

EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL DERECHO A UN PROCESO JUSTO. NOTA A LA STJCE DE 2 DE ABRIL DE 2009

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 28.06.2010 / Aceptado: 08.07.2010

Resumen: El TJCE debe dilucidar si, sobre la base de la cláusula de orden público establecida en el art. 27.1 CBr, el juez del Estado requerido puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante, sin oír al demandado que había comparecido debidamente ante él pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución, por no haber cumplido determinadas obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada con anterioridad en el marco del mismo procedimiento.

Palabras clave: eficacia extraterritorial de decisiones, resolución, orden público internacional, derecho a un proceso justo, derechos de defensa, derecho a ser oído.

Abstract: The ECJ should elucidate if, on the base of the clause of public policy established in the article 27.1 CBr, the judge of the addressed State can take into account the fact that the judge of the State of origin has been pronounced on the pretensions of the claimant, without hearing to the defendant that it had duly appeared before him but was excluded of the procedure via a resolution, for not having certain compliment imposed obligations via an adopted resolution previously within the framework of the same procedure.

Key words: extraterritorial effects of foreign decisions, resolution, international public policy, right to a fair process, rights of defense, right to be heard.

Sumario: I. Planteamiento: los hechos y las cuestiones jurídicas. II. Nudo: la argumentación jurídica. 1. Proceso contradictorio y concepto de resolución. 2. Derechos de defensa y orden público internacional. III. Desenlace: la apuesta del TJCE por el orden público internacional de fondo.

I. Planteamiento: los hechos y las cuestiones jurídicas

1. La Sentencia del TJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*¹ constituye la última sentencia en que este Tribunal se ha pronunciado directamente sobre la interpretación del *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, CBr). Y al no haber diferencias entre los artículos interpretados con sus homólogos del *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de*

¹ Puede consultarse también el comentario de L. IDOT, "Contempt of court et refus de reconnaissance pour atteinte à l'ordre public", *Europe, Actualité du Droit Communautaire*, nº 6, juin 2009, p. 41 y de E. D'ALESSANDRO, "Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Gambazzi"", *Il Foro italiano*, 2009-IV, pp. 384-387.

2000, relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Reglamento o Reglamento 44/2001), son numerosas las ocasiones en que el Tribunal y la Abogada General citan ambos textos, pues lo dicho sobre el CBr en esta sentencia es punto por punto extrapolable al Reglamento 44/2001.

2. En esta sentencia se interpretan dos conceptos de la máxima importancia para el régimen de reconocimiento tanto del CBr como del Reglamento 44/2001: el concepto de resolución, de un lado y, de otro, el de orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento. Conceptos sobre los que ya habían recaído algunos relevantes pronunciamientos del TJCE, como las sentencias de 21 de marzo de 1980, asunto 125/79, *Denilauler* o de 8 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, entre otras.

3. El recurso prejudicial se interpone por la Corte d'appello de Milán, que pretende que se dilucide si, sobre la base de la cláusula de orden público establecida en el art. 27.1 CBr, el juez del Estado requerido puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante, sin oír al demandado que había comparecido debidamente ante él pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución, por no haber cumplido determinadas obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada con anterioridad en el marco del mismo procedimiento.

Extractados, los hechos fueron los siguientes: El procedimiento inglés de origen tuvo por objeto en el asunto principal la reclamación de indemnización de Daimler Chrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company contra el Sr. Marco Gambazzi, residente en Lugano.

Antes del inicio del procedimiento principal, el órgano jurisdiccional inglés dictó contra el Sr. Gambazzi, a solicitud de los demandantes, una medida de bloqueo cautelar de su patrimonio (*freezing order* o *Mareva injunction*), por la que se le prohibió disponer del mismo, con el objeto de garantizar la ejecución de la futura sentencia.

Posteriormente, el órgano jurisdiccional inglés dictó una *disclosure orders*, que modificaba la *freezing order*, por la que se obligaba al demandado a facilitar información sobre su patrimonio y a presentar determinados documentos que también afectaban al asunto principal del procedimiento. El Sr. Gambazzi no cumplió en su totalidad estas obligaciones. Y el órgano jurisdiccional inglés dictó una nueva resolución en la que comunicaba al Sr. Gambazzi que se desestimaban sus alegaciones de defensa formuladas en el procedimiento principal y se le prohibiría seguir participando en el procedimiento si no cumplía antes de una determinada fecha la obligación de presentar la información reclamada (*unless order*).

Ninguno de los recursos que interpuso el Sr. Gambazzi contra la *freezing order*, la *disclosure order* y la *unless order* prosperó. Y tras una nueva *unless order* que tampoco cumplió, el órgano jurisdiccional inglés consideró la actitud del Sr. Gambazzi como desacato y lo excluyó del procedimiento (*debarment*).

Desde ese momento, el Sr. Gambazzi fue tratado como demandado en rebeldía. Y en rebeldía se dictó una sentencia que lo condenó a abonar a los demandantes las cantidades reclamadas en la demanda más los gastos accesorios. Cuando estos solicitan la ejecución de dicha sentencia en Italia, se concede tal ejecución por la Corte d'Appello de Milán, ante lo cual el Sr. Gambazzi interpone recurso alegando que las resoluciones de la High Court no podían ser reconocidas en Italia, por ser contrarias al orden público italiano, al haberse dictado vulnerando el derecho de defensa y el principio de contradicción y, debido a ello, la Corte d'Appello de Milán decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión:

«Si, sobre la base de la cláusula del orden público establecida en el artículo 27, número 1, del Convenio de Bruselas, el juez del Estado en que se solicita el otorgamiento de la ejecución puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado en el que se adoptó la resolución ha negado a la parte que ha perdido el proceso, que había comparecido en juicio, la posibilidad de desarrollar cualquier actividad en su defensa tras adoptar la decisión de excluirla del proceso (*debarment*) en los términos antes expuestos, o bien si la interpretación de dicha disposición, unida a los principios que cabe inferir de los artículos 26 y siguientes del Convenio de Bruselas, relativos al reconocimiento y ejecución recíprocos de las resoluciones

judiciales en el ámbito comunitario, impide que el juez nacional pueda considerar contrario al orden público, en el sentido del artículo 27, apartado 1, el desarrollo de un proceso civil en el que se impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, en virtud de una decisión de exclusión del proceso adoptada por el juez a raíz del incumplimiento de una orden suya.»

4. En consecuencia, de un lado, se solicita al Tribunal de Justicia, aunque de manera indirecta y como cuestión preliminar, que se pronuncie sobre si la resolución adoptada por el órgano jurisdiccional inglés está comprendida en el concepto de resolución del art. 25 CBr, dado que el demandado fue excluido del procedimiento y, en consecuencia, se duda del carácter contradictorio del mismo, cuestión ésta exigida por el citado precepto. Y, de otro lado, en el supuesto de que se trate de una resolución en los términos del art. 25 CBr, se duda sobre si esta exclusión puede tener como consecuencia el rechazo del reconocimiento de dicha sentencia en otro Estado miembro por considerarla contraria a su orden público internacional, en particular, por entender que se ha vulnerado el derecho que tiene el demandado a ser oído en juicio, por lo que se solicita, en este caso directamente, la interpretación del art. 27.1 CBr.

II. Nudo: la argumentación jurídica

1. Proceso contradictorio y concepto de resolución

5. El concepto de resolución que acoge el art. 25 CBr y reproduce el art. 32 del Reglamento 44/2001 se plantea, pues, como una cuestión preliminar que hay que resolver, pues sólo si se responde afirmativamente a esta cuestión tendrá sentido indagar en la interpretación del art. 27.1 CBr². Se trata, pues, de valorar si las resoluciones de la High Court constituyen resoluciones en el sentido del art. 25 CBr o si no se atienen a dicha definición por no haber sido adoptadas observando el principio de contradicción.

El Sr. Gambazzi sostiene la tesis de que la sentencia del órgano jurisdiccional inglés no constituye una resolución en los términos del art. 25 CBr, ya que no fue dictada en un procedimiento contradictorio como consecuencia de su rebeldía forzada. Y algunos autores apoyan su argumentación, al negar que pueda calificarse como resolución en los términos del art. 25 CBr una sentencia en rebeldía inglesa (*default judgment*)³, pues en ella el juez no examina en modo alguno la coherencia de la demanda antes de la adopción de la sentencia, siendo necesario tal examen para hablar de una resolución en el sentido del art. 25⁴.

Sin embargo, para entender que existe resolución en los términos del art. 25 CBr y del art. 32 Reglamento 44/2001, el TJCE considera suficiente que el procedimiento anterior a la resolución revista un carácter contradictorio y prevea en principio una resolución igualmente contradictoria⁵. Entiende la Abogada General que la resolución controvertida del órgano jurisdiccional inglés fue dictada como sentencia en rebeldía en un procedimiento civil configurado de forma en principio contradictoria, por lo que cumple los requisitos del art. 25. Y considera que el hecho atípico de una rebeldía ocasionada por el órgano jurisdiccional no da lugar a una recalificación del procedimiento, pues ello no modifica el carácter fundamentalmente contradictorio del mismo⁶.

Por otro lado, señala el Tribunal de Justicia que prueba evidente de que las resoluciones dictadas en rebeldía son resoluciones en el sentido del art. 25, es que se contemple en el apartado segundo del art. 27 la rebeldía forzosa como motivo de rechazo del reconocimiento⁷.

² Véase P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Comentario al art. 25 CBr”, en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 451-461.

³ P. WAULETEL, “Comentario al art. 32”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Munich, European Law Publishers, 2007, nota marginal 8, que remite a G. CUNIBERTI, “Commentaire sur la décision de la Cour de Cassation du 17 de novembre 1999”, *RCDIP*, 2000, pp. 786 y ss. En sentido contrario, A. LAYTON, / H. MERCER, *European Civil Practice*, Londres, 2004, tomo 1.

⁴ STJCE de 2 de junio de 1994, asunto C-414/92, *Kleinmotoren*. Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 18 de diciembre de 2008, apartado 25.

⁵ Sentencia de 21 de mayo de 1980, *Denilauler*, asunto 125/79, apartado 13.

⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 24.

⁷ Apartado 24 de la sentencia comentada. P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Comentario al art. 25 CBr”, cit., p. 459.

2. Derechos de defensa y orden público internacional

6. Aunque los estrictos mimbres del art. 27.2 pueden incluso llevar, como es el caso, a que entre en juego el art. 27.1 CBr, si se considera que la rebeldía forzosa no se ha debido a una inexistente o defectuosa notificación del procedimiento al demandado⁸. O yendo más allá, si se considera que la rebeldía más que forzosa es forzada por el propio tribunal de origen.

Y ello supone profundizar en la relación entre los derechos de defensa y el concepto de orden público internacional que ya inició el Tribunal de Justicia con la muy renombrada sentencia Krombach⁹. En este caso, se ejercitó una acción de responsabilidad civil en el marco de un procedimiento penal. El órgano jurisdiccional francés negó al demandado la posibilidad de ser defendido por un abogado porque aquel no se atuvo a la orden judicial de comparencia personal. Ahora bien, si el demandado hubiera cumplido esta orden, posiblemente habría sido detenido por la comisión de un delito. El demandado en este procedimiento no fue oído en ningún momento y no contó con ninguna posibilidad de defensa y tampoco se le ofrecieron vías de recurso. Se consideró que el órgano jurisdiccional del Estado de origen había vulnerado manifiestamente el derecho fundamental a un procedimiento justo¹⁰ y, en consecuencia, se denegó el reconocimiento de esta sentencia en Alemania por ser contraria a su orden público internacional.

7. En las sentencias Krombach y Renault, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien no corresponde a este Tribunal definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante¹¹.

Y dado que el orden público internacional supone una traba a la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo, para aplicar esta cláusula el menoscabo debe constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento¹².

Los derechos fundamentales se encuentran entre los principios generales del Derecho comunitario. Y el derecho a un proceso justo es un derecho fundamental que forma parte de los principios gene-

⁸ Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Comentario al art. 27 CBr", en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 478-498.

⁹ Profusamente comentada. Entre otros por M.-L. NIBOYET, "La confirmation par la Cour de justice des Communautés européennes de l'intégration des droits fondamentaux au système de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. A propos de la condamnation de la procédure française de contumace au nom du droit au procès équitable, CJCE, 28 mars 2000", *Gazette du Palais* 2000 III Doct. pp. 1731-1734; H. MUIR WATT, Nota, *RCDIP* 2000, pp. 489-497; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Revista Jurídica de Catalunya* 2000, pp. 1197-1202; J. RAYNARD, "De l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public... international: de l'extra territorialité de la Convention européenne des droits de l'homme. (CJCE 28 mars 2000, Krombach c/ Bamberški; Civ. Ire 16 mars 1999, Pordéa)", *Revue trimestrielle de droit civil* 2000, pp. 944-947; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Límites a la construcción de un "orden público europeo" en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberški, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2000, pp. 593-617; M. MAZZA, "L'ordine pubblico come limite (al riconoscimento ed) all'esecuzione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo (Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968)", *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2000, pp. 1325-1329; M. GARDEÑES SANTIAGO, Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado, *REDI* 2000, pp. 193-197; Y. DONZALLAZ, "Le renouveau de l'ordre public dans la CB/CL au regard des ACJCE Krombach et Renault et de la révision de ces traités", *Aktuelle juristische Praxis - AJP* 2001, pp. 160-179; G. BIAGIONI, "L'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles", *Rivista di diritto internazionale* 2001, pp. 723-737; A. HUET, Chronique de jurisprudence de Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes, *Journal du droit international* 2001, pp. 691-696; B. NASCIMBENE, "Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"", *RIDIPP*, 2002, pp. 659-664; A. F. LOWENFELD, "Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and Res Judicata: The Krombach Case, Intercontinental Cooperation Through Private International Law", *Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Ed. T.M.C. Asser Press - The Hague) 2004, pp. 229-248.

¹⁰ STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 40.

¹¹ En los mismos términos, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 23 y STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, apartado 28.

¹² En los mismos términos, STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, apartado 37 y STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, apartado 30.

rales del Derecho comunitario¹³. En consecuencia, los jueces de los Estados miembros están vinculados a los derechos fundamentales comunitarios cuando conocen de una situación que queda comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario¹⁴.

8. Sin embargo, no cabe concebir los derechos fundamentales, como es en este caso el respeto del derecho a un proceso justo en su manifestación del derecho de defensa y el derecho a ser oído, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. Éstas, no obstante, deben responder a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados¹⁵. De esta manera, el órgano jurisdiccional remitente puede denegar, invocando el orden público, el reconocimiento de la ejecución de una resolución cuando el procedimiento sustanciado ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen adolece de una violación manifiesta del derecho fundamental a un procedimiento justo. La dificultad estará en concretar y en calibrar si esa vulneración manifiesta realmente se ha producido.

9. En el presente asunto, el demandado, Sr. Gambazzi, fue oído en reiteradas ocasiones en las diversas fases procesales y, según consta, se le ofrecieron diversas vías de recurso. Considera la Abogada General que las diversas vías procesales de la tutela cautelar (*freezing order*, *disclosure orders*, *unless orders*) están estrechamente relacionadas con el asunto principal y, por tanto, con la sentencia en rebeldía dictada (*default judgment*) y están dirigidas en esencia a hacer posible la ejecución de la sentencia en caso de que el demandante gane el proceso. No obstante, para valorar si ha existido violación del orden público, debe valorarse el procedimiento en su totalidad y apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso¹⁶.

El Gobierno de Reino Unido explicó que la institución de la *freezing order*, la *disclosure order* y la *unless order* tienen por objeto garantizar la equidad y eficacia en la administración de la justicia. Y que este objetivo puede justificar una restricción del derecho de defensa. Dicho con otras palabras, el interés preponderante en el buen funcionamiento de la administración de justicia estatal y en la tutela judicial efectiva puede establecer barreras en el derecho fundamental a un procedimiento justo. Pero tales sanciones no deben ser manifiestamente desproporcionadas con relación al objetivo perseguido, que es garantizar el desarrollo eficaz del procedimiento en pro de una buena administración de la justicia¹⁷.

Y es obvio que la sanción de excluir totalmente del procedimiento al Sr. Gambazzi es la restricción más grave posible del derecho de defensa, por lo que habrán de establecerse muy elevadas exigencias para que no pueda considerarse que tal restricción menoscaba dicho derecho de manera manifiesta y desproporcionada¹⁸.

10. El derecho fundamental a un procedimiento justo exige que el interesado pueda defender eficazmente su posición jurídica. Y el derecho a ser oído ocupa un lugar preeminente en la organización y desarrollo de un juicio justo. Comprende el derecho a manifestarse sobre los hechos pertinentes y las cuestiones jurídicas y a facilitar elementos de prueba¹⁹. Toda restricción al ejercicio de este derecho ha de estar debidamente justificada y debe ir acompañada de las garantías procesales que ofrezcan a las personas afectadas por dicho procedimiento la posibilidad efectiva de impugnar las medidas urgentes adoptadas²⁰.

11. Así, para valorar la proporcionalidad de la medida de excluir del procedimiento al demandado, han de tenerse en cuenta en particular el contenido y el carácter de esta exclusión (*debarment*), así como

¹³ Art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y art. 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea en la redacción dada el 12 de diciembre de 2007.

¹⁴ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 43

¹⁵ Apartado 29 de la sentencia comentada.

¹⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 47.

¹⁷ Apartado 32 de la sentencia comentada.

¹⁸ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 67.

¹⁹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 59.

²⁰ STJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*.

de la sentencia en rebeldía. Y para ello, la Abogada General plantea algunas preguntas que pueden servir para cumplimentar este test de proporcionalidad. A saber: ¿Se tuvo en cuenta, a la hora de declarar la exclusión, si el incumplimiento de las órdenes judiciales fue culpable? ¿Existe algún medio de defensa frente a la pretensión formulada en el procedimiento principal que no haya sido tenido en cuenta, o bien pudo el demandado formular alguna alegación sobre el asunto principal en una fase procesal anterior y tal alegación sí ha sido tenida en cuenta? ¿Pudo el demandado pronunciarse al menos sobre el importe de la reclamación? ¿Se realizó una apreciación de la coherencia de las pretensiones antes de que se dictase la sentencia en rebeldía o cuando menos en una fase procesal anterior (antes de la adopción de la *freezing order*)? ¿Se apercibió la imposición de la sanción?²¹.

Si una vez analizadas todas las circunstancias concurrentes en el caso, se aprecia que la sanción es desproporcionada, se podrá afirmar la existencia de una violación manifiesta del derecho fundamental a un procedimiento justo y, en consecuencia, denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia del Estado de origen²².

12. Yendo más allá y profundizando en cada una de las instituciones procesales anglosajonas utilizadas en el procedimiento de origen, el Tribunal de Justicia analiza pormenorizadamente en qué medida su adopción ha podido lesionar el derecho del demandado a un proceso justo. Así, y en lo que se refiere a las *disclosure orders*, precisa el Tribunal de Justicia que incumbe al órgano jurisdiccional remitente analizar si el Sr. Gambazzi tuvo la posibilidad de ser oído, en una fase anterior al pronunciamiento de esas resoluciones sobre su objeto y su alcance. También analizar de qué medios de impugnación dispuso el Sr. Gambazzi tras dictarse dichas *disclosure orders* para solicitar que fueran motivadas o revocadas. En este contexto, procede determinar si el interesado tuvo la posibilidad de invocar todos los elementos de hecho y de derecho en los que, a su juicio, podía sustentarse su pretensión y si se examinaron en profundidad estos aspectos, respetando plenamente el principio de contradicción o si, por el contrario, tan sólo pudo plantear cuestiones limitadas²³.

En cuanto a la no ejecución por el Sr. Gambazzi de las *disclosure orders*, señala el Tribunal de Justicia que incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si los motivos expuestos por el Sr. Gambazzi, en particular el hecho de que la divulgación de la información solicitada le habría llevado a vulnerar el secreto profesional al que está obligado en su condición de abogado y por ende a cometer un acto sancionable penalmente, pudieron invocarse en el marco de un procedimiento judicial contradictorio²⁴.

En cuanto a las *unless order*, matiza el Tribunal de Justicia que el órgano jurisdiccional remitente debe analizar si el Sr. Gambazzi dispuso de garantías procesales que le asegurasen una posibilidad efectiva de impugnar la medida adoptada.

En relación con las resoluciones de la High Court, mediante las cuales ésta se pronunció sobre las pretensiones de los demandantes como si el demandado hubiera incurrido en rebeldía, entiende el Tribunal de Justicia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar si la fundamentación de las referidas pretensiones fue objeto de examen en dicha fase o en una fase anterior y si el Sr. Gambazzi tuvo en dicha fase o en una fase anterior la posibilidad de manifestarse sobre ese particular y si dispuso de algún medio de impugnación²⁵.

13. Un hecho relevante en todo este procedimiento fue la denegación del reconocimiento de la citada sentencia inglesa en Suiza, aplicando el art. 27.1 del Convenio de Lugano. Este reconocimiento fue denegado no por considerar que la exclusión del Sr. Gambazzi del procedimiento era contraria a su orden público, sino que entendieron que era contrario a su orden público el hecho de que tras cambiar de abogados, los anteriores impidieron al Sr. Gambazzi examinar los autos hasta que abonase los honorarios de aquellos y, posteriormente, el órgano jurisdiccional inglés tampoco le permitió examinar los autos del proceso para no desvirtuar el derecho de retención de los abogados²⁶.

²¹ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 70.

²² Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 73.

²³ Apartado 42 de la sentencia comentada.

²⁴ Apartado 43 de la sentencia comentada.

²⁵ Apartado 45 de la sentencia comentada.

²⁶ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 54.

En todo caso, ni el TJCE ni el órgano jurisdiccional remitente pueden estar vinculados a la apreciación concreta de la vulneración del orden público efectuada por otro tribunal de un Estado contratante del Convenio de Lugano, dado que el orden público que debe apreciarse es el orden público nacional. Y únicamente han de tenerse en cuenta los principios generales que los tribunales de los Estados contratantes desarrollan a la hora de interpretar el orden público en el marco del CLug y no las calificaciones concretas, recogidas en dicho Convenio, de un determinado supuesto como ajustado o contrario al orden público²⁷.

III. Desenlace: la apuesta del TJCE por el orden público internacional de fondo

14. Tras las argumentaciones jurídicas, el Tribunal de Justicia emite el siguiente fallo: *«El juez del Estado requerido puede tener en cuenta, a la luz de la cláusula de orden público contemplada en dicho artículo, el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado, que compareció debidamente ante él, pero fue excluido del procedimiento mediante una resolución por no haber cumplido las obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada anteriormente en el marco del mismo procedimiento, cuando, a resultas de una apreciación global del procedimiento y habida cuenta de todas las circunstancias, el juez del Estado requerido haya podido concluir que la medida de exclusión constituyó un menoscabo manifiesto y desproporcionado del derecho del demandado a ser oído»*.

15. Y desde luego, la trascendencia de este fallo está fuera de toda duda porque viene a consolidar la línea argumental que ya inició el Tribunal de Justicia con la sentencia Krombach, en el sentido de que los derechos de defensa, en su más amplio alcance, pueden subsumirse dentro de la cláusula del orden público internacional del art. 27.1 CBr ahora 34.1 Reglamento 44/2001.

En este caso, y aunque se trata de una rebeldía forzada (que no forzosa) por el órgano jurisdiccional de origen, al emitir una resolución por la que quedaba excluido el demandado del procedimiento por no haber atendido los requerimientos formulados por el tribunal, el apartado segundo del art. 27 no podría aplicarse y la situación sólo podría salvarse acudiendo a la cláusula del orden público internacional.

16. En la línea de lo especificado en las sentencias Krombach y Renault, el Tribunal se reafirma en que a él únicamente le corresponde fijar los límites aplicativos del orden público internacional, sus condiciones de aplicación, pero no puede determinar su contenido, ya que ello depende de cada Estado miembro. Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal instruye al órgano jurisdiccional remitente, indicándole en qué cuestiones ha de fijarse para valorar si realmente se ha vulnerado, de manera manifiesta, el derecho del demandado a ser oído en el proceso. Y realiza un interesante análisis de proporcionalidad entre lo que son las medidas de tutela cautelar inglesas, pensadas, en principio, para garantizar el buen funcionamiento de la administración de justicia, y el derecho que el demandado tiene de poder participar activamente en el procedimiento de que es causa.

17. Entiendo que es una resolución acertada y valiente porque el que el orden público internacional constituya una traba a la libre circulación de las resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo, no significa que no se contemple, antes en el CBr y ahora en el Reglamento 44/2001, como un motivo de rechazo del reconocimiento y no puede ser adelgazado o cercenado de tal modo que haya quien diga que el CBr y el Reglamento sólo protegen los derechos procesales de defensa garantizados en el apartado segundo del art. 27 y 34, respectivamente. El derecho a ser oído en un proceso, que es manifestación del derecho a un juicio justo, es un principio fundamental de Derecho comunitario y si existen manifestaciones procesales en algún Estado miembro que difícilmente pueden encontrar acomodo en este derecho, deben ser puestas de manifiesto. Una vez más, el Tribunal de Justicia ha dejado sentado que el orden público internacional debe servir de adalid de la protección de estos derechos que, ciertamente, no puede utilizarse a la ligera o con profusión no calibrada, pero tampoco puede ser dejado sin contenido.

²⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott..., cit., apartado 58.

EL CONCEPTO DE PARTE EN EL PROCESO DE EXEQUÁTUR. NOTA A LA STJCE DE 23 DE ABRIL DE 2009

ANTONIA DURÁN AYAGO
*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 28.06.2010 / Aceptado: 06.07.2010

Resumen: Esta sentencia profundiza sobre el concepto de parte utilizado en el art. 43.1 del Reglamento (CE) 44/2001. En concreto, se solicita que el TJCE aclare si debe considerarse parte, a los efectos de recurrir una resolución de exequátur, al acreedor que ejercite una acción en nombre y por cuenta de su deudor, aunque formalmente no haya actuado como parte procesal en el litigio en el que otro acreedor de ese deudor formuló tal solicitud.

Palabras clave: Eficacia extraterritorial de decisiones, concepto de parte, legitimación activa en reconocimiento, procedimiento de ejecución, acción oblicua

Abstract: This sentence deepens on the concept of part utilised in the article 43,1 of the Regulation (EC) 44/2001. Specifically, it is requested that the ECJ explains if should consider part, to effects of appealing a resolution of exequatur, to the creditor that exercises an action in name and payable by its debtor, although it has not formally acted as a procedural part in the litigation in which another creditor of that debtor formulated such application.

Key words: Extraterritorial effects of foreign decisions, concept of part, active legitimation in recognition, procedure of execution, indirect action.

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. Posicionamiento de las partes e interpretación de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido. III. El concepto de parte, según el Tribunal de Justicia. IV. Conclusiones.

I. Planteamiento inicial

1. La Sentencia del TJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-167/08, *Draka*¹ interpreta el concepto de “parte” comprendido en el art. 43.1 del *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, el Reglamento o Reglamento 44/2001) que reza “[I]a resolución sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes”².

En particular, se solicita del Tribunal de Justicia que aclare si debe considerarse parte, a los efectos de recurrir una resolución de exequátur, al acreedor que ejercite una acción en nombre y por

¹ Comentada también, entre otros, por L. IDOT, “Notion de “partie” dans le cas d’une action oblique”, en *Europe, Actualité du Droit Communautaire*, nº 6, juin 2009, pp. 43-44; E. PATAUT, Nota, en *RCDIP* juillet-septembre 2009, pp. 573-580.

² Este asunto fue juzgado sin Conclusiones del Abogado General, en atención a lo expuesto en el artículo 20 párrafo quinto del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dispone: “Si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de Derecho nueva, el Tribunal de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General”. Y así se consideró en este caso”.