

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y
M.^a Victoria CUARTERO RUBIO

I. DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Competencia judicial internacional

1999-48-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contrato de comisión para la compra de inmueble situado en España.—Demandado domiciliado en Alemania. Aplicación del Convenio de Bruselas de 1968.—Foro de consumidores.

Preceptos aplicados: artículos 533.1.º y 687 LEC, artículos 40 y 1.171 Cc y artículos 21.1 y 22.2 LOPJ.

Partiendo de la correcta alegación de la excepción con arreglo a lo establecido en los artículos 533.1.º y 687 LEC, no resultan de aplicación los artículos 21.1 y 22.2 LOPJ ya que, a falta de Tratado o Convenio internacional en los que España sea parte, no existe sumisión tácita a los Juzgados o Tribunales españoles (sin que pueda entenderse por esta última el hecho de proponer la excepción como toda contestación a la demanda) ni consta que el demandado tenga su domicilio en España, no sirviendo a tales efectos como tal el del inmue-

* Esta crónica es continuación de la publicada en el número anterior de este volumen de la *REDI*, pp. 163-262. Colaboran en la presente: Rafael Arroyo Montero, Beatriz Campuzano Díaz, Albert Font i Segura, Miguel Gardeñes Santiago, Guillermo Palao Moreno, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Ana Quiñones Escámez, Andrés Rodríguez Benot, Eloy Miguel Rodríguez Gayán, Elena Rodríguez Pineau, M.^a Ángeles Rodríguez Vázquez y José Manuel Velasco Retamosa, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Castilla-La Mancha, Complutense, La Coruña, Oviedo, Pompeu Fabra, Sevilla y Valencia.

ble adquirido en nuestro país, por falta de los requisitos del artículo 40 Cc; por tanto, con arreglo al artículo 1.171 del referido Código, no constando el domicilio ni la residencia del demandado en España y ejercitándose una acción personal, la competencia viene determinada por el lugar de cumplimiento de la obligación que al no haberse expresado en el contrato ni haberse constituido aquélla en España debe entenderse que es el lugar del domicilio del deudor, que como se dijo, lo tiene en Alemania, resultando de ello la falta de competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento del asunto.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª) de 18 de noviembre de 1998. Ponente: Excmo. Sr. D. J. L. Úbeda Mulero.

F.: RGD, 1999, n.º 654, p. 3227.

Nota (1): 1. Tal como señala el texto de la sentencia, en la demanda que originó el juicio de menor cuantía se reclamaba al demandado, domiciliado en Alemania, una determinada cantidad en concepto de comisión sobre el precio de adquisición de un inmueble mediante la intermediación de la mercantil actora, de nacionalidad norteamericana, concertado el porcentaje en contrato de inscripción de viaje para posible compraventa celebrado en Alemania.

La exposición de estos datos permite afirmar a continuación que sorprende que se haya acudido a la LOPJ para fundamentar la decisión, ya que entendemos que se daban las condiciones para aplicar el Convenio de Bruselas, que goza de preferencia en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 96 (sobre los criterios que delimitan el ámbito de este acuerdo vide A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 1999, pp. 80 y ss.; nada se dice en la Sentencia sobre el momento en que se interpuso la demanda, pero cabe presumir que fue con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio en nuestro país). Y aunque el error en que se incurre no es privativo de esta Sentencia (vide la Sentencia Aud. Prov. de Barcelona de 15 de febrero de 1994, REDI 1995-2-Pr. con Nota de R. Arenas García), hay que reconocer que resulta especialmente llamativo en este caso, al indicarse expresamente que a falta de Tratado o Convenio internacional no resulta aplicable el artículo 21.1. LOPJ.

2. Partiendo de esta afirmación, el razonamiento que sigue a continuación toma lógicamente a la LOPJ como norma de referencia. Y así, se señala en primer término y citando el artículo 22.2. LOPJ, que no existe sumisión tácita a los Juzgados y Tribunales españoles, al no poder entenderse por esta última el hecho de proponer excepción de falta de jurisdicción del artículo 533.1. LEC como toda contestación a la demanda. En relación con esta consideración, aparte de que resulta curiosa la alusión que se hace al artículo 22.2. LOPJ (este precepto, en lo que a la sumisión tácita se refiere, se ha visto desplazado en gran medida por el artículo 18 del Convenio de Bruselas, vide J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Madrid, 1996, pp. 245-246; y A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 123-124), debemos destacar que se toma partido sobre una cuestión que ha venido planteando ciertos problemas interpretativos en la doctrina y jurisprudencia. Problemas que al menos hoy se encuentran prácticamente superados o en vías de superación.

En concreto, y recogiendo las palabras de J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, al no haberse articulado en el ordenamiento español un sistema *ad hoc* que fije el cauce procedimental de una eventual impugnación a instancia de parte de la competencia judicial internacional, una jurisprudencia muy abundante ha admitido la vía de la excepción del artículo 533.1. LEC; pero este cauce ha sido objeto de fuertes críticas con el argumento de que su empleo, tanto en el juicio de mayor cuantía como en el de menor cuantía —que es el caso que nos ocupa—, implica la sumisión tácita del demandado (vide J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 277; y F. Esteban de la Rosa, «Nota a la Sentencia de la Aud. Prov. de Málaga de 2 de noviembre de 1993», REDI, 1995-32-Pr). Esta interpretación tiene su origen en una rigurosa interpretación analógica del artículo 58.2. LEC para determinar cuándo se entiendo producida la sumisión tácita a nuestros órganos judiciales, que ha sido igualmente

bastante criticada y discutida por la doctrina (vide J. M. Santos Vijande, que se inclina sin embargo por impugnar la competencia mediante la declinatoria internacional, planteada como incidente en el juicio de menor cuantía, *Declinatoria y declinatoria internacional. Tratamiento procesal de la competencia internacional*, Madrid, 1991, pp. 346 y ss.; y F. Esteban de la Rosa, «Alcance material del artículo 18 del Convenio de Bruselas, sobre los medios procesales de impugnación de la competencia judicial internacional», *La Ley. Unión Europea*, núm. 4198, 31 de diciembre de 1996, p. 2).

En la actualidad, como decíamos, este problema ha perdido vigor debido a que se aplica el Convenio de Bruselas en la mayoría de supuestos en que puede operar la sumisión tácita a los órganos judiciales de nuestro país. Y es que, como ha puesto de relieve F. Esteban de la Rosa, aunque la normativa comunitaria no afecta a las modalidades procesales de impugnación de la competencia judicial internacional, impide considerarse como sumisión tácita una actuación procesal que tenga tal finalidad («Nota ..., *loc. cit. op. cit.*, pp. 361-362). Esto permite afirmar, en relación con el supuesto que analizamos, que acudiéndose equivocadamente al artículo 22.2. LOPJ, no se sigue al menos la tan criticada aplicación analógica del artículo 58.2. LEC, siendo la solución conforme en el fondo con el mencionado Convenio.

Por otra parte, en la proyectada LEC se piensa regular el modo de impugnar la competencia judicial internacional, poniendo con ello fin, como señala su Preámbulo, a lagunas legales que afectaban a este sector, y que han sido el motivo de la discrepancia mencionada. Esta futura Ley establece en su artículo 39 que el demandado podrá denunciar la falta de competencia mediante declinatoria, y en los artículos 63 y ss. Determina el contenido de la declinatoria, el momento procesal en que se debe proponer su tramitación (aludimos al texto que ha sido aprobado por el Pleno del Congreso de Diputados el 23 de septiembre de 1999, que es el último documento que hemos podido consultar a la hora de escribir estas líneas, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A: 5 de octubre de 1999, núm. 147-15).

3. Siguiendo el análisis de la Sentencia, hay que precisar que no habría sido necesario plantearse la posibilidad de sumisión tácita de existir otro foro en el que fundamentar la competencia de nuestros órganos judiciales (en el sistema autónomo, aunque pudiera parecer lo contrario por la redacción del artículo 22 LOPJ, los foros no se ordenan conforme a un criterio de jerarquía, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 263-264). Pero en este caso, prosigue el discurrir de la Sentencia rechazando acertadamente que el demandado está domiciliado en España por el simple hecho de haber adquirido un inmueble (hay que tener en cuenta que el concepto de domicilio, identificado en el artículo 40 Cc con la residencia habitual, se interpreta en la jurisprudencia como la presencia física en un lugar con la intención de permanecer, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 124); y concluye, de modo más criticable, acudiendo directamente al artículo 1.171 Cc para determinar que la obligación debía cumplirse fuera de España.

Decimos que de modo más criticable porque es difícil comprender que se señale expresamente que no resulta aplicable el artículo 22.2 LOPJ, y se omita toda referencia al apdo. 3.º del citado artículo cuando se entra a considerar el lugar de cumplimiento de la obligación, usándose además un lenguaje que recuerda en parte al artículo 62.1. LEC previsto para la competencia territorial interna. A esto se añade que este foro se inspira en el principio de proximidad entre el objeto del proceso y el tribunal competente, lo cual, como ha puesto de relieve M. Virgós Soriano, no se consigue con un recurso directo al artículo 1.171 Cc sino acudiendo a la *lex contractus* (cfr. *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pp. 62 y ss. Este es por otra parte el criterio que se ha seguido en la interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas, vide A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, 1997, pp. 201-202).

4. En definitiva, cabe concluir diciendo que esta Sentencia parece devolvernos a tiempos relativamente lejanos, en los que el instrumento fundamental —y entonces bienvenido— para determinar la competencia judicial internacional era la LOPJ. Afortunadamente, entendemos que este caso sólo representa un tropiezo, pues existe ya una considerable práctica, tanto

en España como en el resto de los países miembros, en la aplicación del Convenio de Bruselas. Práctica que ha servido para poner de relieve algunas de sus deficiencias, habiéndose elaborado por ello un texto revisado (vide M. Aguilar Benítez de Lugo y A. Rodríguez Benot, «La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura», *REDI*, 1998-2, vol. L, pp. 35-68), que en el momento de concluir esta Nota constituye la base de una Propuesta de Reglamento (Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 14-7-1999, COM (1999) 348 final).

Beatriz CAMPUZANO DÍAZ

Nota (2): 1. El 3 de agosto de 1995 una empresa estadounidense con domicilio en Wyoming (EE.UU.) presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Orihuela (Alicante), reclamando a un ciudadano alemán, domiciliado en Alemania, el pago de la cantidad adeudada en concepto de comisión por la adquisición de un inmueble situado en España. La sentencia condenatoria del JPI, que desestimó la alegación de falta de competencia planteada por el demandado, es recurrida ante la AP de Alicante. Ésta acoge el recurso, alcanzando con ello la solución correcta conforme al sistema de español competencia judicial internacional, aunque a través de una argumentación jurídica a todas luces deficiente.

2. La Audiencia parte de un planteamiento radicalmente erróneo, al afirmar la ausencia de instrumentos convencionales de los que España sea parte para la determinación de su competencia en el asunto en concreto. Atendiendo a la materia (art. 1) y a la fecha de interposición de la acción (art. 54), resultan aplicables los Convenios de Bruselas de 1968, en su versión surgida del Convenio de San Sebastián (CB) (*BOE*, 24, 28-1-1991, corr. err. *ibid.* n.º 88, 30-IV-1991) y de Lugano de 1988 (CL) (*BOE*, 251, 20 de octubre de 1994, corr. err. *ibid.* n.º 8, 10-1-1995), en vigor para España desde el 1 de febrero de 1991 y el 1 de noviembre de 1994 respectivamente (cf. *I.L.Pr.*, 1998-4, p. 214). La aplicación de oficio de dichos instrumentos por parte de los Tribunales españoles está fuera de cualquier consideración (en torno a la misma, aunque únicamente en referencia al CB, vide L. Esteve González en su nota a esta misma sentencia, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, en prensa). Así, dado que no concurre ninguna de las condiciones que establece el artículo 54. *ter* 2. a) CL para que la compatibilidad entre ambos se resuelva a favor de éste, tendría que haber sido el CB el que determinase el régimen aplicable. Éste será el contenido en el propio Convenio, *ex* artículos 2 y 4 CB, puesto que el demandado está domiciliado en un Estado parte del mismo (el CB en la versión de Donostia entró en vigor para Alemania el 1 de diciembre de 1994: cf. *ibid.*). Impugnada la competencia de los Tribunales españoles, el JPI debiera haber estimado la alegación del demandado, tras constatar que ningún foro de los contenidos en el CB (arts. 2 y 5-18) le atribuye competencia.

3. En efecto, dicha impugnación de la competencia por parte del demandado elimina la posibilidad de que la misma se fundamente en la sumisión tácita (art. 18 CB): la materia objeto de la demanda no se incluye entre las atribuidas a los Tribunales españoles en exclusiva (art. 16), y no existe *prorrogatio fori* ninguna (art. 17). Tampoco cabría atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles con base en los foros a los que el sistema del Convenio otorga un carácter concurrente, esto es, domicilio del demandado (art. 2 CB) o lugar que concrete el foro especial por razón de la materia (art. 5.1 CB), porque ambos la establecen en favor de los tribunales alemanes (vide, en relación con la aplicación del artículo 5.1 CB al supuesto, Nota de L. Esteve González, *cit. supra*). A otra conclusión podría llegarse de resultar aplicable el artículo 5.1 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado por la Comisión el 7 de septiembre de 1999 (*DOCE* C 376, 28.12.1999). Conforme al mismo, la persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada ante los Tribunales del Estado miembro del lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda: en esto