultan de aplicación. Dentro del sector de la competencia desleal ciertos sistemas nacionales permiten fundamentar determinadas acciones de responsabilidad civil en normas que tipifican como desleales —y en consecuencia como extracontractuales— conductas que están referidas a relaciones contractuales entre las partes. Este es el caso del Derecho alemán, y desde su perspectiva en el asunto de referencia el demandante solicitaba el cese de las actividades controvertidas y una indemnización de daños y perjuicios por la responsabilidad extracontractual sobre la base de la *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley contra la competencia desleal) y del art. 823, apartado 2, del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), alegando que, mediante su comportamiento, los demandados violaron el secreto comercial, interfirieron en su actividad empresarial y cometieron fraude y abuso de confianza. Al igual que ocurre en el supuesto de hecho que motiva la sentencia que se analiza, en el ordenamiento español se permite tal supuesto en el caso de explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva —art. 13 LCD— o ciertas conductas desleales vinculadas a situaciones de dependencia económica —art. 16.3 LCD— (véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Acciones de competencia desleal: delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Reglamento Bruselas I», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, entrada de 14 de marzo de 2014).

2. La evaluación de la naturaleza de la responsabilidad civil que se reclama en este tipo de supuestos resulta determinante a la hora de establecer dónde ejercitar dichas acciones cuando se trate de litigios transfronterizos. En el ámbito de la competencia judicial internacional este tipo de situaciones plantea el problema de calificación a los efectos de localizar el foro que deba conocer de tales reclamaciones cuando se trate de supuestos intracomunitarios incluidos en el ámbito del RBI. Ante este escenario puede surgir la duda de si ciertas pretensiones de responsabilidad civil deben ser consideradas, como materia contractual —y consecuentemente comprendidas en el art. 5.1 RBI (art. 7.1 Reglamento 1215/2012)— o como materia extracontractual —incluidas en el art. 5.3 y su correlativo art. 7.2 Reglamento 1215/2012—. Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal de Justicia que se analiza tiene una significativa importancia para responder a esta cuestión.

3. En el asunto de referencia el órgano jurisdiccional alemán remitente solicitaba mediante cuestión prejudicial que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre si ciertas acciones de responsabilidad civil que son ejercitadas entre sujetos entre los que existe una relación contractual y que están fundamentadas en la legislación nacional de competencia desleal, en la cual estas acciones tienen carácter extracontractual, deben o no considerarse comprendidas dentro de la «materia contractual», en el sentido del art. 5.1.a) RBI, por la existencia del contrato que une a las partes. El planteamiento de esta cuestión no es más que el resultado de la doctrina previamente establecida por el Tribunal de Justicia relativa a la delimitación de la materia contractual y extracontractual en el marco del sistema Bruselas y de la necesaria interpretación autónoma de las dos categorías (véase ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393-415, pp. 398-404). En el asunto *Kalfelis* (Sentencia de 27 de septiembre de 1988, C-189/87), el Tribunal de Justicia ya se había manifestado a propósito de la calificación autónoma del art. 5.3.º RBI declarando que «material delictual o cuasidelictual» del art. 5.3 «comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual” en el sentido del art. 5.1. Reglamento Bruselas I» (apdo. 17), presuponiendo que la mera fundamentación de una demanda sobre un contrato no implica necesariamente la utilización del fuero contractual. Este es el planteamiento que deriva GAUDEMONT-TALLON, H., en su comentario a la STJCE en el asunto *Reunión européenne* (*Rev.crit.dr.int.pr.*, 1999, pp. 333-340, p. 335) del fundamento 19 de la sentencia *Kalfelis* (véase también su comentario a esta sentencia, *ibid.* 1989, pp. 117-123, pp. 121-123; en el mismo sentido, CRESPO HERNÁNDEZ, A., «Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional: Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1998», *La Ley*, núm. 6, 1998, pp. 2178-2181). Del mismo modo, el Tribunal estableció en su sentencia *Henkel* (sentencia de 1 de octubre de 2002, C-167/00, *REDI*, 2002-17-Pr, con nota de JIMÉNEZ BLANCO, P.), que lo primero que debe establecerse para determinar la naturaleza de las pretensiones de responsabilidad civil que se planteen en aquellas situaciones en las que entre las partes medie un contrato, es si, con independencia de su calificación como extracontractuales en el Derecho nacional, las pretensiones se consideran de carácter contractual a la luz del RBI, pues únicamente aquellas que no tienen este carácter pueden ser «materia delictual» a los efectos del art. 5 del Reglamento (apdo. 37). Para tales efectos, el principio de proximidad del juez al litigio que revela el foro del lugar donde el hecho dañoso se ha producido, se puede producir o amenaza con producirse, no depende ni de la posición de las partes en el proceso ni del tipo de acción ejercitada. Los objetivos de previsibilidad del foro y de seguridad jurídica no guardan relación alguna ni con la atribución de los papeles respectivos de demandante y de demandado ni con la protección de uno de ellos (véanse las sentencias de 15 de marzo de 2012, *G*, C-292/10, apdo. 39, *REDI*, 2012-18-Pr; con mi nota, y de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, apdo. 23, *REDI*, 2012-20-Pr y nota de P. DE MIGUEL ASENSIO).

4. En la sentencia analizada el punto de partida del Tribunal de Justicia es que el mero hecho de que las partes en litigio estén vinculadas por un contrato no es un elemento suficiente para considerar automáticamente que la acción que se ejercita está comprendida en la «materia contractual» (apdo. 23), y por ello se ve en la necesidad de establecer una serie de precisiones adicionales para que se dé tal equivalencia. En primer lugar, corresponderá su inclusión en la «materia contractual» únicamente

si el comportamiento controvertido puede considerarse como un incumplimiento de las obligaciones contractuales, determinando éstas en función del objeto del contrato (apdo. 24). A este respecto establece una presunción favorable en este sentido —si bien desvirtuable, al utilizar la expresión *a priori*— cuando la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento controvertido que se enjuicia (apdo. 25). Consecuentemente, ante un escenario de estas características el ejercicio de acciones de competencia desleal, con independencia de cuál sea su calificación *ex lege fori* —en el asunto de referencia determinadas como extracontractuales por la legislación nacional—, deben ser consideradas «materia contractual» a los efectos del RBI, de tal manera que la competencia judicial internacional le corresponderá a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación (5.1) y no a los tribunales del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso (5.3). En cualquier caso esta operación de calificación corresponderá al tribunal de foro en función de las circunstancias particulares del litigio —o como establece ARENAS GARCÍA, R., la interpretación autónoma de las obligaciones más que una calificación autónoma (*loc. cit.* p. 415)—.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

2014-22-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Materia delictual o cuasidelictual.—Lugar de realización del hecho causal y lugar de producción del daño.—Infracción de derechos patrimoniales de autor.—Demanda interpuesta contra uno solo de los coautores en un Estado donde no ha actuado.

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

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2014, asunto C-387/12, *Hi Hotel HCF SARL c. Uwe Spoering*. Ponente: Marek Safjan.

F.: curia.europa.eu.

El artículo 5, punto 3, [...] debe interpretarse en el sentido de que, en caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, esta disposición no permite determinar, atendiendo al hecho causante de este daño, la competencia de un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial no actuó aquel de los presuntos autores contra quien se ejercita la acción, pero permite determinar la competencia de esta jurisdicción atendiendo al lugar en que se ha producido el daño alegado siempre que éste pueda producirse en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. En este último supuesto, este órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

Nota. 1. La presente sentencia constituye un nuevo paso en el proceso de especialización del foro de competencia en materia delictual del RB I, en esta ocasión con relación a la interpretación de la disyuntiva lugar del hecho causal/lugar de producción del daño en los litigios basados en una infracción de derechos patrimoniales de autor. El litigio surgió entre Uwe Spoering, fotógrafo domiciliado en Colonia y Hi Hotel, situado en Niza. El Sr. Spoering había tomado 25 fotografías del interior del

hotel, cediendo a Hi Hotel mediante un acuerdo no escrito el derecho de utilizarlas para folletos publicitarios y para su sitio web. Cinco años más tarde, el fotógrafo descubrió en Colonia un libro publicado por la editorial Phaidon, con domicilio social en Berlín, en el que figuraban nueve de las fotografías realizadas en el hotel. Por ello, decidió demandar a Hi Hotel para solicitar la cesación de la reproducción y difusión de las fotografías en territorio alemán, así como una indemnización por los daños ocasionados por la infracción de sus derechos de autor.

El Sr. Spoering sólo demandó al hotel francés, y no a la editorial alemana, a pesar de que la infracción de sus derechos se había verificado a través de la publicación de las fotografías; Hi Hotel sólo habría coadyuvado a la realización de la infracción al ceder las fotografías en cuestión a un establecimiento de la editorial Phaidon situado en París, que habría a su vez cedido las fotografías a la sede de Phaidon situada en Alemania.

A pesar de que el demandado sólo había actuado en Francia, la demanda fue interpuesta ante un tribunal alemán. Por ello, era necesario determinar si en un supuesto de estas características el art. 5.3 RB I puede fundamentar la competencia respecto de un demandado que no haya actuado en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional.

2. Para dar respuesta a este interrogante, el Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) parte de la tradicional distinción entre el lugar del hecho causal y el lugar de producción del daño, puesto que en caso de disociación ambos criterios pueden fundamentar la competencia de un órgano jurisdiccional en base al art. 5.3 RB I. Desde el punto de vista del lugar de realización del hecho causal, el TJ subraya que si bien la presunta vulneración de los derechos de autor es atribuible a dos infractores, la demanda interpuesta en Alemania sólo va dirigida contra uno de ellos, que actuó exclusivamente en Francia. El TJ se remite a su decisión en el asunto *Melzer* (C-228/11, *REDI*, 2013-20-Pr; con nota de J. MASEDA RODRÍGUEZ), en la que también se pronunció sobre una demanda dirigida solamente contra uno de los varios presuntos autores de un daño y presentada ante un tribunal en el territorio de cuya circunscripción el demandado no actuó. Se trataba de una demanda entablada por el Sr. Melzer, domiciliado en Berlín, que había concluido un contrato con una sociedad financiera con sede en Düsseldorf, que a su vez había abierto una cuenta a nombre de su cliente en una agencia de bolsa con domicilio en Londres. Descontento por las pérdidas económicas que sufrió, y considerando que no había sido suficientemente informado de los riesgos que implicaba el contrato que había suscrito, el Sr. Melzer decidió demandar a la agencia de bolsa antes los tribunales alemanes, a pesar de que dicha sociedad sólo había actuado en Londres. En el asunto *Hi Hotel* (apdos. 31-32) el TJ se remite al asunto *Melzer* para rechazar que, desde la perspectiva del lugar producción del hecho causal, una demanda dirigida contra uno solo de los varios presuntos autores de un daño pueda plantearse ante un tribunal en cuya jurisdicción el demandado no actuó. No cabe intercambiar las acciones de los presuntos coautores para atraer a uno (el demandado) a los tribunales del lugar donde actuó otro (no demandado). El TJ no atribuye importancia alguna —puesto que ni lo menciona— al nivel de participación de los varios coautores. En efecto, en *Melzer* se pretendía demandar al presunto autor principal del daño allí donde había actuado un coautor auxiliar; en *Hi Hotel*, el Sr. Spoering pretendía atraer al coautor auxiliar al lugar donde había actuado el responsable principal de la infracción. En ambos casos, lógicamente, la respuesta es la misma: no cabe demandar, en base al art. 5.3 RB I interpretado en términos de lugar de realización del hecho causal, a un coautor allí donde no ha actuado.

3. El factor novedoso de *Hi Hotel* viene dado por el hecho de que el TJ —siguiendo la petición formulada por el *Bundesgerichtshof* alemán en su cuestión prejudicial— extiende el análisis de este tipo de supuestos a la segunda opción ofrecida por el art. 5.3 RB I: el recurso al lugar de producción del daño. Como es sabido, se trata de una opción menos atractiva por cuanto limita los daños resarcibles a aquellos que se hayan producido en el Estado miembro donde se encuentre el tribunal. Sin embargo, su utilización puede ser más flexible, puesto que a diferencia de lo que sucede con el hecho causal, los efectos de un hecho dañoso pueden estar a menudo alejados del radio de acción de su causante. Así pues, el TJ se lanza a examinar si los actos de *Hi Hotel*, llevados a cabo en Francia, habrían podido producir efectos en Alemania.

Para ello, se remite al test *Pinckey* (C-170/12, *REDI*, 2014-4-Pr., con nota de J. MASEDA RODRÍGUEZ), establecido para determinar el lugar de materialización del daño en relación con infracciones de derechos patrimoniales de autor. En base a dicho test, deben darse dos requisitos para considerar que el lugar de producción de los daños se encuentra, a efectos del art. 5.3 RB I, en un determinado Estado miembro: i) que dicho Estado miembro proteja los derechos patrimoniales de autor que invoca el demandante, y ii) que el daño alegado pueda materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción. La territorialidad consustancial a los derechos patrimoniales de autor justifica el primer requisito, aunque el hecho de que la Directiva 2001/29 los proteja de modo automático en todos los Estados miembros despoja a este criterio de relevancia práctica: en la medida en que se aleguen infracciones de derechos patrimoniales, su protección en uno u otro Estado miembro no planteará problemas; *in casu*, los derechos del Sr. Spoering están protegidos en Alemania (apdo. 36). Más problemas puede plantear el segundo requisito, especialmente en los supuestos en que la posible infracción de los derechos patrimoniales de autor se produce por internet, puesto que el criterio de *Pickney* es que la posibilidad de que un daño se materialice en un determinado Estado miembro «se deriva, en particular, de la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante» (apdo. 44). El criterio de la mera accesibilidad de un sitio web resulta excesivamente amplio (como señala MASEDA RODRÍGUEZ, J., nota al asunto *Pinckney* en *REDI*, 2014-4-Pr, pp. 253-254, apdo. 4).

En *Hi Hotel*, el riesgo de que se produzca la materialización del daño en Alemania (concretamente en Colonia) es menos discutible, puesto que el factor determinante es el hecho de que en un establecimiento de Colonia podían adquirirse copias de la obra que habría violado los derechos de autor del demandante. Con todo, el resultado no deja de sorprender, en la medida en que un presunto infractor puede verse atraído ante los tribunales de un Estado en el que no ha actuado, pero en el que el demandante alega que sus actos han producido efectos simplemente afirmando que otro presunto coautor de la infracción, que ni siquiera es codemandado, actuó allí (véanse las críticas a este tipo de situaciones efectuadas por el abogado general Niilo Jääskinen en sus conclusiones al asunto *Coty Germany*, C-360/12, apdos. 68-70). Desde el punto de vista del «alto grado de previsibilidad» que deben presentar las reglas de competencia (considerando 11 RB I, citado por el TJ en el apdo. 4 de la sentencia), este resultado es cuanto menos sorprendente. Es pues la combinación del test de *Pinckney* con la posibilidad de no codemandar a todos los potenciales participantes en una infracción de derechos de autor la que lleva a esta interpretación amplia del foro de competencia en materia delictual.

Puesto que estamos ante un foro basado en el lugar de producción del daño, la competencia de los órganos jurisdiccionales se limita a los daños acaecidos en su territorio nacional. Se trata del tradicional principio establecido en el asunto *Shevill* (C-68/93), reforzado aquí por la territorialidad de la protección otorgada por los derechos patrimoniales de autor (apdos. 38-39). En efecto, la protección automática en todos los Estados miembros garantizada por la Directiva 2001/29 no se traduce en el plano de las violaciones de dichos derechos, que deben verificarse y valorarse Estado por Estado, desde el punto de vista de cada uno de los Derechos nacionales potencialmente implicados.

Al hilo de estas últimas consideraciones, cabe señalar para terminar que este enfoque amplio desde el punto de vista de la competencia judicial internacional no tiene por qué traducirse en una respuesta positiva en cuanto al fondo del asunto. En efecto, las consecuencias de no codemandar al responsable directo de la infracción alegada por el Sr. Spoering (que se habría producido mediante la publicación y distribución de los libros), no quedan en absoluto prejuzgadas por la respuesta positiva del TJ a la cuestión planteada.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
*Max Planck Institute Luxemburg for International,
European and Regulatory Procedural Law*

2014-23-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001.—Art. 22.1: litigios en materia de derechos reales inmobiliarios.—Naturaleza del derecho de adquisición preferente.—Art. 27.1: litispendencia: concepto de demandas interpuestas entre las mismas partes y que tienen el mismo objeto.—Relación entre los arts. 22.1 y 27.1.—Art. 28.1.—Conexidad: criterios de apreciación de la suspensión del procedimiento.

Preceptos aplicados: arts. 22.1, 27, 28 y 35 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 3 de abril de 2014, asunto C-438/12, *Irmengard Weber y Mechthilde Weber*. Ponente: C. Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

1) *El artículo 22, número 1, 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 una demanda, como la presentada en el caso de autos ante el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, dirigida a que se declare la invalidez del ejercicio de un derecho de adquisición preferente que grava un bien inmueble y que produce efectos erga omnes pertenece a la categoría de litigios «en materia de derechos reales inmobiliarios» a la que se refiere esta disposición.*

2) *El artículo 27, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, antes de decretar la suspensión del procedimiento en virtud de esta disposición, el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda debe examinar si, en razón de un desconocimiento de la competencia exclusiva prevista en el artículo 22, número 1, de este Reglamento, una eventual resolución respecto del fondo del asunto*

del tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda no será reconocida en los demás Estados miembros, en virtud del artículo 35, apartado 1, de dicho Reglamento.

Nota. 1. La calificación de esta nota, extraída de la propia web del TJ atestigua la cantidad de asuntos de interés que la sentencia alberga. Esta impresión se corrobora si leemos las dudas que el órgano remitente tiene y expone en sus ocho cuestiones prejudiciales. Algunas muy razonables; otras sorprendentes (como el hecho de que la edad de una de las partes debe ser factor de ponderación a la hora de interpretar y aplicar el art. 28 del Reglamento 44/2001 —en adelante, el Reglamento—). Lo cierto es que al final, de las ocho cuestiones prejudiciales el TJ se limita a resolver dos, con lo que considera que el resto pierden razón de ser.

El supuesto de hecho es uno de esos que merece ser descrito. Es sumamente interesante, más allá de que todos sus aspectos sean relevantes a efectos de la respuesta que da el TJ. Dos hermanas son copropietarias de un inmueble situado en Alemania y una de ellas posee un derecho real de adquisición preferente inscrito en el Registro sobre la cuota de la otra. Esta segunda vende su parte a una sociedad alemana, uno de cuyos administradores es su hijo, establecido en Milán. La titular del derecho real de adquisición preferente lo ejercita y adquiere el resto del inmueble por el precio pactado entre la vendedora y la citada sociedad. No obstante, en el contrato de compraventa entre la vendedora y la sociedad existía un derecho de resolución sometido a término. La vendedora decidió ejercitarlo «contra» su hermana que a su vez había hecho uso del derecho real de adquisición preferente. En este contexto, el hijo de la vendedora y administrador de la sociedad (primera) compradora planteó una demanda en Milán contra las dos hermanas, solicitando que se declarase la invalidez del ejercicio del derecho de adquisición preferente y la validez del («primer») contrato de compraventa. Unos meses más tarde, la hermana que había ejercido su derecho de adquisición preferente planteó demanda en Múnich contra la vendedora pidiendo que se la condenase a autorizar la inscripción de la transmisión, ya que consideraba que el derecho de resolución pactado entre la vendedora y la sociedad no la vinculaba.

2. La primera cuestión prejudicial (imprejuzgada) preguntaba por la posible identidad de partes en los dos procesos a los efectos del art. 27 del Reglamento. La segunda, igualmente imprejuzgada, planteaba dudas sobre el concepto de mismo objeto y causa en los dos procesos. El TJ entra de lleno en la tercera cuestión prejudicial que versaba sobre la calificación del objeto de la primera demanda, planteada en Milán, como «derecho real inmobiliario» en el sentido del art. 22.1 del Reglamento. El TJ dice sí. Y lo hace siguiendo un esquema conocido en el que comienza por recordar cuál es el sentido de la exclusividad en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles (proximidad fáctica a la situación de hecho e idoneidad «jurídica» a la hora de aplicar reglas y usos que generalmente son los del lugar de situación); cuáles son las acciones contempladas por el precepto en relación con los derechos reales y cuál es la diferencia entre un derecho real y un derecho personal (esencialmente los efectos *erga omnes* del primero) y en contrastar. A continuación proyecta esta base sobre el caso concreto y gráficamente (porque gráfica es incluso la terminología) concluye que una demanda que tiene por objeto la *declaración de que un derecho real de adquisición preferente sobre un inmueble* no se ha ejercitado válidamente es una acción en materia de *derechos reales inmobiliarios* (apdo. 44) pues al fin y al cabo lo que está en juego es el *derecho a la transmisión de la propiedad* (apdo. 45). No sé si esta última acotación es o no pertinente (si nos ponemos en otros casos podríamos estar pensando en nuestro concepto de título que no sería propio), pero la calificación última creemos que es acertada.

3. El TJ pasa a continuación a ocuparse de la cuarta cuestión prejudicial —la segunda y última a la que responde— que encierra dos preguntas aparentemente ajenas a la economía clásica del art. 27 del Reglamento: ¿puede controlar el tribunal que conoce en segundo lugar la incompetencia del primero con arreglo al art. 22? ¿En caso de que el segundo tribunal concluya la incompetencia del primero con arreglo al art. 22 resultará inaplicable el art. 27? Hasta ahora, eran estos tópicos que con carácter general se respondían negativamente, aunque para el concreto caso de las competencias exclusivas del art. 22 (16 del Convenio de Bruselas) el tenor incondicional de dicho art. 27 podría (y debía) sufrir una inflexión. Así se puso de manifiesto en la segunda parte del fallo del asunto *Overseas* (STJCE de 27 de junio de 1991, C-351/89), aun de forma implícita (pues en el caso concreto, no se había reivindicado la competencia exclusiva del tribunal que conocía en segundo lugar) y así se afirma expresamente en el presente.

Se hace, además, de forma contundente, sin poner el énfasis en la competencia exclusiva del tribunal que conoce en segundo lugar, sino tan solo en la incompetencia del tribunal que conoce en primer lugar. La interpretación usual del asunto *Overseas* ponía precisamente el énfasis en la competencia exclusiva (*ex art. 16 del Convenio de Bruselas o 22 del Reglamento*) del tribunal que conocía en segundo lugar como la posible excepción a la literalidad (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 7.ª ed., 2013, p. 95; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., 2007, p. 372). La presente sentencia se fundamenta exclusivamente en la incompetencia del tribunal que conoce en primer lugar por no venirle atribuida esta por el art. 22 del Reglamento. La cuestión es meramente de matiz, pero la descripción es más coherente: se fundamenta en el mismo principio de reconocibilidad de la sentencia potencialmente dictada por el primer tribunal, que ya estaba presente en la tradicional visión del problema. Y cuando el primer tribunal conoce en vulneración del art. 22 del Reglamento su sentencia no deberá ser reconocida en ningún otro Estado miembro (posea competencia para el caso o no). Ciertamente, se me podrá decir, el caso realmente problemático es aquél —como el que da lugar a la sentencia analizada— en que el tribunal que conoce en segundo lugar sí es exclusivamente competente, pues, en caso contrario debería declararse de oficio incompetente (art. 25 del Reglamento). Por eso digo que es una cuestión de matiz, pero que debe resaltarse.

4. La respuesta dada a estas cuestiones nos hurta de conocer cómo valora el TJ otras muchas dudas que albergaba el órgano remitente. Algunas ya conocidas (como la relativa a la duración estadísticamente mucho más larga de los procedimientos en el Estado del tribunal que conoce en primer lugar), otras peculiares, como la aludida de la edad de las partes (¿estaría pensando el órgano alemán en la posibilidad de que el procedimiento italiano feneciese con el fenecimiento de las demandadas de 82 y 78 años de edad?) o «las posibilidades de éxito de la demanda» en el primer tribunal. Lo cierto es que el fallo fue claro y, habida cuenta del tenor del nuevo Reglamento 1215/2012, eficaz.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2014-24-Pr

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL.—Reglamentos (CE) núms. 40/94 y 44/2001.—Marca comunitaria.—Art. 93.5 del Reglamento (CE) núm. 40/94.—Competencia internacional en materia de violación de marca.—Determinación

del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.—Participación transfronteriza de varias personas en el mismo acto ilícito.

Preceptos aplicados: art. 93.5 del Reglamento 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (RMC) y art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (RB I).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany GmbH vs. First Note Perfumes NV*. Ponente: M. Safjan.

F.: curia.europa.eu.

1. *El concepto de «territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación» que figura en el art. 93.5 RMC debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de una venta y de una entrega de un producto que viola el derecho de marca llevadas a cabo en territorio de un Estado miembro, seguidas de una reventa por parte del adquirente en territorio de otro Estado miembro, esta disposición no permite determinar una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de violación de marca dirigida contra el vendedor inicial, que no ha actuado en el Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto.*

2. *El art. 5, punto 3, del RB I debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de una alegación de publicidad comparativa ilícita o de imitación desleal de un signo protegido por una marca comunitaria, prohibidas por la ley contra la competencia desleal del Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto, esta disposición no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador de un daño resultante de la infracción de dicha ley, la existencia de competencia de un tribunal de dicho Estado miembro, cuando alguno de los presuntos autores de la infracción demandados ante él no ha actuado en dicho Estado. En cambio, en tal caso, dicha disposición permite determinar, en virtud del lugar de materialización del daño, una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de responsabilidad basada sobre dicha ley nacional interpuesta contra una persona establecida en otro Estado miembro y en relación con la cual se alega que ha cometido en éste un hecho que ha generado o puede generar un daño en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto.*

Nota. 1. Con la Sentencia *Coty Germany* completa el TJ una tetralogía de asuntos muy recientes cuya característica común es la presentación de demandas contra uno de los supuestos coautores de una supuesta infracción de marcas, de derechos de autor o de competencia desleal, supuesto coautor que ni está domiciliado ni ha actuado en el Estado donde se ubica el tribunal. Las otras tres decisiones del TJ están fechadas el 16 de mayo de 2013 (C-228/11, *Melzer, REDI*, 2013-20-Pr, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J.), el 3 de octubre de 2013 (C-170/12, *Pinckney, REDI*, 2014-4-Pr, con nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J.) y el 3 de abril de 2014 (C-387/12, *Hi Hotel, REDI*, 2014-22-Pr, con nota de ORÓ MARTÍNEZ, C.). Es destacable que los cuatro asuntos fueran adjudicados al mismo abogado general, Jääskinen, probablemente con el fin de garantizar unas conclusiones coherentes.

2. Los hechos son sencillos. *Coty Germany* es una empresa alemana de perfumería y cosméticos que tiene registradas diversas marcas comunitarias tridimensionales. *First Note*, establecida en Bélgica, vendió un lote de perfumes en Bélgica a *Stefan P.*, empresa alemana, perfumes con un envase análogo al registrado por *Coty Germany*. Con posterioridad los perfumes fueron revendidos en Alemania. *Coty Germany*, que había llegado a un acuerdo extrajudicial con *Stefan P.*, demandó en Alemania a *First*

Note por infracción de marca y por competencia desleal. Desestimada la demanda en primera instancia y en apelación, el *Bundesgerichtshof* planteó dos cuestiones prejudiciales al TJ, ambas referidas a los hechos enunciados. La primera se refiere a la interpretación de la expresión «territorio donde hubiere cometido el hecho o el intento de violación» en el art. 93.5 del RMC (todavía en su versión originaria de 1994). La segunda se pregunta si en materia de competencia desleal la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» del art. 5.3 del RB I permite demandar en Alemania a una empresa que ha cometido el supuesto acto delictual, que no es el «delito principal», en otro Estado miembro.

3. El interés de la primera cuestión radica en ser el primer caso de interpretación del sistema de competencia judicial internacional contenido en el RMC que ha llegado al TJ, quien la aborda en dos partes. En la primera recuerda que el RMC es *lex specialis* y que excluye expresamente la aplicación del RBI en materia de obligaciones extracontractuales, con lo que su interpretación debe ser autónoma, lo que implica que la doctrina de la ubicuidad —lugar del hecho causal y lugar de la materialización del daño— no resultará automáticamente aplicable y que hay que iniciar el razonamiento desde cero a partir del análisis de la concreta disposición aplicable, de su contexto y de sus objetivos. En la segunda, ya liberado del yugo al que le obligaba la aplicación de la doctrina «Mines de potasse», concluye que, a diferencia del art. 5.3 RBI, la referencia del art. 93.5 RMC al «territorio donde se hubiere cometido el hecho o el intento de violación» debe restringirse al territorio donde se cometió el hecho ilícito alegado, excluyendo el de la materialización del resultado. Y con ello se quita de en medio de un plumazo todos los quebraderos de cabeza ocasionados por las Sentencias *Pinckney* y *Hi Hotel*, como veremos después.

4. La argumentación que conduce al TJ a establecer una frontera infranqueable ente el RMC y el RB I es, a mi modo de ver, censurable. Debería haber razonado su decisión precisamente en razones sustantivas —el objetivo, es decir, el carácter especial de las infracciones de derechos de propiedad industrial comunitarios exige la especialidad— pero se queda en la superficialidad más absoluta —el contexto, el tenor— al limitarse a esbozar *a)* que «tanto la génesis como el contexto del RMC confirman la voluntad del legislador de la Unión de establecer una excepción a la regla de competencia prevista en el art. 5.3 RBI, habida cuenta, en particular, de la insuficiencia (*sic*) de esta regla de competencia para dar respuesta a los problemas particulares relativos a la violación de una marca comunitaria» (Cdo. 36), *b)* que el tenor del precepto «*sugiere (sic)* que este vínculo de conexión (con la causa) se relaciona con un comportamiento activo del autor de dicha violación», es decir, con el lugar de origen del daño (Cdo. 34) y *c)* que incluir el lugar de la materialización del daño «sería contrario al tenor del art. 94.2 RMC, que limita la competencia de los tribunales de marcas comunitarias en virtud de este art. 93.5 a los hechos cometidos o que amenazan con cometerse en territorio del Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto» (Cdo. 35). La primera de estas justificaciones es ociosa porque no implica descartar la toma en consideración como criterios inspiradores de los criterios de interpretación pergeñados por el TJ en casi dos centenares de sentencias. La segunda conlleva una «sugerencia» no explicada que va más allá de lo razonable, máxime cuando no es posible probar que fuera la voluntad del legislador imponer interpretaciones diferentes para el mismo concepto (*forum delicti commissi*). En fin, el hecho de que el alcance de la competencia conferida sea distinto en el art. 93.5 RMC y en el art. 5.3 RBI —el primero incluye la competencia con respecto a demandados cuyo domicilio se encuentre fuera de la UE, la reduce estrictamente a hechos ocurridos en el territorio del Estado miembro donde radica la sede del órgano jurisdiccional al que

se ha sometido el asunto y se limita a establecer la competencia judicial internacional y no la competencia territorial interna— no es motivo suficiente para concluir que los principios de interpretación del RBI no deberían tomarse en consideración a la hora de interpretar el Reglamento de Marca Comunitaria (RMC).

5. Más discutible todavía resulta el razonamiento del TJ respecto a la segunda cuestión, que plantea si, en un caso de competencia desleal, el art. 5.3 RBI —recorremos que el RMC no es aplicable a la competencia desleal— permite determinar la competencia jurisdiccional frente a uno de los supuestos autores del presunto daño, supuesto coautor que no ha actuado en el territorio del Estado del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda pero cuya actuación en el Estado de su domicilio pudiera convertirle en «colaborador» de la infracción de marca cometida por otro coautor en el Estado miembro donde radica dicho tribunal. La cuestión abarcaba tanto el lugar del hecho generador del daño alegado cuanto el lugar de la materialización del daño y en el periodo que medió entre su presentación y la decisión el propio TJ había dictado tres sentencias en asuntos parejos, una de ellas referida al hecho causal (*Melzer*), la otra a su materialización (*Pinckney*) y la tercera a ambos (*Hi Hotel*). En la primera concluyó que si se demanda a uno de los presuntos autores de un daño alegado ante un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial no actuó no se puede considerar que el hecho causante se produjo en la circunscripción territorial de dicho órgano jurisdiccional a los efectos de la aplicación del art. 5.3 RBI (*Mezger*, Cdo. 40). En la segunda llegó a la conclusión contraria desde el ángulo de la materialización, admitiendo la posibilidad de demandar ante el órgano jurisdiccional ante el que se ejercita la acción a uno de los supuestos autores de un presunto daño sobre la base de la materialización del daño alegado (*Pinckney*, Cdo. 47). Y la tercera confirmó tanto una (*Hi Hotel*, Cdo. 30) cuanto la otra (*Hi Hotel*, Cdo. 40).

6. El TJ llega a la misma conclusión a la que había llegado dos meses antes en la Sentencia *Hi Hotel* sin citarla, pese a que de los cinco jueces repetían cuatro, incluidos el presidente y el ponente. Por una parte, despacha la primera aproximación —la referida al hecho causal— de un plumazo, con una simple referencia a la doctrina *Melzer*; que da por reproducida (Cdo. 50): aplicado a nuestro caso, ello implica que, en caso de ser responsable, First Note no pudo haber cometido el evento causal en Alemania sino en Bélgica, lo que excluiría la competencia de los tribunales alemanes por este motivo. Pero la posible ampliación de la competencia en razón del lugar donde se ha materializado el daño era una cuestión más delicada, tanto por la materia —se trataba de un supuesto de competencia desleal, sujeto por tanto al principio de territorialidad y a protección nacional, y no de una operación bursátil como en *Mezger*— cuanto por la situación del demandante —tercero independiente que no participó en el «delito principal»— y por la circunstancia de que el hecho delictivo formara parte de una «cadena de causalidades» con origen en la primera infracción de marca cometida en Bélgica.

7. La respuesta del Tribunal a esta última cuestión no puede ser más lacónica y desconcertante. Por un lado, queda preso de su doctrina *Pinckney*, ya confirmada en *Hi Hotel*, pese a que el abogado general le pide a gritos que renuncie a ella en este caso concreto. Si éste considera que «el lugar donde se ha materializado el daño causado por actos voluntarios cometidos por personas distintas al demandado, en una supuesta cadena de causalidades, no debe constituir por sí mismo un criterio de competencia judicial frente al demandado, máxime si se tiene en cuenta que la extensión de esta cadena no está claramente acotada y podría por tanto ser infinita» (Punto 64), el TJ le enmienda la plana sin molestarse siquiera en mencionar *Pinckney* o *Hi Hotel*, donde el

razonamiento aparece mucho más elaborado: «en circunstancias como las del litigio principal, puede interponerse ante los tribunales alemanes un litigio relativo a una infracción de dicha ley (la ley nacional contra la competencia desleal)» (Cdo. 57). Por otro lado, impone dos condiciones lógicas. La primera, aplicable a toda violación de la propiedad industrial y de la competencia desleal: que «el derecho cuya vulneración se alega esté protegido» en Alemania (Cdo. 55). La segunda, exigible en todo caso y con carácter previo al órgano jurisdiccional que conoce del asunto: «que el hecho cometido en otro Estado miembro haya generado o pueda generar un daño» en Alemania (Cdo. 57). Con ello el TJ se lava las manos y se limita a repetir el mantra de *Pinckney* y *Hi Hotel*: no concede relevancia al hecho de que el acto supuestamente ilícito haya producido sus efectos en Alemania a causa de los actos de un tercero independiente que inició sus actuaciones en Bélgica y que no ha sido demandado y reenvía al tribunal de origen —en la medida en que se trata de una cuestión que no afecta al Derecho de la Unión sino al Derecho de uno de los Estados miembros— el espinoso problema de resolver si, hipotéticamente, First Note puede o no ser declarado responsable en Alemania del resultado de una acción —la reventa— en la que no ha participado pero que es consecuencia de una acción inicial que implica por sí sola una infracción de marca comunitaria. Al declararse competente, el tribunal que conoce del asunto debe por tanto valorar si, de acuerdo con su ley nacional, esta responsabilidad sería posible, lo que no prejuzga que más tarde, al entrar en el fondo, sea o no declarada efectivamente en el caso concreto.

8. No es aventurado predecir que *Pinckney*, *Hi Hotel* y *Coty Germany* han abierto un frente que planteará en los próximos años más cuestiones que las que ha intentado resolver. Establecer con carácter general la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para demandar de forma indiscriminada —en la medida en que cada Estado lo acepte, lo que abre la cancha inagotable del *forum shopping*— por infracciones de propiedad intelectual e industrial y por competencia desleal a terceros que no han participado más que indirectamente en el hecho ilícito —a través de cadenas de ilícitos sin acotar—, que no han actuado en el Estado del foro y que no tienen apenas conexión con el asunto principal, y todo ello sin distinguir si el título es nacional o comunitario, es contrario al espíritu y a los objetivos del art. 5.3 RB I y abre la puerta tanto a estrategias litigiosas de extrema complejidad cuanto a prácticas injustificadas y abusivas, especialmente en el mundo de Internet. Es lamentable que el TJ no haya evaluado con mayor serenidad las consecuencias de una actitud que puede provocarle más quebraderos de cabeza que los ya soportados con la docena de asuntos a los que ha conducido una famosa sentencia ya casi cuarentona que pretendió resolver el problema de unos tulipaneros y abrió una caja de pandora, como vemos aún no cerrada, en el complejo mundo de la responsabilidad extracontractual.

Manuel DESANTES REAL
Universidad de Alicante

2. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1. Competencia judicial internacional

2014-25-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.—Improcedencia.—Contratación internacional turística.—Cláusula de su-

misión expresa redactada en inglés a favor de los tribunales ingleses.—Relaciones entre profesionales.—Claridad y precisión de la cláusula.—Validez.—Competencia de los tribunales ingleses.

Preceptos aplicados: art. 23.1 Reglamento (CE) 44/2001 (RB I), art. 66.2 LEC.

Sentencia de la AP de Alicante (Sección 8.^a), de 24 de febrero de 2014, procedimiento 966/11. Ponente: Luis Antonio Soler Pascual.

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2014/453.

«Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada [...], contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Benidorm de fecha 4 de octubre de 2013, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, careciendo de jurisdicción los Tribunales españoles para conocer del litigio planteado por [...] por corresponder el conocimiento del asunto a los Tribunales británicos, no ha lugar a efectuar pronunciamiento sobre el litigio, mandando sobreseer el proceso, imponiendo expresamente las costas de la instancia a la parte demandante; y sin imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante».

Nota. 1. Acostumbrados a afilar siempre el estilete a la hora de pergeñar este tipo de notas críticas, resulta muy gratificante la lectura de esta sentencia, proveniente de una Sala de la Audiencia Provincial de Alicante, la octava, bien conocida no sólo por actuar también —en las materias sobre las que tiene competencia exclusiva— con el sombrero de Tribunal español de marcas comunitarias y Tribunal español de dibujos y modelos comunitarios sino por el buen saber hacer de sus miembros, por su eficiencia y celeridad —obsérvese que entre la sentencia de primera instancia y la de apelación median apenas cuatro meses y medio— y por la claridad y concisión de sus decisiones, que evitan los largos y farragosos párrafos a los que nos tienen acostumbrados nuestros tribunales, huyen de la cada vez más expandida práctica viciosa del «copiar-pegar» y recurren deliberadamente a una técnica expositiva bien aprendida de sus «mayores», el Tribunal de Justicia y el Tribunal General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. En el asunto que nos ocupa, la Audiencia estimó el recurso de apelación de la tour operadora Tui Travel PLC contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Benidorm de 4 de octubre de 2013 que le había condenado a abonar a Paparinell, S. L. determinadas cantidades indebidamente compensadas y que había desestimado por Auto de 27 de enero de 2012 la declinatoria —oportunamente planteada en la instancia dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, en aplicación del art. 64.1 LEC— de falta de competencia internacional. Y lo estimó sin entrar en el fondo, al declarar la *derogatio fori* o falta de jurisdicción de los Tribunales españoles por considerar válida la cláusula de jurisdicción a favor de los Tribunales ingleses contenida en la condición general 8.2 del contrato suscrito entre ambas partes.

3. La sentencia critica en sus Fundamentos de Derecho los tres motivos por los que el auto de instancia había desestimado la declinatoria de jurisdicción: uno, por la dificultad de lectura de la cláusula; dos, porque el art. 54.2 LEC prohíbe la sumisión expresa en los contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes; en fin, por no estar firmada por las partes, «no quedando constancia de la voluntad expresa e inequívoca de querer derogar convencionalmente el fuero legal de competencia» (FD 1).

4. Respecto a la «dificultad de lectura de la cláusula» el Tribunal es explícito: «entendemos [...] que tal defecto (de imprenta) es inocuo para cuestionar la validez y eficacia de la cláusula porque no impide su lectura» ni su transcripción íntegra en la sentencia (FD 4). Por lo que hace referencia a la aplicación del Derecho interno español aprecia que, dado que resulta aplicable el RB I —cuestión sobre la que no hay disputa—, «la referencia a la ley procesal nacional resulta vacua al no contemplar el Reglamento la legislación procesal nacional como norma complementaria ni supletoria de aquella que prima, como bien reconocen las partes, sobre la ley nacional» (FD 2): en efecto, la validez tanto formal cuanto sustantiva de la cláusula de sumisión debe regirse exclusivamente por el art. 23 RB I, como los tribunales españoles han tenido ya ocasión de aclarar [véase, por todos, el Auto de la AP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.^a) de 1 de febrero de 2007, recurso 634/2006, FD 3: «la validez de la cláusula sobre elección de foro no puede valorarse desde esa normativa (la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación) sino aplicando el art. 17, actual 23 (*sic*) del Convenio de Bruselas»]. En fin, la Audiencia de Alicante recuerda a este respecto que el art. 23 RB I no exige que la cláusula esté «firmada por las partes» sino que el consentimiento se haya manifestado de forma clara y precisa, lo que es muy diferente.

5. La cuestión no es, por tanto, el idioma de redacción de la cláusula sino la constancia de la existencia del acuerdo. Hay que agradecerle por ello al Tribunal que concentrara sus esfuerzos en justificar la existencia de esta voluntad expresa e inequívoca de ambos contratantes a través de los requisitos formales y sustantivos de validez, recordando que es su obligación hacerlo de oficio, como claramente especificó el TJ en las Sentencias de 14 de diciembre de 1976 (Salotti, 24/76, Cdo. 7) y de 20 de febrero de 1997 (C-106/1995, MSG, Cdo. 15: «Dicha disposición (el art. 17 del convenio de Bruselas) impone al Juez que conoce del asunto la obligación de examinar [...] si la cláusula que le atribuye competencia ha sido, efectivamente, fruto de un consentimiento, manifestado de manera clara y precisa, por ambas partes»). Pienso, sin embargo, que la sentencia hubiera sido más clara si hubiera definido desde un principio cuál es la letra del art. 23.1 RB I que resulta concretamente aplicable: el *a*), que simplemente exige que el acuerdo sea celebrado por escrito; el *b*), que no requiere forma escrita sino «una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas»; o el *c*), que plantea el supuesto en el que, en el comercio internacional, la forma es «conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado». La cuestión no es baladí por cuanto cada uno de ellos exige condiciones de prueba diferentes y en la sentencia que comentamos da la impresión de que se mezclan los tres por un simple procedimiento de acumulación.

6. Si, como parece ser en la medida en que es el criterio general y el Tribunal no dice otra cosa, el supuesto aplicable es el *a*), huelgan todas las referencias a los hábitos entre las partes o a los usos específicos del sector en el comercio internacional. En este sentido, el Tribunal debería haberse limitado a —como hace oportunamente, por otra parte— aclarar que el acuerdo se ha celebrado por escrito y que la cláusula es clara y precisa. Así, por una parte, demuestra que el acuerdo se ha celebrado por escrito porque «la cláusula de sumisión expresa contenida en la cláusula 8.2 del contrato que nos ocupa es una condición general incorporada a un contrato celebrado entre empresarios profesionales del sector de que se trata, como se evidencia de su propia expresión impresa en el contrato» (FD 3) y que se cumple el requisito exigido por el TJ en su Sentencia de 14 de diciembre de 1976 (24/76, Salotti, Cdo. 10) según el cual «en el caso en que, entre las condiciones generales de venta de una de las partes, impresas

al dorso de un documento contractual, figure una cláusula atributiva de competencia, únicamente se cumple la exigencia de forma escrita [...] si el contrato firmado por ambas partes contiene una remisión expresa a dichas condiciones generales»: en efecto, el contrato contiene una incorporación por referencia de todas las cláusulas generales al afirmar que «*All clauses overleaf form a constituent part of the contract*». Y, por otra, razona también con acierto que la cláusula es «clara y precisa»: y lo es no solamente porque «se trata de una redacción típica, sin subterfugios ni uso de un lenguaje que dificulte su comprensión», sino porque, aun estando redactada en inglés, «es de sencilla traducción con un mínimo dominio del idioma inglés que no tenemos duda, se posee por quien tiene por objeto negocial el turismo a través de la prestación de la prestación de servicios de hostelería, valiéndose habitualmente para su desarrollo de concertaciones con operadores británicos». Esta última frase, que debe entenderse en su contexto, es decir, en el marco de los requisitos de claridad y precisión y sin cuestionar el contenido concreto del acuerdo, tiene especial relevancia en el ámbito territorial y sectorial en el que operan ambas empresas, donde el inglés es el vehículo de comunicación que todos los operadores deben estar en medida de conocer.

7. El Tribunal —y/o la parte que esgrimió la declinatoria— podría haberse inclinado quizás por justificar que el acuerdo de sumisión se había celebrado en «una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas» a los efectos de facilitar la prueba de la existencia del acuerdo y su validez al amparo de la letra *b*) del art. 23.1 RB I. En efecto, el propio Tribunal reconoce que «se trata de uno de los tantos contratos firmados entre la mercantil demandante y la tour operadora, sin que desde luego se destaque ningún elemento diferencial con relaciones previas» (FD 3). Ello habría probado la existencia de relaciones comerciales duraderas y repetidas entre las mismas empresas, ahorrando otros costes probatorios, dado que el contrato que originó la disputa no es sino uno más entre una miríada de contratos idénticos conteniendo todos ellos la misma cláusula de atribución de fuero.

8. En fin, aún hubiera sido posible justificar la celebración del acuerdo con base en la letra *c*) del art. 23.1 RBI. En tal caso el Tribunal debería haber concentrado sus esfuerzos en «probar» el uso y su aplicación en el sector del comercio internacional en el que operan las partes en litigio. El TJ ya aclaró en la Sentencia de 20 de febrero de 1997 (cit., Cdo. 21) y corroboró en la de 16 de marzo de 1999 (C-159/97, *Castelletti*, Cdo. 23) que «corresponde al Juez nacional apreciar [...] la existencia de un uso en el sector del comercio internacional en el que operan las partes en litigio» y ha sido explícito al afirmar que «existe un uso en el sector comercial considerado cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos» (MSG, cit., Cdo. 23; *Castelletti*, cit., Cdo. 26). Es necesario, por tanto, probar en este caso *a*) que el uso existe y que se manifiesta en una forma que las partes conocen o debieran conocer y *b*) que es «ampliamente conocido y regularmente observado» por la comunidad de comerciantes del sector comercial en el que las partes contratantes ejercitan su actividad. No hubiera sido difícil hacerlo: el mismo Tribunal nos da pistas al afirmar que «se trata de un contrato típico entre el sector de que se trata en el marco de una contratación internacional turística» (FD 3) y que la cláusula tiene una «redacción típica, sin subterfugios ni uso de un lenguaje que dificulte su comprensión». A buen entendedor ... está refiriéndose evidentemente una cláusula estándar del sector. La ventaja del recurso a los usos es que, una vez probado el uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan las partes y que éstas conocen o debieran conocer y una vez probada su generalización en el sector, el art. 23.1.c) RB I «presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competen-

cia» cuando el comportamiento de las partes se corresponda con él (Castelletti, cit., Cdo. 21), lo que en muchas ocasiones facilita sin duda la prueba de la existencia y del contenido del acuerdo ya que no es necesario que conste documentalmente ni que aparezca firmado por ambas partes.

9. Sentencias como la comentada ponen de relieve hasta qué punto la judicatura española —al menos, una amplia masa crítica de sus miembros— está evolucionado positivamente hacia una comprensión «normalizada» de los conflictos derivados de las relaciones privadas internacionales. Ya no son «supuestos excepcionales» o atípicos y *terra incognita* para el juzgador sino pan de cada día que exige una aproximación profesional, un respeto por las fuentes del ordenamiento jurídico de origen internacional, una capacidad autocrítica y una voluntad de aprendizaje y de familiarización con las herramientas que proporciona el sistema de Derecho internacional privado. Bienvenidas sean.

Manuel DESANTES REAL
Universidad de Alicante

2.2. Forma de los actos y eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

2014-26-Pr

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO.—De la doctrina de la equivalencia de las formas a la doctrina de la equivalencia de las funciones.—Conocimiento y aplicación extrajudicial del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 1.216 y 1.280 del Código Civil; arts. 3 y 4 de la Ley hipotecaria; arts. 33, 34 y 36 del Reglamento hipotecario.

Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2013.

F.: BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2013.

4. [...] Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011.

5. Desde este punto de vista debe afirmarse, como ya señaló este Centro Directivo en ocasiones anteriores (vid. Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 23 de mayo de 2006), que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1.216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1.216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la

identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica necesariamente que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

Si se comparan, pues, los requisitos básicos indicados del documento extranjero calificado a través del que se pretende acreditar la representación invocada por el compareciente de la entidad «Abn Amro Bank, N.V.» (poder especial otorgado a su favor por Abn Amro, representada por doña G. J. H., el doce de julio de dos mil doce, cuya firma se halla legitimada por don Hugo Meilink, Notario suplente, sustituto de don A. A. Voorneman, Notario de Ámsterdam, en la misma fecha), se observará que éste debe ser rechazado por tratarse —según parece desprenderse de los términos de la citada reseña— de una simple autorización con firma legitimada, sin que se le haya probado al registrador que los documentos aportados sean equivalentes a una escritura de poder notarial española (cfr. Resolución de 19 de febrero de 2004).

Tampoco se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que el registrador conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes holandesa, que el documento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o «ley que regula las formas y solemnidades del contrato» conforme al artículo 11 del Código Civil. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en el que se pruebe el contenido y vigencia del derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cfr. doctrina de este Centro Directivo en Resoluciones de 15 de julio de 2011 y 22 de febrero y 26 de junio de 2012, entre otras). Como se indica en las citadas Resoluciones «esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 de enero de 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción». Por tanto, no habiéndose probado el contenido y vigencia del Derecho holandés en los extremos indicados por el registrador, procede confirmar la calificación impugnada en cuanto al defecto ahora examinado.

Nota. 1. La resolución objeto de este comentario decide el recurso interpuesto frente a la calificación que deniega la inscripción de un derecho real de hipoteca constituido sobre un bien inmueble en España en garantía de un préstamo concertado

entre una entidad financiera holandesa y unos particulares que, residentes en España, son de la misma nacionalidad.

En la escritura, autorizada por una notaria española, las partes acordaron someter el contrato de préstamo a la ley holandesa, por más que el derecho real de hipoteca y su publicidad se hayan de regir por la ley española.

El representante de la entidad financiera actuó en virtud de un poder conferido por medio de una autorización con firma legitimada por un notario holandés. Sobre este aspecto, referido a la circulación transfronteriza de los documentos públicos, versan los fundamentos de derecho transcritos y este comentario.

2. Con carácter general, cuando la ley española exige la escritura pública como presupuesto fundamental para la producción de determinados efectos, lo que está imponiendo es una fórmula documental concreta y determinada en la cual, a diferencia de lo que sucede en otros documentos notariales, como en el caso de la legitimación de firmas, la función notarial se desarrolla en toda su plenitud; tratándose de un documento notarial extranjero, fruto, por tanto, de una soberanía política externa, es necesario determinar si este puede ser reconocido para causar efectos equivalentes a los de la escritura pública que conoce el ordenamiento español.

En estas circunstancias, no importará tanto el contenido del documento, el cual también podría figurar en un simple documento privado, sino la actuación del notario extranjero. Cuando esta actuación se desarrolle cumpliendo unas funciones equivalentes a las del notario español, el documento notarial extranjero podrá ser admitido a los mismos efectos, pues, en definitiva, es en la función, más que en la forma, donde ha de ponerse el acento para la valoración del documento notarial extranjero.

3. Y lo que este planteamiento exige es la intervención del titular de una función pública, encargado por el Estado de conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, cuya función consiste en asegurar la identidad de los otorgantes, su capacidad y legitimación en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretendan realizar, controlar la legalidad y garantizar que la voluntad de las partes, expresada en su presencia, ha sido libremente declarada.

Por tanto, cuando de lo que se trata es de acceder a los especiales efectos que el ordenamiento español anuda a la escritura pública, aún cuando el acto o contrato se formalice ante un notario extranjero, que actuará de acuerdo con la regla *auctor regit actum*, éste deberá proceder teniendo la referencia de la ley española, y todavía más si la forma viene exigida con carácter *ad solemnitatem*.

Con ello, en modo alguno se cierra el paso a los documentos notariales extranjeros. En todo caso, tal y como afirma BRANCÓS («Inscripción registral de documentos extranjeros. El europeísmo equivocado de la Sentencia 391/06, de 22 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta», *La Notaría*, núms. 37-38, Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya, 2007, p. 124), se cerrará el paso a un documento que no tenga el valor de tal porque no incorpore las garantías exigidas por la ley española y porque la seguridad del tráfico español no tiene por qué padecer cuando las garantías adoptadas por el notario extranjero no son suficientes.

4. La valoración de la equivalencia o no de la actuación del notario extranjero a la del notario español requiere la toma en consideración del ordenamiento correspondiente, y dada la conformación del sistema español de seguridad jurídica preventiva, esta tarea compete a la autoridad ante la cual el documento notarial extranjero pretenda hacerse valer.

5. En el supuesto de la resolución de 31 de octubre de 2013, el documento notarial extranjero se emplea para acreditar ante la notaría española autorizante de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria la legitimación del representante de la entidad financiera.

En tanto que el art. 98 de la Ley 24/2001 impone al notario autorizante juzgar la suficiencia de las facultades representativas a partir del documento auténtico que se hubiera aportado, cuando se trate de un documento extranjero dicho juicio no podrá llevarse a cabo sino sobre la base del derecho correspondiente.

En definitiva, para que la suficiencia del poder de representación quede cubierta por el juicio notarial, dicho juicio ha de embeber también y de manera necesaria la valoración del Derecho extranjero a efectos de apreciar la equivalencia de la actuación notarial extranjera.

Y, en este ámbito, a la función registral le corresponde únicamente comprobar que en la escritura consta la reseña identificativa del documento auténtico del que resulte la representación alegada, que en la misma figura el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas y que existe congruencia entre el juicio notarial y el contenido del título presentado a la inscripción.

6. Más allá de la calificación de las facultades representativas, en lo que concierne a la aplicación del Derecho extranjero realizada por el notario español y el tratamiento de la misma en el ámbito registral, tuvo especial importancia el cambio producido en la redacción del art. 36 RH por el Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, para su adaptación a la reforma producida en el título preliminar del Código Civil, y es que si el notario afirma, bajo su responsabilidad, conocer el Derecho extranjero, prevalecerá esta aseveración, la cual será vinculante en la esfera registral, salvo que el funcionario calificador motive expresamente que disiente de la misma, al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno, por conocer también, bajo su responsabilidad, suficientemente la legislación extranjera aplicable.

Otra interpretación supone, sin duda, un paso atrás y una vuelta a una situación que trató de superarse con la reforma del art. 36 RH por el Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto.

Isidoro Antonio CALVO VIDAL
Notario del Ilustre Colegio Notarial de Galicia

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

3.1. Responsabilidad parental y alimentos respecto de menores

2014-27-Pr

RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS.— Nulidad, separación y divorcio.—Aplicación de la ley española.—Sistema plurilegislativo.—Derecho civil catalán.—Criterios de aplicabilidad.

Preceptos aplicados: arts. 8 y 61.a) Reglamento 2201/2003; art. 3.b) Reglamento 4/2009; arts. 15.1, 47.1 y 48.a) Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños;

arts. 3.1, 16.1.a) y 16.2.c) Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12.^a), núm. 210/2014, de 21 de marzo de 2014. Ponente: Joaquín Bayo Delgado.

F.: Aranzadi Westlaw JUR 2014/112998.

Según el artículo 5.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, debe aplicarse la ley de la residencia del menor a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por la que atañe a los alimentos, el artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el derecho civil catalán a las medidas discutidas en virtud de los artículos 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los artículos 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC). Así lo hace correctamente la sentencia de primera instancia, aunque lo designe incorrectamente como derecho «foral».

Nota. 1. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.^a), de 21 de marzo de 2014 (Sentencia núm. 210/2014) refleja la creciente condición multicultural de nuestra sociedad y la complejidad de los problemas que se plantean en ella desde una perspectiva jurídica. Sociedades complejas como la nuestra dan lugar a problemas complejos en los que se suscitan toda una serie de cuestiones que, al abordarse dogmáticamente, todavía tendemos en demasiadas ocasiones a plantear de forma aislada.

En particular, el presente asunto, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, versa sobre cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable en un caso de responsabilidad parental, debiendo determinarse a cuál de los ex cónyuges se atribuyen los derechos de guardia y custodia respecto del menor que tienen en común, así como el régimen de visitas, estancias y comunicación. Del mismo modo, se plantea la determinación de los alimentos a favor del menor. Estas cuestiones se proyectan, de acuerdo con la información facilitada en la sentencia, para el siguiente supuesto: matrimonio entre español y boliviana, con un hijo también español, todos ellos con residencia habitual en Cataluña.

2. Para resolver el caso, la Audiencia Provincial de Barcelona identifica correctamente los problemas suscitados, y a partir de ahí, procede a especificar los instrumentos necesarios para resolverlos, de diverso origen y ámbito de aplicación. Respecto de la responsabilidad parental, los derechos de guardia y custodia y el régimen de visitas, estancias y comunicación, la competencia judicial internacional se determina en virtud del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental, mientras que la ley aplicable mediante el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. En relación con la pensión de alimentos, la autoridad competente viene determinada por el Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, y la ley aplicable en virtud del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley

aplicable a las obligaciones alimenticias. No se discute en la sentencia la competencia de los Tribunales españoles ni tampoco se analizan con especial profundidad los aspectos relacionados con la ley aplicable. Con todo, respecto a la determinación del ordenamiento jurídico regulador, la sentencia sí realiza algunas afirmaciones que nos permiten elaborar el siguiente comentario.

3. Para resolver el presente asunto, el Tribunal entendió que, según los arts. 15.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, resultaba de aplicación la ley del foro y la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, respectivamente. En consecuencia, habida cuenta que del asunto conoce un Tribunal catalán y el menor reside en Cataluña, el juez estimó que resultaba oportuno aplicar el Código Civil catalán, por imperativo de los arts. 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996 y 16.1.a) y 16.2.c) del Protocolo de 2007. Esta solución se ve confirmada por la AP de Barcelona al reafirmarse la territorialidad del Derecho catalán (arts. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 113.1 del Código Civil catalán) e indicar que el supuesto de hecho no se encuentra conectado con ningún otro marco normativo del ordenamiento jurídico español.

4. Si bien la determinación del ordenamiento jurídico regulador, en aplicación de los arts. 47.1 y 48.a) del Convenio de 1996 y 16.1.a) y 16.2.c) del Protocolo de 2007 referentes a la remisión a ordenamientos plurilegislativos resulta en todo punto admisible, mayores dificultades puede plantear la admisión del criterio utilizado por el tribunal para determinar la sujeción al derecho especial o foral conforme a las normas del ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, podría ser necesario tener presente que tanto las legislaciones nacionales de DIPr —o Códigos civiles— como los instrumentos de DIPr de origen convencional y de la Unión Europea, contienen distintos modelos de remisión a ordenamientos plurilegislativos para determinar, cuando resulte de aplicación la ley de un Estado con distintas unidades territoriales con Derecho propio, cuál debe aplicarse. Sin detenernos en un análisis pormenorizado de los distintos modelos de remisión existentes (sobre los mismos véase BORRÁS, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Rec. des Cours*, tomo 249, pp. 145-368), sí es conveniente definir el establecido en el Convenio y en el Protocolo de La Haya para poder situar el pronunciamiento de la AP en su correcto contexto. Ambos instrumentos emplean un modelo de remisión subsidiario, consistente en aplicar el Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo con prioridad para determinar el Derecho territorial aplicable al supuesto concreto y, en defecto de tales normas, aplicar los criterios de la ley de la concreta unidad territorial para la conexión de la residencia habitual y la ley de los vínculos más estrechos para la conexión nacionalidad. Por tanto, primero debe observarse si el Estado en cuestión posee normas que determinen la sujeción a un Derecho u otro y, en ausencia de las mismas, aplicar las conexiones subsidiarias que se contienen en las normas de conflicto referente a los ordenamientos plurilegislativos.

En el caso español, este Derecho interregional vincula la sujeción al Derecho civil común o foral a la situación jurídica de la vecindad civil (art. 14 Código Civil). La determinación de los supuestos de adquisición y modificación de esta vecindad civil (ley personal), así como de las normas de solución de conflictos de leyes interregionales es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8.º de la Constitución española). En este sentido se pronunció la STC de 6 de mayo de 1993 (STC 156/1993). De esta forma, tanto el Estatuto de Autonomía como el Código Civil catalanes, prevén que la aplicación del principio de territorialidad de sus normas se encuentra sujeta a «las excepciones

que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad». En consecuencia, sin perjuicio de que puedan existir normas autonómicas cuyo ámbito de aplicación coincida con el territorio una determinada Comunidad Autónoma (por ejemplo, normas de Derecho administrativo o de Derecho civil referentes a la *lex rei sitae*), en lo referente a la determinación del estatuto personal la designación de la ley aplicable queda vinculada a la determinación previa de la vecindad civil.

Todo lo anterior, obviamente, no significa que la aplicación del Derecho civil o foral dependa única y exclusivamente de la circunstancia de ostentar una vecindad civil. La vecindad civil será un modo más para determinar la aplicación del derecho foral, mas no el único. Así sería, por ejemplo, si resultando de la aplicación las normas de conflicto internas, tuviese preferencia o resultase de aplicación subsidiariamente la conexión lugar de residencia habitual sobre la conexión nacionalidad —vecindad civil—. Del mismo modo, en aquellos casos en que resultaran de aplicación las conexiones subsidiarias de los Convenios de La Haya o Reglamentos de la Unión Europea, si fuera insuficiente o careciera el ordenamiento español de una respuesta para algunos supuestos, también podría resultar de aplicación un concreto derecho foral —por ejemplo, al determinarse la ley de la concreta unidad territorial—.

5. Según lo dicho hasta ahora, la sentencia comentada podría haber llegado a la solución ofrecida mediante un procedimiento más desarrollado. Si, en virtud de los arts. 15.1 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, resulta de aplicación el Derecho español no de ello se desprende la aplicabilidad directa del Derecho catalán. Antes bien, podría entenderse que siendo España un ordenamiento plurilegislativo, resulta necesario tener en cuenta lo previsto en los arts. 48.a) y 16.2, respectivamente, de tales instrumentos internacionales para determinar el concreto ordenamiento aplicable. Consecuentemente, en este supuesto particular, resulta pues necesario ahondar en el ordenamiento jurídico español y en este sentido resulta relevante el art. 16.1 del Código Civil, que indica «los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV».

Así, por ejemplo, en relación con una de las dos situaciones que se plantean en la sentencia, la referente a los alimentos, la norma de conflicto interna reguladora de dichas situaciones es el art. 9.7 del Código Civil, que establece como primera conexión la nacionalidad —vecindad civil— común de alimentista y alimentante y, subsidiariamente, la ley de la residencia habitual de la persona que reclama los alimentos. Para el presente caso, y aunque no sabemos la vecindad civil del menor, sí resulta evidente que no va a coincidir con la de la deudora de los alimentos, que es boliviana —de hecho, ésta no ostenta vecindad civil alguna—. Por ello, acudimos subsidiariamente a la ley de la residencia habitual del menor —el acreedor de alimentos—, lo que nos remite a la aplicación del Código Civil catalán, por residir éste en Cataluña. De la observancia de estas normas puede verificarse que el recurso al criterio de la vecindad civil ni es universal, ni es automático ni es único, sino que coexiste con otras situaciones. Será el legislador interno el encargado de la elección.

6. En definitiva, puede concluirse que, resultando de aplicación la ley de un Estado con varias unidades territoriales con derecho propio, no puede pasarse por alto la observancia, en primer lugar, de las normas referentes a los ordenamientos plurilegislativos. Si dichas normas, como es el caso del método subsidiario, remiten con carácter primario a las normas de Derecho interregional del Estado cuya ley resulta

de aplicación y dicho Estado es España, la determinación de la norma concreta se realizará, según el art.16 del Código Civil, en virtud de las normas del título IV del Código Civil.

Pablo QUINZÁ REDONDO
Universidad de Valencia

3.2. Filiación

2014-28-Pr

FILIACIÓN.—Maternidad subrogada.—Inscripción en el Registro Civil español.—Menores nacidos en California.—Promotores cónyuges varones.—Contrariedad con legislación registral vigente.—Contrariedad con orden público español: sí.

Preceptos aplicados: art. 3 del Convenio de UN sobre los derechos del niño; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; arts. 10, 14, 18.1, 32 y 39 de la Constitución Española; art. 23 LRC; arts. 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida; arts. 81 y 85 RRC.

STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013 de 6 febrero. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2014/833.

De lo expuesto se deriva que la «legalidad conforme a la Ley española» de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación) [...].

Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los funda-

mentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución) [...].

Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español [...].

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California [...].

Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares «de facto» con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos [...].

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Nota. 1. Anotar la importante aunque no sé si trascendente Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 es tarea difícil en el espacio de esta crónica. Lo es ya seleccionar una parte de texto que sea representativo, teniendo en cuenta la extensión de sus fundamentos jurídicos. Sigue siéndolo por la amalgama de declaraciones trascendentes e intrascendentes, pertinentes y superfluas, correctas y erróneas, que jalonan no sólo dichos fundamentos, sino también el voto particular que suscriben cuatro de los nueve magistrados que firman la sentencia. Todo ello augura que el comentario será necesariamente parcial. Por justificar mi primera opinión (sobre su trascendencia), comenzaré centrandome lo que realmente se decidió (2), analizaré los argumentos de la decisión y del voto particular (3) y concluiré valorando su «doctrina» (4). He de añadir que tras finalizar la presente nota se dictó la importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11 (*Menesson c. Francia*), junto con la similar *Labasse c. Francia* de la misma fecha. Ambas han determinado ya un cambio de comportamiento en las autoridades españolas. No obstante, he preferido mantener el comentario original de la STS.

2. El supuesto de hecho es suficientemente conocido tanto por la trascendencia mediática cuanto por las previas resoluciones judiciales de las que se ha dado cuenta en esta misma sección [Res. DGRN de 18 de febrero de 2009, *REDI*, 2009-12-Pr; con nota de QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, ratificada por la SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2011, *REDI*, 2012-13-Pr., con mi Nota]. La inscripción en el Registro civil del nacimiento y filiación de dos niños nacidos en California mediando un contrato de gestación por sustitución fue admitida por la DGRN y posteriormente revocada por la jurisdicción. El TS confirma la Sentencia de la AP de Valencia contra la que se interpuso el recurso de casación. El resultado es dejar incólume la sentencia de instancia, en cuya virtud de decretó «dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella [la resolución de la DGRN] realizada... con las menciones de filiación de la

que resulta que son hijos de... y en consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción». Se trata pues de un asunto estrictamente registral. Quizá la única matización que haya que efectuar a esta consecuencia sea la que el TS hace cuando señala que «la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido». Se apoya el Alto Tribunal en el art. 7.1 de la Convención de Derechos del niño (derecho a ser inscrito, nombre y nacionalidad), dejando abiertas algunas preguntas: ¿dichos derechos no estarían ya respetados con la inscripción en EEUU?; ¿son los niños españoles? ¿Con qué nombre y apellidos constarán? Las dos últimas cuestiones hacen alusión al hecho de que en todo este proceso no se ha dudado de la nacionalidad española de los menores, lo que, al menos desde esta Sentencia ha de resultar cuestionable, pues cuestionable es el que hayan nacido de español o española (según la Sentencia), único título de legitimación de la nacionalidad que poseerían.

En cualquier caso me interesa destacar que aquí se ha resuelto un tema registral, de suma importancia en el global universo de la gestación por sustitución, pero, a mi juicio, sobrevalorado (me remito a mis observaciones en «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90, pp. 79-82) frente a la real existencia de vínculo de filiación o no entre comitentes y nacidos. Tampoco se ha resuelto nada sobre qué ocurre con el día a día de los menores; sobre dónde seguirán viviendo, quién los tendrá en su compañía, quién tomará decisiones sobre su formación, salud, etcétera.

3. El TS rechaza el recurso de manera poco convincente, probablemente por seguir la línea del recurso. Bastaba acudir a un simple cotejo de la legalidad ordinaria para ratificar las soluciones de las instancias inferiores. Sin embargo el TS se introduce en el proceloso asunto del orden público en el que en último extremo adapta el razonamiento a la decisión, haciendo gala de un manejo regular del tema. Antes liquida, a mi juicio de forma sorprendente y errónea, el obstáculo del art. 23 LRC reduciendo la exigencia de «legalidad conforme a la ley española» con no contrariedad con el orden público (FD 2.º, punto 4). Dicha exigencia va más allá del orden público, aunque, como he dicho en otras ocasiones no se debe identificar necesariamente (como parece hacer el TS) con la ley sustantiva española, sino con el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo también las normas de DIPr.

El TS aborda la compatibilidad con el orden público español de la inscripción de nacimiento y filiación discutida sentando la amplia panoplia de derechos fundamentales y valores superiores que entran en juego. Y lo hace de forma correcta: puntos 5 y 6 del FD 2.º. Lo que ya es un salto difícil de aceptar es que consecuencia lógica de todo ese arsenal sea que el art. 10 de la Ley 14/2006 integra el orden público internacional español. Esto es un mero desiderátum en absoluto justificado por nuestro Alto Tribunal (premisa que sienta en la lapidaria primera frase del punto 7 de este FD 2.º). A partir de este momento, la suerte de la sentencia ya estaba echada: dado que la inscripción pretendida es claramente contraria a lo dispuesto por este precepto, es claramente contraria al orden público. Esto no es así. Es evidente que hubiese sido más complejo un razonamiento correcto, pero lo que debió haberse producido es un juicio sobre si las exigencias de los arts. 10.1, 18.1, 32, o 39 CE, que la sentencia considera cruciales en este tema, se veían o no comprometidas por la inscripción solicitada. Si la dignidad de la mujer gestante y de los niños —a los que de forma singular concede una vital importancia— se veían comprometidos por la inscripción; si la importancia que concede al consentimiento de la madre se veía

comprometida con la inscripción. Y todo ello, en relación a *esta singular inscripción* objeto de controversia. La simplificación que el TS realiza en torno a la importancia del art. 10 Ley 14/2006 le hace caer en una especie de «causa general» contra todo tipo de filiación derivada de gestación por sustitución. El orden público es, debe ser, concreto, especial para el caso singularmente analizado y valorado en los reales efectos que sobre nuestro ordenamiento jurídico tiene la admisión de los efectos del producto extranjero. El TS no lo utiliza en ese sentido, cayendo, si no de forma expresa, sí de forma implícita en una fiscalización abstracta de la situación conformada por la ley extranjera.

Este proceder que he descrito en el párrafo anterior se corrobora cuando el TS entra a valorar la tacha que los recurrentes hacen a las sentencias inferiores por considerarlas discriminatorias por razón de sexo u orientación sexual. El TS recalca que el problema es que la filiación viene de una gestación por sustitución (así en abstracto) y que la negativa hubiera sido la misma para cualquier tipo de situación (FD 4.º *in fine*).

El último tópico que aborda el TS dentro de los elementos a ponderar es el superior interés de los niños que, según los recurrentes, se verían vulnerados si no se casaban las sentencias de instancia y se mantenía la inscripción en los términos primigeniamente admitidos por la DGRN. A estas alturas de la sentencia no es sorprendente que el nivel de razonamiento siga siendo el mismo: una valoración genérica y abstracta de lo que debe ser el interés del niño en los casos de gestación por sustitución. Los desarrollos del FD 5.º plantean una especie de posición de «prevención general» en contra de la gestación por sustitución. Y esto es tan poco de recibo como lo son las posturas contrarias que parecen usar el tópico del supremo interés del niño como un *sanatodo*. Como bien dice el TS, el interés del menor no puede hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos implicados. Exacto: por eso hay que valorarlo también en el caso concreto. Y no digo que en este caso concreto dicho interés hubiera de pesar más que el resto de los concurrentes; sencillamente es un elemento importante a valorar, teniendo en cuenta que, por un lado, no existe una única respuesta jurídica que se acomode a dicho interés y, por otro —algo que se suele olvidar frecuentemente por la forma en que el Derecho se enfrenta a estos casos— que no es indefectible la presencia del superior interés del niño cuando, por ejemplo, la discusión no verse sobre la filiación de menores, aunque sí envuelva un caso de gestación por sustitución. Esta última observación es, claro, ajena al caso que nos ocupa, pero pertinente.

4. El Voto particular presenta igualmente luces y sombras. Como la argumentación mayoritaria del TS pero en sentido contrario, acoge una argumentación orientada a la aceptación del recurso con afirmaciones excesivamente simplistas. Ello es especialmente visible en su punto de partida: el Voto plantea que todo lo que hubo antes de la inscripción en el registro extranjero no ha de tener relevancia; en concreto, serían irrelevantes las razones y circunstancias (esencialmente proceso de maternidad subrogada) que determinaron la inscripción por parte de las autoridades americanas. Esto es simplista y erróneo. Luego se pasa a analizar el que considera único obstáculo (en este punto el error de planteamiento es común) que podría derivar en el no reconocimiento, el orden público. Luces: se incide correctamente en que ha de tratarse de una valoración caso por caso; se pone de manifiesto la inexistencia de un verdadero análisis de la vulneración de los derechos fundamentales y los valores superiores aducidos por la mayoría de la Sala; se denuncia que se está utilizando el orden público de una forma preventiva; se incide en el principio de no discriminación

por razón de filiación (y no por razón de sexo u orientación sexual, como hacía el recurso); se le da al consentimiento de la madre una relevancia que la Sentencia pasa por alto. Sombras: se vuelve a caer en una postura maximalista del interés del menor; se introduce el aval de discutibles derechos, como el *derecho a procrear*; se manipula tópicamente y torpemente la realidad de la gestación por sustitución al aproximarla a la adopción, cuando se afirma que se da una familia a un niño y no al revés; se utilizan por elevación argumentos vinculados a la realidad de la UE —algo que hace también el recurso— que en el caso concreto no son directa e inmediatamente aplicables.

5. Lo mejor de la STS que comentamos es que sólo es una. Probablemente de forma interesada, creo que resulta significativo el debate interno habido en el TS, el cuidado con el que delimita el objeto de su decisión, cómo la circunscribe al estricto marco registral, cómo la limita a la desaparición de las menciones de filiación, cómo muestra su respeto por el núcleo familiar ya constituido y en modo alguno prejuzga que los menores sigan integrados en el mismo. No hace ninguna censura de la normativa vigente, que obviamente tiene que aplicar, pero tampoco de la práctica del DGNR más allá del presente caso. Si acaso, sólo de forma implícita está censurando su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dado que ésta excluyó como título válido para la inscripción «una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante», algo cuya posibilidad el TS da por hecha.

La STS, en fin, no me ha dado ninguna razón determinante para cambiar mis opiniones sobre la Sentencia del Juzgado y la posterior Sentencia de la AP de Valencia, ni sobre la práctica y la posición de la DGRN, ni sobre la urgente necesidad de legislar sobre esta materia.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

3.3. Ley aplicable a las obligaciones contractuales

2014-29-Pr

CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.—Ley aplicable en defecto de elección.—Convención de Viena de 1980.—Cuestiones excluidas.—Convenio de Roma de 1980.—Concepto de prestación característica.—Vínculos más estrechos.

Preceptos aplicados: arts. 3, 4 y 10 Convenio de Roma de 1980; art. 81 y arts. 195 y ss. BGB.

Sentencia de la AP de Valencia (Sección 11.^a) núm. 31/2014, de 5 de febrero.
Ponente: José Alfonso Arolas Romero.

F.: Westlaw Aranzadi, RJ 2014/123309.

[...] Se ha de significar que la compraventa internacional de mercaderías de que se trata, realizada entre España y Alemania, se regula por el Convenio de las Naciones Unidas, hecho en Viena, 11 de abril de 1980 [...], y en cuanto a las obligaciones y derechos

derivados del contrato también por el Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [...].

[...] Para determinar la «lex contractus» hay que estar a lo dispuesto en el art. 3.1.º y art. 4.1.º del Convenio de Roma y a las presunciones de proximidad que establecen sus apartados 2.º, 3.º y 4.º [...].

[...] La problemática se cierne, pues, en clarificar en cada contrato cual es su prestación característica. Doctrinalmente el concepto de prestación característica hace referencia a aquella obligación del contrato que define o caracteriza el tipo de contrato y desvela su función económica y jurídica. Así, aunque el contrato de que se trata (compraventa) es bilateral y sinalagmático, con lo que las prestaciones recíprocas, de entrega de la cosa y de pago del precio, son características, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar como prestación característica la prestación no dineraria, en la medida en que el pago de un precio, renta, honorarios... es común a la mayor parte de contratos, y no específicamente identificativo de un contrato. Por eso, se opina generalmente que en el contrato de compraventa la prestación característica no es el pago del precio, que puede concurrir en muchos contratos de diferente naturaleza, sino la entrega de la cosa. No obstante ello dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Partiendo de tales consideraciones, la Juez «a quo» aplicó al caso enjuiciado la ley española porque el pedido y la entrega de las mercancías tuvo lugar en España, que es el supuesto de hecho que contemplaba la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia de 5 de noviembre de 2003, en que aquélla fundamenta su decisión. Pero en el caso que se enjuicia en la presente no puede llegarse a la misma conclusión, ya que el supuesto es distinto, y, teniendo en cuenta lo expuesto se impone la aplicación de la legislación alemana. En primer lugar, porque si bien es cierto que los pedidos de género los hizo la demandante desde España, también lo es que la oferta de mercadería generadora del pedido y la aceptación del mismo confluyeron en la sede de la demandada en Wilhelmshaven (Alemania), con lo que fue en ésta donde se perfeccionó el contrato por concurso de la oferta y aceptación. En segundo término, porque se ha de entender que la entrega de las mercancías se produjo también en Alemania, pues siendo transportadas las mismas unas veces a portes debidos y otras veces a portes pagados, pero posteriormente cargados en factura a la actora, como así se infiere de la abundante documental obrante en autos, la conclusión a extraer no puede ser otra que la de que los portes fueron a cargo de la compradora-demandante, debiendo presumirse entonces que la entrega de la mercancía fue en el domicilio del vendedor, dado que fueron transportadas a cuenta y riesgo del comprador, como así reiteradamente tiene dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...]. En tercer lugar, porque a efectos de determinar la prestación característica, desde el punto de vista, ya no jurídico, sino económico, el prestador característico es la parte contractual productiva. Y finalmente, porque ejercitada una acción de resolución contractual de una compraventa de mercaderías por vicios ocultos o inhabilidad de las mismas, la lógica jurídica impone que los plazos de prescripción de la acción resolutoria sean los del país que entrega la mercancía [...].

Nota. 1. Ante el JPI núm. 14 de Valencia, una sociedad española, *Quilinox SL*, ejercita una acción de resolución de un contrato de compraventa y reclamación del precio pagado por la mercancía, que a su juicio presentaba defectos que la hacían inhábil para su destino. La demandada, *Gulbinax Messtechnik GMBH*, sociedad alemana, opone la excepción de prescripción y se defiende sobre el fondo. En primera instancia la prescripción es rechazada en aplicación de la ley española, pero la demanda se desestima porque la documentación aportada por la actora presenta contradicciones y no prueba la identidad ni la cantidad de las mercancías a la que se refiere la acción resolutoria. En apelación, la AP acoge la excepción, porque entiende que la ley

aplicable al contrato es la alemana (que invoca y prueba la demandada). Ciertamente, si el contrato se rige por el Derecho alemán, la acción ha prescrito cuando se ejercita, ya que el § 195 BGB dispone un plazo ordinario de tres años; pero si se rige por el Derecho español, el plazo es de quince años (art. 1.964 CC), de forma que la excepción debe ser desestimada y la procedencia de la acción resolutoria, valorada.

Resulta clave, por tanto, determinar las normas aplicables al contrato. Y debe hacerse con arreglo a dos instrumentos: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante CV 80) (§ 2) y el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR 80) (§ 3).

2. La AP afirma la aplicabilidad de la CV 80 por tratarse de una compraventa «realizada entre España y Alemania», pero si es aplicable [ex art. 1.1.a)] es porque *ambas partes contratantes* están establecidas en Estados contratantes, y porque no la han excluido (ex art. 6 CV 80). Así, no resolver las cuestiones controvertidas con arreglo a los arts. 35 y ss. CV 80 merecería una mayor explicación. No cabe limitarse a añadir que el contrato se rige «... en cuanto a las obligaciones y derechos derivados del contrato también por el Convenio de Roma...». Lo cierto es que, con carácter previo a la cuestión de la conformidad de las mercancías, hay que resolver sobre la prescripción, y a este respecto, la razón para no aplicar la CV 80 es sabida y simple: no la regula. Y no lo hace porque en el momento de su aprobación ya existía otro instrumento: la Convención de Nueva York de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (CNY 74). Esta última no está en vigor ni en Alemania ni en España, pero hubiese podido ser aplicable si la ley aplicable al contrato hubiese sido la de un Estado contratante (véase art. 3 CNY 74). Resulta clave, por tanto, determinar qué ley estatal regula las cuestiones —como la prescripción— que la CV 80 no aborda. Pero antes cabe insistir en que la CV 80 contiene el régimen aplicable a este contrato en lo referente a su formación, y a los derechos y obligaciones de las partes.

3. En este supuesto, la CR 80 determina la *lex contractus*, porque el contrato se celebró antes del 17 de diciembre de 2009, de forma que el Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) no se aplica (art. 28 RRI). De haberse aplicado, la *lex contractus* habría sido la alemana, en tanto que ley de la residencia habitual del vendedor [art. 4.1.a) RRI], y sólo la cláusula de escape permitiría aplicar otra, más vinculada (art. 4.3 RRI). Que en este caso la *lex contractus* coincida con la ley que declara aplicable el CR 80, esto es, la ley más vinculada con el contrato (art. 4.1 CR 80), que, en principio, es la de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 CR 80), no sorprende: el RRI ha querido disponer normas de conflicto que determinan directamente la ley aplicable a determinados contratos, como el de compraventa, con vistas a ganar seguridad jurídica y previsibilidad (considerando 16 RRI), pero la política legislativa subyacente no ha cambiado. La solución del art. 4.1.a) RRI se explica porque en una compraventa resulta indiscutido que la prestación característica es la que realiza el vendedor.

La sentencia de la AP revela, sin embargo, que aún no se ha comprendido el concepto de «prestación característica». Y resulta importante, porque se sigue aplicando a los contratos que aún regula la CR 80, pero también a los que rige el RRI, si no están contemplados específicamente en los tipos contractuales del art. 4.1 RRI (véase art. 4.2 RRI).

La doctrina de la AP de Vizcaya, que aplicó el JPI, según relata la AP de Valencia, resulta errada, porque determina la prestación característica en función de los vínculos que, en el caso, presenta el contrato. No es este el modo correcto de proceder. La

prestación característica, como bien señala la AP de Valencia, es la «obligación del contrato que define o caracteriza *el tipo de contrato* y desvela su función económica y jurídica» (la cursiva es mía). Puede que en algunos contratos no sea fácil de identificar, pero en *todo* contrato de compraventa la prestación característica se identifica con la obligación de entrega, al margen de los vínculos que el contrato en particular presente con unos u otros países. Así, tanto en el CR 80 como en el RRI, la ley aplicable a un contrato de compraventa es, en principio, la de país donde tiene su residencia habitual el vendedor (en el caso, Alemania). Posteriormente intervendrá el correctivo funcional de la cláusula de escape si se advierte que de las circunstancias claramente se desprende existe otra ley manifiestamente más vinculada con el contrato. Y es en este punto —y no al determinar cuál sea la prestación característica— cuando cabe tomar en consideración esas circunstancias, esto es, extremos que se desprenden de la relación contractual, como el lugar de entrega de las mercancías, de celebración del contrato, o de pago.

Así, la AP da una respuesta más adecuada que el JPI a la cuestión de la ley aplicable a la prescripción (es la alemana), pero no acaba de acertar en todos los puntos de su argumentación, por tres motivos principales. Primero, porque también comete el error de la doctrina de la AP de Vizcaya: para la determinación de la prestación característica busca precisar las conexiones del contrato en particular con un país u otro. Segundo, porque al definir los elementos jurídicos de estas conexiones (lugar y momento de la celebración del contrato, lugar de entrega de las mercancías) prescinde de la normativa que resultaría aplicable, esto es, la CV 1980 (véase *supra* § 2). Finalmente, porque parece inventar una norma de conflicto cuando afirma que «la lógica jurídica impone que los plazos de prescripción de la acción resolutoria sean los del país que entrega la mercancía». Cabe, a este respecto, preguntarse, si, a juicio de la AP, hubiese cambiado algo el hecho de que se hubiese acordado la entrega en el establecimiento del comprador.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
Universidad Complutense de Madrid

3.4. Sucesiones internacionales

2014-30-Pr

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—Causante de nacionalidad marroquí y confesión judía.—Reclamación de legado de deuda.—Aplicabilidad de la ley nacional del difunto.—Remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal.—Reenvío de retorno: imposibilidad.—Orden público: improcedencia.—Desestimación de la demanda por falta de prueba del Derecho extranjero.

Preceptos aplicados: arts. 9.8, 12.2, 12.3, 12.5 y 12.6.II (*sic*) CC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a) núm. 391/2013, de 27 de septiembre. Ponente: Fernando Delgado Rodríguez.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/5518.

Hemos de partir de la base que la ley aplicable a la sucesión es la nacional del causante, puesto que el art. 9.8 CC es [en este extremo] terminante [...]. El artículo 12.5 del

Código civil español establece que «Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el cual coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación de lo que es aplicable entre éstos se debe hacer de conformidad con la legislación de dicho Estado». En este caso, según la cláusula segunda del testamento abierto enjuiciado, la remisión en materia de sucesión testada es a la ley hebraica reconocida en Marruecos, por lo que no hay conflicto de leyes, al ser de preferente aplicación la ley hebraica reconocida en Marruecos, sobre la española, sin perjuicio de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en España [...]. Esta solución se ampara, además, en otros tres argumentos. Primero, el Derecho español [es el] más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar. Segundo, el principio que establece el artículo 12.5 del Código civil español es aceptado de manera general en materia de derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales [...], y [tercero,] está claro que [el] vínculo más efectivo [del testador con una de las legislaciones que componen el sistema] es con la legislación española. No obstante, en esta compleja materia sucesoria con tantos intereses implicados, la jurisprudencia [del TS] marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria [...]. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio [...]; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad.

Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante, y mientras que no se demuestre que es contraria al orden público español se rige por su ley nacional, es decir, por la legislación hebraica que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes, que profesen la religión hebrea. Y, en consecuencia, procede confirmar la desestimación de la demanda, teniéndose por reproducidos los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, que son afines a la doctrina del Tribunal Supremo [...], [que] adaptamos al presente supuesto de hecho, del modo siguiente: En primer lugar porque no puede en España aplicarse de oficio, ni a instancia de parte, la ley extranjera, más aún de carácter religioso, cuando —como en este caso— no se acredita de forma suficiente [...]. No es bastante, en segundo término, a la vista del art. 12 del Código Civil, para «acreditar el contenido» del derecho hebraico relativo a ciudadanos marroquíes en la materia de sucesiones el certificado de 27 de febrero de 2008 del Rabinato de la Comunidad Judía de Madrid [...]. Aparte de ello no se acredita, como era necesario, tampoco «la vigencia del Derecho extranjero, como exige el citado art. 12 [...]». En tercer lugar, la norma aplicada por la sentencia recurrida [...], se refiere a una institución sucesoria, como el legado, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho, que impediría la aplicación del Derecho extranjero que no haya sido debidamente acreditado (art. 12, apartado 3.º del Código Civil), ni por tanto puede determinarse si es opuesto al vigente en España si hubiera que aplicar al caso discutido el expresado art. 12.3 [...], como podría suceder si se acuerda una sucesión hereditaria, cualquiera que sea su clase, sin ordenar que antes de ser asumida se deduzcan las deudas que pesaban sobre el causante por haberlas contraído el mismo [...].

Nota. 1. Motiva el presente comentario una decisión, sin pies ni cabeza, que pone de relieve algunos de los principales defectos —de diseño y de funcionamiento— del sistema español de DIPr. Por una parte, muestra la habitual poca familiaridad de los jueces con los resortes técnicos de nuestra disciplina [sobre sus causas y perspectivas de posible mejora, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), de 1 de junio de 2011», *REDI*, 2012-11-Pr]; por

la otra, pone en evidencia, una vez más, las distorsiones que provoca en la práctica judicial la poca claridad con que, en nuestro DIPr, se define la incorporación al proceso de las normas extranjeras que, por prescripción de la norma de conflicto, tendrían que resolver una *litis* de naturaleza transfronteriza. Dejando esta cuestión para el final, abordaremos previamente otros problemas con los que se ha encontrado la AP de Madrid.

2. Antes de nada, sin embargo, es preciso relatar brevemente la historia del caso. Para entenderlo cabalmente, es indispensable una lectura de la Sentencia (196/2012, de 1 de septiembre) del JPI (núm. 39 de Madrid), a la que hemos tenido acceso. De ella, se colige que el litigio enfrenta a los presuntos legatarios de un ciudadano marroquí de confesión judía con los herederos del mismo. El causante fallece en España, en 1997, luego de un largo periodo de residencia en nuestro país. En 1975, había otorgado ante notario español un testamento [cuyas cláusulas iniciales rezan: «Primera.—Declara que es de nacionalidad marroquí y de raza y religión hebrea, en el seno de cuya religión ha nacido, vivido y espera con favor de Dios perseverar y morir. Segunda.—Manifiesta que es natural de Casablanca, del Reino de Marruecos, y que por tanto y por conservar la nacionalidad marroquí está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al derecho sucesorio, por remisión de la misma al derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes»] en el que había instituido herederos universales por partes iguales a sus hijos, pero en el que asimismo había legado a su madre y a sus hermanos, por partes iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento de los bienes inmuebles que poseía al tiempo de su matrimonio, celebrado en 1973, por haberlos adquirido con capital familiar. Abierta la sucesión, los pretendidos legatarios reclaman que se declare judicialmente la existencia del legado o, subsidiariamente, de la deuda contraída por el difunto. En el fallo, se desestima la demanda por «la falta absoluta de prueba del contenido del derecho aplicable» (FJ 1.º *in fine*); veredicto que es confirmado en apelación.

3. De las diversas cuestiones que suscita el caso, hay una que destaca por encima del resto: si el Derecho extranjero hubiera sido debidamente acreditado, estaríamos —pues no nos consta lo contrario— ante la primera ocasión en que los tribunales españoles habrían tenido que vérselas con un supuesto de remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal. Tenemos —mala— experiencia en la aplicación —o, mejor dicho, inaplicación— del art. 12.5 CC en remisiones a legislaciones de Estados en los que, por mor de su organización territorial, conviven distintas normativas civiles. En nuestra jurisprudencia, el problema —si se detecta— se resuelve mediante «una remisión directa inconsciente», que es sorprendente, porque se emplea «cuando el criterio de localización es la nacionalidad, sin [...] justificar ni detallar cuál es la conexión subsidiaria utilizada ni por qué se ha utilizado» [SÁNCHEZ LORENZO, S., «Art. 12, apartado 5», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2.º, *Arts. 8 a 16 del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 959]. Para tener presente este modo de proceder, baste recordar, por ejemplo, la STS de 15 de noviembre de 1996 (*Lowenthal*, en la que parece tomarse en cuenta el lugar de origen del causante) o la STS de 30 de abril de 2008 (*O'Brien*, en la que se recurre al último domicilio del finado). En el caso que nos ocupa, la situación es sustancialmente distinta, porque el art. 9.8 CC remite a un ordenamiento jurídico, el marroquí, en el que tiene cabida un Derecho, el mosaico, cuya aplicación no depende de un criterio susceptible de concreción territorial sino de uno de naturaleza personal —la pertenencia del sujeto a la comunidad israelita— imposible de localizar espacialmente. En un escenario como éste, el art. 12.5 puede mostrar sus

mejores virtudes, pues el sistema de remisión indirecta que contiene permite superar la incapacidad de la conexión nacionalidad para determinar directamente cuál de los derechos del ordenamiento plurilegislativo extranjero —de implantación territorial o, como ocurre aquí, personal— es el aplicable. Por otra parte, el principal inconveniente de la remisión indirecta —que la *lex causae* carezca de reglas para solucionar los conflictos internos—, no concurre en el supuesto examinado, ya que el Código de Familia marroquí de 2004 dispone de un precepto —el art. 2 *in fine*— que indica que «[l]os judíos marroquíes están sujetos a las normas del Estatuto Personal Hebreo» (versión española tomada de QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, tomo I, *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51).

4. A diferencia de la SJPI —en la que el reenvío no aparece—, la SAP entra a discutir la conveniencia de su admisión. La única explicación lógica de por qué, en segunda instancia, surge la cuestión es la de que, al ver inicialmente desestimada su demanda por falta de prueba del Derecho extranjero, los actores aducen, en apelación, la innecesariedad de tal prueba al ser aplicable al fondo de la controversia la ley española en virtud del reenvío de retorno que el sistema conflictual marroquí hace a nuestro Derecho material. Los recurrentes olvidan que, si este hubiera sido el caso, les correspondía a ellos la acreditación de la existencia, el contenido y la vigencia de la norma de conflicto marroquí que restituía la competencia legislativa al Derecho español (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 7.ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 175). En vez de hacer notar a los apelantes esta incoherencia, la AP de Madrid se pierde en insustanciales divagaciones sobre la universalidad de la herencia y la armonía de soluciones que demuestran una mala digestión de la doctrina del TS al respecto. Y eso que la AP podía haber esgrimido sólidos argumentos para descartar el juego del reenvío en este supuesto. En primer término, podía haber alegado que, si bien el DIPr español no admite una *professio iuris* como la incluida en el testamento litigioso, el reenvío no debería operar en casos de sucesión testada conforme a la ley nacional del causante [VIRGÓS SORIANO, M., «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XLII (2004), pp. 204-208]. En segundo lugar, podía haber hecho hincapié en que, en los ordenamientos plurilegislativos erigidos sobre la base del estatuto personal, la exclusión del reenvío es consustancial a su idiosincrasia [para los países islámicos, véase DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cours*, tomo 211 (1988-IV), p. 96], aunque esta idea podría matizarse cuando el Estado de que se trate haya asumido la competencia legislativa —tanto en la vertiente material como en la conflictual— para los diversos grupos de población que se integran en él (PARISOT, V., *Les conflits internes de lois*, vol. II, París, IRJS Éditions, 2013, p. 2218). Por último, incluso en la hipótesis de que Marruecos hubiera codificado su DIPr en esta línea —que no lo ha hecho—, podía haberse observado algo tan sencillo como que, para que cupiera hablar de reenvío, el punto de conexión de la norma de conflicto marroquí relativa a las sucesiones habría de ser diferente del empleado por la regla española equivalente [BOUZA VIDAL, N., «Art. 12, apartado 2», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *op. cit.*, p. 881]; condición que no se cumple, ya que el *Dahir* de 1913 —que es la fuente primordial del DIPr marroquí— se sirve, en su art. 18, de la nacionalidad del *de cuius* para designar la *lex successionis* [SEFRIQUI, H., «Rapport National Maroc», *Notarius International*, 10 (2005/1-2), pp. 46-47], al igual que hace el art. 9.8 CC.

5. Proclive a «amontonar» los argumentos [ARENAS GARCÍA, R., «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), de 10 de julio de 2000»,

REDI, 2001-3-Pr], la AP de Madrid aduce que un Derecho, como el de los hebreos marroquíes, que permitiera el pago de los legados sin la previa satisfacción de las deudas del causante podría contrariar el orden público español. Cabe hacer dos objeciones al respecto: primera, resulta difícilmente imaginable una normativa que no se ajuste a una pauta sucesoria tan universal como es la de la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios; con más razón, cuando estamos ante una regulación, la propia de los judíos de la mitad norte de Marruecos —lugar de origen del difunto—, muy influida por el Derecho castellano (SEFRIQUI, H., *loc. cit.*, pp. 43-44); segunda, toda vulneración de un principio esencial del foro pasaría siempre por la acreditación en el proceso del contenido intolerable del Derecho extranjero, circunstancia que aquí no se ha producido.

6. La desestimación de la demanda por parte del JPI se debe, como se ha dicho, a la falta de prueba de la legislación extranjera por parte de los actores (los demandados, en cambio, sí que intentan sin éxito acreditarla). En su resolución confirmatoria, salvo la reiterada y chocante alusión al art. 12.6.II CC, la AP no añade nada digno de reseña. No entraremos ahora a analizar cuál es la mejor manera de solventar déficits probatorios de este tipo, porque es un debate muy bien delimitado (sobre las diferentes soluciones, con sus ventajas y desventajas, véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520-521) y los actuales mimbres legales y jurisprudenciales no dan para mucho más. Sí que queremos, en cambio, hacer unas reflexiones sobre el tema al hilo del caso que estamos anotando. ¿Tiene sentido que, en un litigio como el que nos incumbe, se desestime la demanda por no haberse aportado a la causa el Derecho extranjero competente cuando el testador —aun sin gozar de autonomía conflictual para ello— ha dejado meridianamente claro —también a sus sucesores, potenciales litigantes— cuál es la legislación que ha tenido en mente a la hora de otorgar sus últimas voluntades, deseando que rija la transmisión *mortis causa* de su patrimonio? ¿Es lógico que, en un pleito en el que cuando menos una de las partes se ha esforzado por acreditar el Derecho aplicable, el juez, que no ha ayudado en nada —más bien todo lo contrario—, se incline por desestimar la demanda sobre la base de la falta de prueba? Se ha afirmado con razón que, en estos supuestos, la desestimación de la demanda es más un reproche a un comportamiento procesal poco diligente de las partes que una respuesta sobre el fondo de sus pretensiones (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional», *REDI*, 2002-1, pp. 220-221). Ahora bien, convendría añadir que, en determinadas circunstancias, la sanción impuesta puede acabar resultando asumible dado su carácter temporal. Imaginemos que, por ignorancia o por conveniencia, los abogados de la parte actora de nuestro caso deciden no aportar la ley que —por voluntad del causante y por indicación de la norma de conflicto— tiene que disciplinar la sucesión, ¿qué es a lo que se exponen con su inidónea conducta procesal? Se arriesgan a que su demanda sea *en principio* desestimada. Pero supongamos que los letrados saben que, a pesar de este contratiempo, si recurren todas las decisiones y el asunto llega al TS —como al parecer aquí ha sucedido—, el Alto Tribunal fallará de conformidad con el Derecho español, que es lo que pretendían desde el inicio. Ciertamente, el pleito habrá sido largo y oneroso, pero ellos habrán conseguido su propósito de eludir la aplicación del Derecho extranjero competente, poniendo nuevamente de manifiesto la principal falla de nuestro sistema de DIPr. En las conclusiones del trabajo anteriormente citado, se reclamaba una clarificación legal (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, pp. 222-223), pero, desde entonces, ha transcurrido más de una década y todo sigue igual. Aunque tal vez no por mucho tiempo, porque hay indicios de que se acercan cambios. Por un lado,

el art. 33.3 del reciente Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil establece que «[e]n aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». No obstante, esta aplicación supletoria de nuestra legislación, prevista con carácter potestativo, no parece que vaya a modificar sensiblemente los hábitos judiciales, pues los tribunales ya la ponen usualmente en práctica. Por otro lado, de mucha mayor trascendencia es la iniciativa científica encaminada a que la Unión Europea se dote para la Parte General del DIPr de unas reglas uniformes, las cuales deberían, sin duda, abordar la cuestión de la alegación y prueba del Derecho extranjero, decantándose por una solución que acabe dejando en manos del juez la inexcusable determinación del contenido de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto [KIENINGER. E.-M., «Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts», en LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 499]. De la suerte que corra este instrumento comunitario, hoy embrionario, puede depender que, en un futuro cercano, no nos volvamos a topar con casos como el que está en el origen de estas páginas.

Josep M. FONTANELLAS MORELL*
 Universidad de Lleida

2014-31-Pr

SUCESIÓN TESTAMENTARIA.—Escritura de manifestación y adjudicación de herencia.—Impugnación.—Derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite.—Preterición.—Sujeción a los propios actos.

Preceptos aplicados: arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 12, 13, 814, 816, 837, 838 y 851 CC.

Sentencia TS (Sala 1.^a) núm. 624/2013 de 28 abril de 2014. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2014/2795

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los arts. 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, (STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012), pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

misma forma que la aceptación o conformidad prestada, en su momento, en la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo, el 25 de julio de 2006, no condiciona o desacredita el «interés jurídicamente atendible» de la pretensión ejercitada, máxime cuando se sustenta en la correcta aplicación de una regla imperativa dispuesta por la norma y, en donde, por lo demás, la parte recurrente resulta totalmente ajena a la causa de nulidad observada (STS de 29 de octubre de 2012, núm. 619/2012).

Nota. 1. Cuando ya suena la marcha atrás que convertirá al art. 9.8 CC en una regla con un ámbito reducido a las sucesiones interregionales, el TS nos obsequia con una sentencia que, si no plena por su enjundia —la solución jurídica es simple—, sí resulta atractiva por su supuesto de hecho y, cómo no, por la oportunidad que nos da de comparar la solución con la que se hubiese dado y se dará en su momento por el Reglamento 650/2012, aplicable a las sucesiones de causantes que fallezcan tras el 17 de agosto de 2015 o más tarde.

El supuesto es sencillo de describir, incluso con sus matices. El causante italiano con última residencia habitual en España hizo testamento en 1973 instituyendo sus herederos universales a sus dos hermanos; contrajo matrimonio en 2004, con capitulaciones matrimoniales en las que se eligió el Derecho común como rector de las mismas y el régimen de separación de bienes como régimen económico del matrimonio. Son hechos probados que la escritura de manifestación y adjudicación de herencia fue el resultado de un proceso de negociación más o menos largo en el que todos los interesados llegaron a un acuerdo: el cónyuge supérstite, el hermano instituido y las cuatro hijas del otro hermano instituido. La ley aplicable en cuya virtud decidieron realizar escritura de manifestación y adjudicación de la herencia fue la italiana; ley nacional del causante. Con posterioridad, una de las sobrinas plantea demanda para que se declare la nulidad de la escritura y se reintegre al caudal hereditario la totalidad de los bienes adjudicados para una posterior partición y adjudicación. La razón —la que a nosotros nos interesa— es la vulneración de lo dispuesto en el art. 9.8 *in fine* CC, en cuanto a los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite.

Aunque la estructura del caso es simple, analizaré algunos aspectos interesantes en relación con la ley aplicable a los efectos del matrimonio, así como determinados planteamientos de las partes que invitan a la reflexión, dado que la solución del TS es escueta y acertada en el estricto plano de la interpretación del art. 9.8 CC.

2. Sabemos que una de las dificultades en la aplicación del art. 9.8 *in fine* CC es precisamente determinar el alcance de la remisión a la ley reguladora de «los efectos del matrimonio» [FONTANELLAS MORELL, J. M., «Reflexiones sobre el apartado 3.º del art. 9 del Código Civil», *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, M. T. ARECES PIÑOL (coord.), Granada, Comares, 2009, pp. 355-370] y otra cómo la ratio de la norma decae cuando las partes han hecho uso de su autonomía de la voluntad eligiendo un régimen económico que no es el régimen legal subsidiario previsto por la ley aplicable (ÁLVARIZ GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157). Este supuesto es muy ilustrativo sobre ambos temas. Sobre el primero, para simplificarlo: es uno de esos escasos casos en los que los contrayentes hicieron uso de la facultad que les brinda el art. 9.2, regla 2.ª del CC: «la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio». El día antes de la celebración del matrimonio se pactaron capitulaciones con sometimiento al Derecho común, algo

que, no se sabe con qué finalidad, la viuda demandada trata de negar como elección de la ley española, que no obstante consideraría aplicable por ser la de la primera residencia habitual común de los cónyuges. Ciertamente puede haber diferencias entre que una ley sea aplicable como consecuencia de su elección o como resultado de una determinación objetiva, por ejemplo, a efectos de reenvío o de la operatividad de una cláusula de excepción, pero en este caso concreto, es irrelevante. Sobre el segundo, baste señalar que aunque la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la del CC, cuyo régimen económico legal subsidiario es el de la comunidad de gananciales, en las mismas capitulaciones se pactó el régimen de separación de bienes: ejemplo paradigmático de inadecuación de la adaptación pretendida por el inciso final del art. 9.8 CC: teóricamente —y con todas las salvedades que ahora no es menester realizar— la combinación de un régimen de separación de bienes con unos derechos sucesorios escasos, como es el usufructo de dos tercios de la herencia, es precisamente, uno de los supuestos que se tratan de combatir. Paradójicamente es en este caso, el resultado de la aplicación de la norma.

3. La cuestión sucesoria, una vez constatada la ley aplicable a la sucesión —italiana— y determinada la aplicable a los efectos del matrimonio, española común, debería ser aplicar en sus propios términos la normativa. No obstante, el supuesto plantea interesantes matices. Como se recoge en la sentencia, la herencia fue distribuida de conformidad con la ley italiana de la última nacionalidad del causante. La impugnación bien puede venir dada por el hecho de que los derechos del cónyuge supérstite para un caso como el presente son de la mitad de los bienes del causante en propiedad (art. 540 CC italiano), en vez de los dos tercios en usufructo que le corresponderían de acuerdo con el CC. Parece legítima la pretensión del demandante; en todo caso es comprensible en términos económicos. Sin embargo, el cónyuge supérstite desliza un elemento —que se reserva para el futuro— de singular importancia: su preterición en el testamento del que trae causa la institución de heredero y correspondientes operaciones particionales y sus efectos. Efectivamente, en el testamento nada se dice de los derechos del cónyuge, puesto que tal cónyuge no existía en el momento del otorgamiento. Es una preterición no voluntaria con un tratamiento que podría ser distinto en el CC y en el CC italiano. El cónyuge supérstite desliza de pasada que tanto en el CC como en el CC italiano dicha preterición conllevaría la nulidad de la institución testamentaria y la apertura de la sucesión intestada en la que, por cierto, el cónyuge saldría aún más beneficiado en cualquiera de los dos casos. No parece ser esa la consecuencia ni del art. 814 CC ni del art. 553 CC italiano, pero la verdad es que en términos hipotéticos podría darse una situación en la que ley rectora de los efectos del matrimonio (9.8 *in fine* CC) y ley sucesoria (9.8 CC) llevasen a supuestos diversos. Ello plantea la pregunta sobre la «ley aplicable a la preterición del cónyuge legitimario» por decirlo de una forma gráfica. La respuesta no es fácil. Por un lado, existe una natural vocación de la ley sucesoria para regular los supuestos de preterición o desheredación, como mecanismos típicos de protección de la legítima, ya que también la legítima tiene una vocación natural a ser regulada por la ley sucesoria. Pero por esa misma razón (preterición como mecanismo de protección de la legítima) siendo el cónyuge supérstite legitimario e incluyéndose sus derechos en el ámbito del art. 9.8 *in fine* CC, es la ley allí determinada la que habrá de determinar la existencia y efectos de la preterición del cónyuge respecto de sus derechos. Los derechos del cónyuge supérstite vendrían en un *pack* con sus mecanismos de protección a ellos vinculados. Obviamente, esta es una solución que podría ser operativa en un caso como el que dio lugar a la STS que anotamos, pero que resultaría mucho más compleja en supuestos en los que, por ejemplo, hubiese una doble preterición del cónyuge y de otro legitimario.

El otro aspecto que me resulta interesante es la defensa sobre la base de la doctrina de los actos propios: la demandante había participado en la escritura que impugna y además habría dispuesto de parte de los bienes a ella adjudicados. El TS ventila la objeción en el párrafo transcrito sobre la base de la comprensión doméstica (jurisprudencia sobre casos internos y ni siquiera sucesorios) de dicha doctrina: pienso que lo correcto hubiera sido acudir a la ley sucesoria italiana para saber el alcance de dichos actos propios.

4. Por último, resulta interesante contrastar la solución del TS con la prevista por el Reglamento 650/2012. En términos de normativa aplicable, la ley sucesoria sería la española, en calidad de ley de la última residencia habitual del causante (art. 21.1 del Reglamento), siendo ésta aplicable en su integridad a la totalidad de la herencia sin que cupiese realizar ninguna matización sobre los derechos sucesorios del cónyuge superviviente como algo distinto. Los datos del caso parecen conducir también a la aplicación del Derecho común [art. 36.2.a) del Reglamento], dado que el causante tuvo su última residencia habitual en Benalmádena (Málaga). Esta solución no se vería comprometida por la existencia de una ley más estrechamente vinculada (art. 21.2 del Reglamento) pues tanto la duración de la residencia cuanto la localización de la totalidad de los bienes de la herencia conducen a España. La única salvedad a esta solución pasaría por estudiar si en el testamento se elegía la ley italiana (algo improbable por la fecha y el lugar donde presuntamente pudo otorgarse: dicen los hechos que el causante vivió «desde sus primeros años en Benalmádena, donde desarrolló toda su actividad personal y empresarial») o resultaba de forma cierta del testamento una tal elección (mención de preceptos del CC italiano, mención de instituciones típicas y exclusivas de la ley italiana...). Curiosamente, para este cónyuge superviviente Reglamento y CC llegarían a la misma solución en este caso.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*
Universidad de Santiago de Compostela

3.5. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado

2014-32-Pr

PLURILEGISLACIÓN CIVIL.—PAREJAS DE HECHO.—Pensión de viudedad.—Ley aplicable.—Efectos privados y públicos.—Vecindad civil.

Preceptos aplicados: art. 174.3 LGSS, art. 14 CE y art. 149.1.17CE.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 40/2014, de 11 de marzo. Pleno.
Presidente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

F.: BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014.

El día 15 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 14 de diciembre de 2011 por el que se acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2013-43391-R, financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el FEDER.

con el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante, LGSS), por posible vulneración del art. 14 CE. [...]

Fallo: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, Por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, Ha decidido [...]

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6.

Nota. 1. Nos hallamos ante una Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que hace frente a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 932-2012 promovida por la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo (TS), con relación al párr. 5.º del art. 174.3 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), por posible vulneración del art. 14 de la Constitución. La cuestión gira en torno a si la regulación en él contenida respeta el principio de igualdad en cuanto establece para las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, por vía de remisión a su legislación específica, una regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho que difiere de la regla general. Y es que la LGSS establece dos regímenes distintos. Con carácter general reconoce la pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten por certificado de empadronamiento la convivencia estable y notoria de cinco años antes del fallecimiento de uno de ellos. Además la existencia de la pareja de hecho deberá acreditarse mediante certificado de inscripción en alguno de los registros específicos creados al efecto por Ayuntamientos o Comunidades Autónomas o en documento público; formalización que debe haberse realizado con una antelación de dos años respecto a la fecha de fallecimiento. Y con carácter particular excepciona dicho régimen estipulando, en el controvertido párrafo quinto del art. 174, que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumplido el requisito de la convivencia, la consideración de la pareja de hecho y su acreditación se llevará acabo conforme a su legislación específica. Y aquí surge el problema. La pluralidad normativa existente en materia de parejas de hecho, la diversidad que presenta dicha normativa en cuanto a los requisitos para su constitución y los distintos criterios de aplicación utilizados por las legislaciones de las Comunidades Autónomas, comportan la posibilidad de que, en función de la excepción contenida en la norma estatal, la concesión de la prestación dependa de qué ley se aplique a la consideración y acreditación de la pareja ¿y ello no es contrario al principio de igualdad, unidad y universalidad inherente al sistema público y estatal de Seguridad Social?

2. Los antecedentes de hecho que llevan al TS a promover la mencionada cuestión giran en torno a una demanda de reclamación de pensión de viudedad promovida por doña A. P. por fallecimiento de su pareja. Denegada la solicitud de la pensión por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, desestimada la demanda posterior de la interesada ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón y desestimado el recurso de suplicación interpuesto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, llega al TS en forma de recurso de casación para la unificación de doctrina. La actora reside en Asturias y cumple el requisito material (la convivencia), exigido por la LGSS para lucrar la pensión, pero no el formal, pues no consta su inscripción como pareja en ningún registro ni en documento público. Esta es la razón por la que se le deniega la pensión en instancia. El debate entonces pasa a centrarse en la potencial aplicación de la Ley de parejas estables de Asturias 4/2002

en vez del régimen general, en lo que a la consideración y acreditación de la pareja se refiere. Si así fuera, tal y como demanda la actora, el resultado sería el contrario y sí se le hubiera concedido la pensión. La Ley asturiana no exige la inscripción de la pareja en ningún registro especial e integra dentro de su ámbito de aplicación a todas las parejas que demuestren convivencia marital por un periodo mínimo de un año, pudiendo ser acreditada esa convivencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Pero para que esta aplicación sea posible debemos integrar el Principado de Asturias en la excepción del párr. 5.º del art. 174.3 LGSS y considerarlo dentro de aquellas Comunidades Autónomas que tienen Derecho civil propio, lo que añade un nuevo componente al debate. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia asturiano no está de acuerdo con tal posibilidad aunque cuenta con un voto particular que parte de lo contrario; contingencia que motiva al TS a plantear la cuestión de constitucionalidad.

3. El alto Tribunal considera que carece de sentido que la aplicación de una ley autonómica de parejas de hecho dependa de que la Comunidad Autónoma tenga Derecho civil, foral o especial propio, y que la distinción que la LGSS efectúa produce una desigualdad en el régimen jurídico de la pensión de viudedad. En el supuesto de que las legislaciones específicas de las mencionadas Comunidades Autónomas prevean requisitos menos exigentes para constituir pareja de hecho que los que estipula la LGSS (como sucede por ejemplo con la aragonesa) se puede producir una diferencia de trato entre los residentes en una Comunidad u otra que, dice, carece de justificación. La LGSS no regula las parejas de hecho, ni pertenece al ámbito de la legislación civil sino que se trata de una norma de Seguridad Social que debe garantizar el principio de igualdad. Las parejas de hecho son objeto de una doble regulación y de dos regímenes distintos supeditados a los efectos públicos o privados de su relación. Y en función de esta diferenciación deberíamos separarlos para vincularlos a unos criterios de aplicación u otros sin mezclarlos. Así como tenemos claro que no podemos subordinar las consecuencias de su existencia en materia de Derecho civil, o los efectos privados de su relación, a la sola inscripción en un Registro público; también deberíamos procurar no sujetar los derechos y obligaciones de carácter público de la relación a criterios de Derecho privado. Ello podría limitar enormemente los beneficios sociales jurídico-públicos a quienes, cumpliendo con los requisitos de pareja de hecho, también les sea aplicable el Derecho civil foral o especial, es decir aquellos que ostenten vecindad civil foral o especial (art. 16 CC): (véase MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. y FOTINOPULOS, O., «La pensión de viudedad y las parejas de hecho», *Revista de Derecho Social* núm. 48, 2009, pp. 185-217). En consecuencia el TS solicita la nulidad de dicha excepción, y plantea la subsistencia del régimen general para conceder la pensión; o en su caso, la eliminación de la alusión que la LGSS hace a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, pero dejando abierta la posibilidad de que la acreditación de las parejas de hecho se someta a las distintas leyes autonómicas de parejas de hecho en consecuencia con el principio de autonomía política.

4. El Abogado del Estado y el Fiscal general del Estado son de la opinión de que la cuestión debía ser desestimada. El primero porque entiende que el legislador básico también tiene que tener en cuenta la coexistencia de diversos Derechos civiles forales o especiales; el segundo por cuestiones de fondo y forma, puesto que no cree que el precepto cuestionado sea aplicable al caso y que la vía adecuada sea la del recurso de inconstitucionalidad. Por su parte la letrada de la Administración de la Seguridad Social se ampara en el principio de autonomía política junto a la competencia del art. 149.1.8 CE de las Comunidades Autónomas para desarrollar la legislación relativa

al estado civil de las personas en defensa de lo establecido en la norma. Sin embargo para el Tribunal Constitucional la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, como es la pensión de viudedad, «constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex art. 149.1.17* y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura [...]», de tal manera que debe fijar de un modo uniforme los requisitos de acceso a la pensión. Según el mismo, la postura contraria no supera el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, que salvaguardaría la diferencia de trato. Y tampoco podemos ligar tal diferenciación a la competencia autonómica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, porque, como bien dice, la excepción que estipula el precepto no está vinculada a la competencia para conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles forales o especiales, sino con la existencia de una regulación específica en materia de parejas de hecho que también tienen otras Comunidades Autónomas que no gozan de la competencia reconocida en el art. 149.1.8 CE. El precepto cuestionado no tiene relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho privado sino que regula los requisitos para acceder a una prestación pública y lo contrario conllevaría a introducir diversidad en un ámbito donde el sustrato de igualdad en todo el territorio deriva del art. 14 CE en relación con el 149.1.17 CE. En función de lo cual estima la cuestión de inconstitucionalidad.

5. A pesar de ello, no existe unanimidad en este planteamiento, y al fallo general le sigue un voto particular formulado por los Magistrados Roca Trías y Xiol Ríos que difiere de la postura mayoritaria y considera que debería haberse desestimando la cuestión. Por un lado por cuanto el Principado de Asturias no es una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio y de limitar la declaración de inconstitucionalidad al párrafo quinto, la norma asturiana sería aplicable al proceso *a quo*. Por otro, con la configuración plural del ordenamiento civil español como justificación, concluye que la remisión efectuada a la legislación específica de las Comunidades de Derecho civil no produce desigualdad «puesto que se remite al estatuto jurídico de la pareja de hecho aplicable según su vecindad civil». Desde el punto de vista competencial defiende que las reglas sobre la constitución y acreditación de las parejas de hecho son encuadrables en las reglas de Derecho privado, y, según las normas de conflicto establecidas, para saber cuándo existe una pareja de hecho «deberá aplicarse la regla autonómica que determina su estatuto jurídico». Pero no se tiene en cuenta que si así fuera deberíamos exigir a aquellos que quieran someterse al régimen específico de parejas de hecho de aquellas Comunidades con Derecho civil propio (y por tanto a aquellos que soliciten el devengo de la pensión) que ostenten la vecindad civil de dicha Comunidad, que no es lo mismo que la residencia, o que el domicilio o padrón. La sujeción a un Derecho civil u otro de los coexistentes se debe a la vecindad civil (art. 14 CC). De modo que si integramos entre los efectos privados de la relación el devengo de la pensión y lo hacemos depender —en aquellas normas autonómicas de Comunidades con Derecho civil propio— de los requisitos de constitución de las leyes de parejas de hecho, estamos sorteando las normas de conflicto. Se puede dar el caso de que la Ley de pareja de hecho a la que nos remitimos haya optado por un criterio de aplicación distinto a la vecindad (como hace la Ley vasca de parejas de hecho) con lo que haríamos extensible su aplicación y sus efectos privados por la mera residencia. O por el contrario darse la paradoja de que aquellos que no tienen la vecindad civil en el territorio en el que residen no puedan beneficiarse de los efectos jurídicos públicos de su relación. Para ordenar los aspectos de Derecho público entre los que se encuentran la pensión de viudedad,

deberíamos siempre recurrir a criterios de aplicación de carácter territorial y sin embargo para regular sus aspectos civiles, ciertamente la vecindad civil es clave; pero el híbrido que resultaba del párr. 5.º del art. 174.3 LGSS no se sostiene desde ningún punto de vista.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI
Universidad de Deusto

2014-33-Pr

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.—Ley aplicable.—Simulada adquisición de una vecindad civil conforme a la que se modifica testamento anterior.—Fraude a la ley.

Preceptos aplicados: arts. 6.4, 14 y 15 del Código Civil.

Sentencia de la AP de La Rioja (Sección 1.ª) de 7 abril de 2014. Ponente: María del Puy Aramenda Ojer

F.: Aranzadi Westlaw, JUR 2014/136047.

«Don Isidro y su esposa doña Rosalía no estaban vinculados a Navarra ni residieron en Navarra el tiempo exigido por la ley para adquirir la vecindad civil navarra, y sólo formalmente cambiaron de domicilio, manteniendo de facto su residencia en Haro, siendo fraudulenta la adquisición de la vecindad civil navarra, con la finalidad de poder, como hicieron, otorgar testamento conforme a las normas de derecho foral eludiendo la aplicación de las normas de de derecho común en claro perjuicio de los derechos legítimos de sus hijas [...].»

Nos encontramos con un matrimonio, que nacidos y habiendo residido siempre en La Rioja, y sin ostentar relaciones mercantiles, comerciales, o familiares en Navarra, de pronto, con 65 años don Isidro y 64 años doña Rosalía, deciden no solo trasladar su residencia a Navarra, sino adquirir la vecindad foral Navarra, sin ninguna explicación ni motivo razonable que lo avale».

Nota. 1. La Sentencia de la AP de La Rioja que me sirve de base a la presente nota aborda el singular tema del fraude a la ley en materia de sucesiones, mediante la pretendida manipulación del punto de conexión (vecindad civil) que determina la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en nuestro Derecho interregional (arts. 9.8 y 16.1 CC). Adelanto que el resultado al que llega la Audiencia es aceptable: los (¡diez!) testamentos otorgados por el causante al amparo del Fuero Nuevo de Navarra son ineficaces (nulos y carentes de eficacia alguna, dice la sentencia de instancia) sencillamente porque contradicen lo dispuesto en la ley sucesoria, que no era la navarra, sino el Código Civil, como Derecho común coincidente con la última vecindad civil real del testador —y realmente contrarios a la vecindad civil que siempre ostentó—. El último testamento otorgado conforme a dicho Código es el que disciplina la sucesión.

La Sentencia, como digo, es aceptable a la luz de la detallada relación de hechos probados que desgrana. Damos por cierto que no hubo una real adquisición de la vecindad civil navarra por el causante, pues no se dieron los requisitos exigidos por el art. 14.5-1.º CC («La vecindad civil se adquiere [...] Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad»). Se trató, simplemente, de una simulación en la adquisición de la vecindad civil. Y el matiz es

importante, no por cambiar el sesgo de la respuesta judicial, sino por lo que transpira tanto esta como otras resoluciones que se ocupan del tema. Leemos en la presente que hubo una «fraudulenta la adquisición de la vecindad civil navarra, con la finalidad» de perjudicar los derechos legitimarios de las hijas. A lo largo de la Sentencia se hace reiterada referencia a ese elemento volitivo, intencional, y las malas relaciones existentes entre el testador y su esposa frente a sus hijas. El propósito de esta nota es volver a recordar que en el Derecho interregional español la intención de buscar una ley que conceda una mayor libertad de testar al causante no es en sí misma ni buena ni mala; correlativamente, no lo es el deseo de «reducir» al máximo los derechos (mejor expectativas) de los potenciales legitimarios y, por tanto, ampararse en los mecanismos que el sistema arbitra para cambiar de vecindad civil para alcanzar tales objetivos: es plenamente legítimo cambiar de vecindad civil, cualquiera que sean los motivos del interesado (2). Estas ideas no pueden trasladarse mecánicamente a las situaciones internacionales, pero sí pueden ayudar a plantear el problema en el contexto de la futura aplicación del Reglamento 650/2012 (3).

2. En el caso enjuiciado, la bondad de lo regulado por la ley navarra y lo dispuesto por el CC es la misma, presupuesta su constitucionalidad en ambos casos. El ordenamiento jurídico español no valora como mejor o peor la existencia de una mayor o menor libertad de disposición. Como he señalado en otro lugar [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Legítimas y Derecho interregional», *Tratado de Legítimas*, T. F. TORRES GARCÍA, (coord.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 153-202, pp. 189-192], la combinación de este principio de igualdad entre todos los Derechos civiles españoles y el monopolio para la resolución de los conflictos de leyes (internacionales e interregionales) que ostenta el legislador estatal y que se manifiesta en un sistema único y cerrado imposibilita el fraude de ley, al menos allí donde el instrumento del presunto fraude está estrictamente regulado: este es el caso de la vecindad civil. Cambiar de vecindad civil para acogerse a un determinado régimen de Derecho civil español es, simplemente, una posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico. La idea ni siquiera es nueva o postconstitucional. La SAT de Pamplona, de 22 de noviembre de 1965, rechazó la existencia del fraude a la ley en un supuesto que podríamos considerar paradigático: testamento bajo vecindad civil común, posteriores desavenencias con uno de los legitimarios, adquisición de vecindad civil aragonesa (residencia más declaración en tal sentido) y nuevo testamento días después de dicha declaración. La Audiencia Territorial estableció que «... la causante de las partes litigiosas no cambió el punto de conexión con el fin específico de defraudar... [y] tampoco se aprecian los demás elementos constitutivos de la figura estudiada, porque es evidente que la ley de cobertura tiene la finalidad de proteger este acto; no se dan, según lo dicho, circunstancias anómalas; se adopta la regionalidad para vivir normalmente bajo su imperio; no se producen daños a terceros ni se contradice un principio general del Derecho, ni se vulnera abiertamente una ley...» [GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho internacional privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 140; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «El fraude de ley en el Derecho interregional español», *REDI*, 1966, pp. 40-55, conclusión d) p. 55, sin ser categórico ya advertía de la enorme dificultad de afirmar el fraude a la ley cuando se cumplían palmariamente los requisitos de adquisición de la nueva vecindad civil].

Cambiar de vecindad civil para liberarse de las ataduras de una ley sucesoria (liberarse de legitimarios o reducir el alcance de la legítima) es tan justificado como hacerlo para vivir en una ciudad con vistas al mar. Y sin embargo, el acercamiento judicial al tema carga las tintas sobre la maldad de las intenciones en vez de limitarse a la verificación de la concurrencia de los requisitos legales sobre el cambio de vecindad civil.

La propia sentencia que anotamos no puede dejar de enfatizar que el causante había mentido sobre las razones de su cambio de residencia (presuntamente médicas). Es una justificación en cierta manera *moral* que, paradójicamente, tiene más presencia que la afirmación —jurídica esta— de la plena libertad de la persona para fijar su residencia (FD Cuarto). El sesgo no es exclusivo de esta sentencia. Muy gráfica es la SAP Barcelona de 4 de noviembre de 2003 cuando señala que «...el carácter fraudulento de la opción por una determinada vecindad es incompatible con su consideración como un derecho de la persona siempre que se cumplan los requisitos legales...»; afirmación perfecta, de no acompañarse de «...y más cuando, ha quedado probado que la adquisición de la vecindad navarra no se hizo con la finalidad de desheredar al demandante». Es cierto que la idea que defendiendo comienza a calar poco a poco, pero no acaba de afirmarse con contundencia: «la adquisición de una vecindad civil diferente a la común no tiene porque entrañar siempre un fraude de Ley, en perjuicio de las expectativas jurídicas —no derechos de una persona—, deberá probarse el fraude en cada caso, y en principio no lo habrá cuando se cumplan las condiciones legales establecidas para adquirir la vecindad civil foral» (SAP Lugo de 12 de noviembre de 2009, AC 2010/48). Efectivamente, no lo hay; sin más, y sobra el «en principio».

La STS de 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4445) va en esta misma dirección, también en el sentido de seguir sin liberarse de ese elemento subjetivo, intencional, tan perturbador. Su FD 7.º parece lanzar un claro principio: «La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante». Un mero espejismo que choca frontalmente con otra afirmación de la misma sentencia en la que se asume que el real cambio de vecindad civil implicará fraude a la ley cuando «persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable». Vuelvo a repetir que si existe una real adquisición de una nueva vecindad civil cumpliendo todos los requisitos legales, la intención sobra. Cosa distinta es que, como en el caso de la sentencia anotada, tal adquisición no se haya producido más que de forma aparente.

Quede constancia de que la postura hasta aquí mantenida no se extiende necesariamente a los supuestos en los que se hayan otorgado pactos sucesorios (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *cit.*, p. 192, nota 142).

3. En una sucesión internacional los presupuestos cambian y consecuentemente la conclusión no puede ser la misma: el principio de igualdad entre todas las leyes potencialmente aplicables no es más que un desiderátum formal propio a una visión internacionalista del DIPr de épocas pretéritas. Sin embargo, creo que la futura regulación del Reglamento 650/2012 no es proclive a la concurrencia de fraude. Es verdad que su Considerando 26 se señala que «Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado». Una llamada a tener en cuenta un tradicional ilícito atípico en materia de sucesiones. Sin embargo, las soluciones particulares sobre determinación de la ley aplicable, los puntos de conexión utilizados, no favorecen la concurrencia del fraude. Si hablamos de la ley sucesoria, la *professio iuris* —máxime, si se me permite, en una configuración tan limitada— lleva incluido *el poder* que la idea de fraude trata de combatir. Y en cuanto a la ley aplicable en defecto de *professio iuris*, la cláusula de

excepción que acompaña a la ley de la última residencia habitual es también un buen antídoto. Por acudir de nuevo a las enseñanzas de nuestro Derecho interregional, si la *professio iuris* se ajusta a la ley no hay posibilidad de fraude; si alguien ha cambiado de forma artera de residencia habitual para sustraerse a la ley de su anterior residencia habitual y es un cambio real (piénsese que además no es una situación de quita y pon: debe ser la *última* residencia habitual) la situación es la misma que en el caso anterior, con el argumento añadido de que la ley más estrechamente vinculada está ahí para poder actuar. Si hablamos de la ley sucesoria anticipada, la situación puede ser más compleja. El estrecho marco de esta nota no me permite ahondar en ella. Baste señalar que, en todo caso, el reparto en cuanto a ámbitos de aplicación entre la ley sucesoria y la ley sucesoria anticipada también reduce, a mi juicio, los supuestos posibles que siguen siendo posibles en los supuestos de pactos sucesorios, especial, aunque no exclusivamente, mediante el ejercicio de la *professio iuris* con posterioridad al pacto por uno de los pactantes (si bien en este caso creo que nos encontraríamos más bien ante un supuesto de abuso de derecho).

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*
Universidad de Santiago de Compostela

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2013-43391-R, financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el FEDER.