

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 EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Competencia judicial internacional.—2.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.—2.3. Procedimiento concursal. Orden de pago.—2.4. Ley aplicable al contrato de trabajo.—2.5. Ley aplicable al contrato de agencia.—2.6. Proceso monitorio europeo.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—3.2. Cooperación en materia de protección de menores y tutela judicial efectiva.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Donaciones de inmuebles.—4.2. Sucesiones internacionales.—4.3. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2014-1-Pr

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—Excepciones a la restitución.—Valoración del interés del menor.—Ejecución de la decisión de retorno.—

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2013-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2013. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Clara I. Cordero Álvarez, Ángel Espiniella Menéndez, Gloria Esteban de la Rosa, Albert Font i Segura, Cristina González Beilfuss, Pilar Jiménez Blanco, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Cristian Oró Martínez, Paula Paradela Areán, Elena Rodríguez Pineau, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Deusto, Jaén, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela y del *Max Planck Institute Luxemburg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

Cambio de circunstancias.—Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Reglamento Bruselas II bis.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 42 y 47 del Reglamento Bruselas II bis.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.^a) de 18 de junio de 2013, asunto núm. 3890/11, Povse y Povse c. Austria. Presidente: Isabelle Berro-Lefèvre.

F.: hudoc.echr.coe.int.

80. *In this connection, the Court notes that under Article 42(2) of the Brussels IIa Regulation, the court ordering a child's return under Article 11(8) of the Regulation shall issue a certificate of enforceability only if the parties have been heard, as well as the child — if appropriate in view of its age and maturity — and if the reasons for and the evidence underlying a previous refusal of return under Article 13 of the Hague Convention have been taken into account. In other words, in a context like the present one, the court ordering the return has to have made an assessment of the question whether the return will entail a grave risk for the child.*

81. *Moreover, the Court observes that the Supreme Court duly made use of the control mechanism provided for in European Union law in that it asked the CJEU for a preliminary ruling in the first set of proceedings concerning the enforcement of the Venice Youth Court's judgment of 10 July 2009. The CJEU ruling of 1 July 2010 made it clear that where the courts of the State of origin of a wrongfully removed child had ordered the child's return under Article 11(8) of the Brussels IIa Regulation and had issued a certificate of enforceability under Article 42 of that Regulation, the courts of the requested State could not review the merits of the return order, nor could they refuse enforcement on the ground that the return would entail a grave risk for the child owing to a change in circumstances since the delivery of the certified judgment. Any such change had to be brought before the courts of the State of origin, which were also competent to decide on a possible request for a stay of enforcement.*

82. *The Court therefore accepts that the Austrian courts could not and did not exercise any discretion in ordering the enforcement of the return orders. Austria has therefore done no more than fulfill the strict obligations flowing from its membership of the European Union.*

89. *The Court concludes that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.*

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, sobre sustracción internacional de menores.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09, X c. Lituania. Presidente: Dean Spielmann.

F.: hudoc.echr.coe.int.

106. *The Court considers that a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention (see paragraph 94 above) can be achieved*

provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to verify that those questions have been effectively examined. Secondly, these factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention (see Neulinger and Shuruk, cited above, § 133).

115. *Article 8 of the Convention imposed a procedural obligation on the Latvian authorities, requiring that an arguable allegation of «grave risk» to the child in the event of return, be effectively examined by the courts and their findings set out in a reasoned court decision (see paragraph 107 above).*

119. *In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant suffered a disproportionate interference with her right to respect for her family life, in that the decision-making process under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention, the Riga Regional Court having failed to carry out an effective examination of the applicant's allegations under Article 13 (b) of the Hague Convention.*

120. *It follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention.*

Nota. 1. Las dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizan la incidencia del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sobre sendas resoluciones de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional. A partir de este denominador común, tanto los elementos presentes en la relación como las respuestas dadas por el TEDH difieren. En el asunto *X v. Lituania*, el Tribunal Europeo considera que una decisión de restitución del menor dictada por las autoridades lituanas en el marco del Convenio de La Haya de 1980 (en adelante, CH 1980) vulnera el derecho a la vida privada y familiar en la medida en que no se motiva adecuadamente la resolución de retorno. Por el contrario, en el asunto *Povse*, se considera acorde con el citado art. 8 CEDH la ejecución de la decisión de retorno ordenada por las autoridades austríacas que rechaza considerar, para paralizar la ejecución, las alegaciones sobre las nuevas circunstancias del menor. Aparentemente nos encontramos ante dos resoluciones contradictorias en cuanto a las obligaciones de control del interés del menor impuestas a las autoridades del Estado del secuestro. En relación con ello, debe considerarse que, según la jurisprudencia del TEDH resulta determinante, para valorar la actuación de las autoridades nacionales conforme al art. 8 CEDH, verificar el grado de discrecionalidad («margen de apreciación» en la terminología del TEDH) que tienen a la hora de adoptar la decisión. Por ello, para una adecuada ponderación de ambas Sentencias deben subrayarse dos datos diferenciales, que podrían ser determinantes: por una parte, la fuente normativa aplicable (CH 1980 en el asunto de *Lituania*, Reglamento Bruselas II *bis* en el asunto *Povse*); y, por otra parte, la fase del procedimiento de restitución en el que se adopta (en la fase declarativa del retorno en el primer caso, en la fase ejecutiva en el segundo).

2. En el caso de *X c. Lituania*, las autoridades lituanas debían decidir sobre la restitución del menor al Estado de origen y, en ese ámbito, evaluar si se daban algunas de las excepciones al retorno previstas en el CH 1980. En este contexto, la Sentencia encaja dentro de la tendencia jurisprudencial más reciente del TEDH a favor de una amplia valoración «de la situación global familiar del menor» antes de decidir si procede o no la devolución del mismo (apdo. 74 de la sentencia *Maumous-*

seau y Washington c. Francia, núm. 39388/05, de 6 de diciembre de 2007, a favor de la restitución del menor; apdo. 139 de la sentencia en el asunto *Neulinger et Shuruk c. Suiza*, núm. 41615/07, de 6 de julio de 2010, en contra de la restitución del mismo). En el caso concreto, el reproche se realiza por la negativa de las autoridades lituanas a examinar el informe psicológico que la recurrente presenta con la finalidad de demostrar que la separación del hijo de la madre supondrá para éste un «grave riesgo» en el sentido del art. 13 b) del CH 1980. Esta interpretación amplia, sobre el poder de apreciación del interés del menor en sede del CH 1980, ha merecido críticas doctrinales por entender que contraviene la finalidad del Convenio, dirigida a lograr la rápida restitución del menor, e invade la competencia de los tribunales del Estado de origen para conocer de cuestiones propias del fondo de la custodia (WALKER, L., «The Impact of the Hague Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger», *JPIL*, vol. 6, 2010, pp. 649 y ss.). El TEDH evidencia que es conocedor de tales críticas al esforzarse especialmente en matizar la posición expuesta en el asunto *Neulinger* y en negar que ésta haya establecido un principio específico para la aplicación del CH 1980 (apdo. 105 de la sentencia). Aun así refuerza y confirma la obligación por parte de las autoridades nacionales de motivar la resolución de retorno a la vista de las circunstancias concretas presentes en el caso, pronunciándose específicamente sobre las excepciones de los arts. 12, 13 y 20 CH 1980.

La cuestión es complicada porque difícil es trazar una nítida frontera entre el ámbito propio del procedimiento de retorno, y las circunstancias que ahí pueden analizarse, y el proceso sobre la custodia, particularmente cuando deben valorarse aspectos como el daño derivado de la separación de la madre por el hecho de la restitución. Debe lograrse en este sentido un equilibrio que permita realmente ponderar si existen riesgos directamente vinculados a la restitución misma del menor (y que están amparados por el CH 1980) sin prejuzgar la decisión de fondo de la custodia que adopte el tribunal competente sobre la misma. En esta clave, no es tan alarmante, como ha señalado parte de la doctrina, el planteamiento defendido por el TEDH. De hecho, debe observarse que la incompatibilidad de la decisión lituana con el art. 8 CEDH no se declara con base en un examen sobre el fondo (esto es, valorando si, en el caso concreto, es acorde o no con el interés del menor la separación de la madre con la restitución) sino por un incumplimiento de «procedimiento» que obligaría a una motivación de la decisión de retorno cuando se presentan indicios probatorios de los riesgos para el menor. Lo «reprobable» era que las autoridades lituanas hubieran rechazado de plano entrar a valorar el informe psicológico que, presuntamente, podría avalar la tesis del riesgo grave que la restitución suponía para el menor. Esto hubiera obligado a valorar, en su caso, aspectos tales como las posibilidades reales de retornar la madre con su hijo al Estado de origen y de plantear una demanda sobre el fondo ante los tribunales de dicho Estado (apdo. 74 de la sentencia *Maumousseau*).

La respuesta habría sido la misma en el contexto de una sustracción en el que hubiera resultado aplicable el Derecho de la Unión Europea. De hecho ya existen precedentes, como la sentencia del TEDH en el asunto *Sneerson y Campanella v. Italy*, núm. 14737/09, de 12 de julio de 2011 que consideró una violación del art. 8 del CH 1980 una orden de retorno dictada por los tribunales italianos por no haber controlado adecuadamente, en el marco del art. 11.4 del Reglamento Bruselas II *bis*, los riesgos y garantías ofrecidas por las autoridades de origen.

3. A diferencia del caso anterior, en el asunto *Povse*, la cuestión se sitúa en la fase de ejecución de una decisión de retorno certificada conforme al art. 42 del Reglamento Bruselas II *bis*. La solución dada por el TEDH en este asunto *Povse* es radicalmente

diferente, mostrándose el Tribunal Europeo partidario de una interpretación restrictiva para rechazar la ejecución del retorno. En concreto, defiende en este caso una ejecución automática e incondicionada de la restitución sin consideración de las alegaciones realizadas por la recurrente sobre los cambios de circunstancias producidos después de haberse dictado la orden de retorno. El argumento dado en este caso por el TEDH es formal: deriva de la interpretación del art. 42 del Reglamento Bruselas II *bis* según la cual las autoridades del Estado carecerían de margen de apreciación para valorar el interés del menor y deben, en todo caso, proceder a la ejecución solicitada.

En una primera lectura, el planteamiento expuesto se separa de la orientación jurisprudencial sobre la valoración del interés del menor que acaba de verse en la sentencia *X v. Lituania*. Pero lo más relevante es que rompe con el criterio establecido en el asunto *Neulinger*, que se había planteado en un contexto similar al del asunto *Povse*: en ambos casos se trata de la ejecución de una decisión de retorno y en ambos casos se trata de hacer valer un cambio en las circunstancias del menor que harían inviable su restitución sin afectar gravemente a su interés. Esta ruptura evidencia un doble parámetro de valoración en función de la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis* y su incidencia sobre los márgenes de apreciación que tendrían las autoridades nacionales.

Es lugar común en la jurisprudencia del TEDH verificar la fuente de la decisión adoptada por las autoridades nacionales, a los efectos de comprobar si la injerencia realizada por la autoridad pública en la vida privada y familiar está «prevista por la ley» en el sentido establecido en el art. 8.2 del CEDH. Ello puede suponer que una misma decisión sobre la restitución puede ser valorada de forma diferente en función del marco normativo que la sustente, sea el CH 1980 o el Reglamento Bruselas II *bis*. Además, el TEDH también ha desarrollado una línea jurisprudencial tendente a la máxima coordinación y conciliación entre el CEDH y el Derecho de la UE. Según esta doctrina, recogida y sintetizada en el asunto *Povse*, la pertenencia a organizaciones como la UE, en la medida en que protegen los derechos fundamentales de manera equivalente al CEDH, incorpora una presunción, *iuris tantum*, de actuación conforme al CEDH cuando las autoridades nacionales se limitan a ejecutar las obligaciones derivadas de dicha organización (apdo. 77 de la sentencia *Povse*). Se impone, por tanto, verificar el grado de discrecionalidad permitido a las autoridades austríacas para poder rechazar, en su caso, el retorno del menor.

En la clave de coordinación institucional y de máxima conciliación con el Derecho europeo, el TEDH en el asunto *Povse* se limita a recoger y a confirmar la interpretación del TJUE sobre el Reglamento Bruselas II *bis*, según la cual no existe margen de apreciación por parte de los tribunales nacionales del Estado del secuestro en sede de ejecución (Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse*, *REDI*, 2010-20-Pr; véase también la nota de JIMÉNEZ BLANCO, P., *REDI*, 2014-1-Pr). Esto fuerza un cambio de estrategia para quien pretende oponerse al retorno, quien deberá acudir en todo caso al Estado de origen para intentar paralizar, por todas las vías posibles, el otorgamiento del título ejecutivo previsto en el art. 42 del Reglamento y alegar ante dichos tribunales (en el caso, los italianos) cualquier vulneración de los derechos fundamentales (apdo. 85 de la sentencia del TEDH).

No obstante, y siguiendo el propio criterio expuesto por el TEDH, los criterios establecidos por el TJUE no son definitivos si se demuestra una insuficiente protección de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH. Esto convierte, de hecho, al TEDH en una especie de «instancia superior» garante en última instancia de la protección de los derechos fundamentales en la medida en que se configura el CEDH como un

«instrumento constitucional de orden público europeo» en el ámbito de los derechos humanos (Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto núm. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, apdo. 156). Con ello, en realidad, lo que se hace es alterar la carga de la prueba de modo que corresponde a los recurrentes destruir la presunción de conformidad con el CEDH justificando que, de hecho, sí existe un margen de apreciación por parte de las autoridades austríacas y que su intervención supone una violación del art. 8 del Convenio europeo.

En este sentido, podría haberse acreditado que la interpretación del art. 47 del Reglamento Bruselas II *bis* dada por el TJUE, según la cual la remisión al Derecho del Estado requerido sólo abarca aspectos procedimentales, es muy matizable: no se justifica ni con la literalidad del precepto ni con el limitado alcance, hasta la fecha, que tienen todos los instrumentos europeos en relación con los procedimientos de ejecución forzosa de decisiones. Ciertamente, el efecto útil tanto del CH 1980 como del Reglamento Bruselas II *bis* no puede verse comprometido por la aplicación de los Derechos nacionales que vacíe de contenido y efectividad a la decisión dictada. Pero también es cierto que la práctica demuestra que una dilación en la ejecución del retorno puede conllevar un cambio de circunstancias en el entorno y la situación del menor que haga imposible, en la práctica, la restitución: ya sea por una total integración del menor en el Estado del secuestro (asunto *Neulinger*), por una nueva decisión que otorgue la custodia al secuestrador (Sentencia del TEDH de 12 de abril de 2007, asunto 10978/04, *Morfis v France*) o por una efectiva oposición del menor a su restitución que obligue al uso de la fuerza [JIMÉNEZ BLANCO, P., «La ejecución forzosa de las decisiones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J. (dir.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341 y ss.].

No cabe entender que el título ejecutivo certificado como tal con base en el art. 42 de Bruselas II *bis* altere las reglas de funcionamiento de la ejecución forzosa, puesto que el art. 47 no distingue en función de la procedencia de la resolución. Es cierto que deben respetarse los límites derivados del art. 42, de modo que en ningún caso las autoridades del secuestro podrían utilizar motivos para rechazar la ejecución si ello comprometiera el sistema mismo del otorgamiento del certificado. Así, por ejemplo, resultaría difícil impedir la ejecución del retorno por un control por parte de las autoridades del secuestro de las condiciones previstas en el art. 42 (audiencia, consideración de los motivos de no retorno del art. 13) puesto que tal control debe ser objeto de examen exclusivo por el Estado de origen (Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-491/10, *Aguirre*, *REDI*, 2010-24-Pr; apdo. 85 de la sentencia del TEDH en el asunto *Povse*, *REDI*, 2010-20-Pr). Cuestión diferente, que nada tiene que ver con la anterior, es el rechazo excepcional a la ejecución forzosa de la decisión de retorno basada en una modificación de circunstancias posterior a la decisión de retorno que pueda hacer inviable aquélla en el caso concreto. Ello escapa al funcionamiento de la certificación como título ejecutivo del art. 42 y entra dentro del ámbito de los motivos que, con base en la remisión efectuada por el art. 47, podrían utilizarse en el marco del procedimiento de ejecución forzosa establecido en el Derecho del Estado requerido.

Así justificado se demostraría un margen de apreciación por parte de las autoridades austríacas que permitiría un examen del interés del menor en la misma clave defendida por el TEDH en el asunto *Neulinger*, dictada en el ámbito del CH 1980. En este contexto, lo que procede es llegar a un equilibrio que permita, en determinadas situaciones, justificar el rechazo a la ejecución forzosa de la ejecución de retorno, pero

dejando la completa y definitiva valoración sobre el interés del menor a los tribunales competentes para conocer del fondo de la custodia.

4. En definitiva, a pesar de las diferencias en los supuestos que sustentan ambas decisiones del TEDH, sí puede concluirse que las mismas resultan contradictorias en cuanto, en esencia, valoran de manera diversa la actuación de dos autoridades nacionales cuyos márgenes de apreciación sobre el interés del menor deberían haberse entendido, en cada uno de sus contextos, similares.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

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

2.1. Competencia judicial internacional

2014-2-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acción contra administrador societario por no solicitar la liquidación de la sociedad.—Acción contra accionista por infracapitalización.—Aplicación del Reglamento «Bruselas I».—Materia delictual.—Competencia del tribunal del lugar vinculado con las actividades y con la situación económica de la sociedad.

Preceptos aplicados: art. 5, apdo. 3 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a), de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12, ÓFAB. Ponente D. T. von Danwitz.

F.: curia.europa.eu.

[...] 36. *Como se desprende también de la resolución de remisión, las referidas demandas no se basan en un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, sino en la alegación de que el administrador de Copperhill, al no haber realizado ciertas formalidades destinadas a controlar la situación económica de dicha sociedad, así como el accionista principal de ésta, incumplieron sus obligaciones legales permitiendo que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación. En virtud de la legislación aplicable, ese administrador y dicho accionista pueden, en su caso, ser considerados responsables de las deudas de Copperhill.*

37. *Pues bien, aun cuando las demandas de que se trata en el litigio principal van dirigidas a exigir al referido administrador y al citado accionista la responsabilidad por las deudas de Copperhill, dichas demandas permiten, ante todo, obtener el pago de los créditos que, por no haber cumplido sus obligaciones legales el administrador y el accionista de esa sociedad, no han podido cobrarse por completo a la citada sociedad. En el presente caso, estas acciones pretenden la reparación del perjuicio resultante del hecho de que Toréns y Kakelmässan hayan realizado obras para Copperhill sin poder obtener, con posterioridad, de la mencionada sociedad, el pago íntegro de las cantidades adeudadas por ésta por dichas obras.*