

DE LA TUTELA EN ORIGEN A LA GUARDA DE HECHO
EN DESTINO: RECONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN
DESCONOCIDA. A PROPÓSITO DEL AUTO N.º 209/2020
(PROCEDIMIENTO DE EXEQUÁTUR) DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA N.º 6 DE SAN SEBASTIÁN

FROM GUARDIANSHIP AT ORIGIN TO THE FACT GUARD
IN DESTINATION: RECOGNITION OF THE UNKNOWN
INSTITUTION. A PURPOSE OF ORDER NO. 209/2020
(IN PROCEDURE OF EXEQUÁTUR) OF THE COURT
OF FIRST INSTANCE NO. 6 OF SAN SEBASTIÁN

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 12.06.2020 / Aceptado: 13.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5637>

Resumen: El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Donostia/San Sebastián de 19 de febrero de 2020 (Exequátur 1406/2019), valida la demanda de exequatur para el reconocimiento de resolución judicial extranjera proveniente de los tribunales de Uganda por la que en origen se acuerda la constitución de la tutela de un menor a favor de los demandantes, de nacionalidad y residencia española. En este caso, el Tribunal, en aplicación del art. 44.4 de la LCJIMC, se muestra a favor de reconocer una institución desconocida para nuestro ordenamiento como es la coexistencia entre la tutela y la patria potestad, y en su labor de calificación estima que la guarda de hecho es la institución de nuestro ordenamiento jurídico a la que se adapta la resolución extranjera ahora reconocida por no contravenir el orden público español.

Palabras clave: reconocimiento, institución desconocida, interés del menor, tutela, cooperación judicial internacional.

Abstract: The order of the Court of First Instance nº6 of Donostia / San Sebastián of February 19, 2020 (Exequatur 1406/2019), validates the demand of exequatur for the recognition of foreign judicial resolution coming from the courts of Uganda by which it was originally agrees the constitution of the guardianship of a minor in favor of the plaintiffs, of Spanish nationality and residence. In this case, the Court, in application of art. 44.4 of the “Law on international legal cooperation in civil matters” (LCJIMC) is in favor of recognizing an institution unknown to our legal system, such as coexistence between guardianship and parental authority, and in its qualification work it considers that guardianship is in fact the institution of our legal system to the that the now recognized foreign resolution is adapted for not contravening the Spanish public order.

Keywords: recognition, unknown institution, interest of the minor, guardianship, international judicial cooperation.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Contextualización de la resolución judicial favorable al exequátur. 1. La Resolución dictada en el Estado de origen no es contraria al orden público. 2. Adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico español. IV. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. El Auto n.º 209/2020, de 19 de febrero de 2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Donostia-San Sebastián, exequátur 1406/2019, tiene por objeto una petición de demanda de exequátur en la que se solicita el reconocimiento de la Sentencia de fecha 28 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal Superior de Uganda con sede en Jinja, adoptada en el marco del procedimiento judicial de tutela n.º 36/2014, por el cual se acordó la constitución de la tutela del menor I.K. a favor de la familia solicitante, integrada por una pareja de nacionalidad española y con residencia en San Sebastián.

2. La demanda de exequátur planteada ante los tribunales españoles (y desde la vertiente territorial interna ante los Juzgados de San Sebastián, domicilio de los demandantes de exequátur y residencia habitual del menor I.K.), plantea como objeto principal de debate jurídico la interpretación del sentido, extensión y alcance del artículo 44.4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC) así como también la relativa a las previsiones contenidas en el artículo 12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). Atendiendo a los potenciales bloques normativos en presencia, y tras descartarse por razón del tribunal de origen (Uganda) la aplicación de los Reglamentos Europeos, y en ausencia de Convenio internacional multilateral o bilateral aplicable en relación a la materia suscitada entre España y Uganda, deviene aplicable la normativa interna española. La Ley Orgánica 1/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) en su artículo 22.5 atribuye la competencia judicial de los tribunales españoles en materia de exequátur, al disponer que,

Artículo 22.

Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias:

- a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que éste y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado.*
- b) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos.*
- c) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español.*
- d) Inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o el registro.*
- e) Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.*

3. La petición de exequátur fue presentada a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Uganda antes citada y por la que se concedió la tutela del menor I.K. a favor de los solicitantes y con el fin de reconocer dicha Sentencia en España, invocándose la aplicación del artículo 44.4 de la LCJIMC. El supuesto parte de una premisa calificatoria clave: nos encontramos ante una institución jurídica desconocida en nuestro ordenamiento jurídico interno español, en concreto la institución extranjera de tutela (atribución de funciones propias de la tutela sin implicar privación de la patria potestad de los padres biológicos, residentes en el Estado de origen de la decisión judicial, Uganda). Ante tal controversia inter-

pretativa, el Tribunal español procede a reconocer la resolución judicial extranjera adaptando una medida conocida y existente en nuestro ordenamiento jurídico español, la institución de la guarda de hecho, al estimar que estando presididas ambas por finalidades o *ratios* legislativas similares atienden a intereses también equiparables (interés superior del menor), y puede afirmarse que tienen efectos equivalentes.

II. Supuesto de hecho

4. Los solicitantes (casados y ambos nacionales españoles) tienen a su vez un hijo biológico en común, residen en Donostia-San Sebastián y son miembros de una ONG creada por ellos mismos para atender las necesidades odontológicas en Uganda. Respecto al menor I.K., que en la actualidad tiene quince años, nació en Butagaya (distrito de Jinja, Uganda) y convivía con sus padres y otros diecisiete niños en una misma casa (su padre se hacía cargo de todos ellos con dificultades para satisfacer las mínimas necesidades materiales y viviendo en situación de extrema pobreza). En el año 2009 los solicitantes entraron en contacto con la familia del menor (que contaba entonces con tres años de edad) y su familia. Durante los siguientes años los demandantes viajaron con frecuencia a Uganda, donde costearon los estudios del menor en inglés y planificaron durante este tiempo, de mutuo acuerdo con los padres biológicos del menor, la posibilidad de que éste recibiera una educación escolar mejor en España hasta concluir los estudios universitarios, surgiendo a raíz de ese permanente contacto interfamiliar una estrecha relación de amistad con la familia africana.

5. Desde el 30 de octubre de 2014, el menor reside con los solicitantes en Donostia, donde figura empadronado y donde los solicitantes obtuvieron los visados correspondientes de estancia e informes favorables desde el curso del 2014 hasta el 2017, cursando 3º, 4º y 5º de Educación Primaria en una escuela pública). Mediante Resolución de fecha 8 de junio de 2019 el subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa acordó conceder a I.K. una prórroga de autorización de estancia por estudios y en la actualidad ha finalizado el primer curso de la E.S.O. Todos estos hechos constatan que durante todos estos años los solicitantes han atendido y dado cobertura a las necesidades del menor, incluyendo su bienestar general, su mantenimiento y sus gastos generales.

6. Con carácter previo al desplazamiento del menor a Donostia, los demandantes solicitaron ante el Tribunal Superior de Uganda en Jinja, la tutela de I.K. con el visto bueno y el consentimiento expreso de los padres biológicos, y en el marco del procedimiento judicial nº 36/2014 se dictó sentencia el 28 de octubre de 2014 fijando orden judicial de tutela por la que se otorgaba la tutela del menor y se nombraba a los solicitantes tutores legales del menor, fijando además una serie de exigencias o condiciones burocráticas, tales como que se registrara el nombramiento en la Oficina de Servicios de Registro de Uganda, Ministerio de Justicia y Asuntos Constitucionales, que se aportara al Consulado español en África Oriental una copia del nombramiento y el cumplimiento de la condición, orientada a que el menor no perdiera el contacto con su familia biológica, de que éste pasara unas vacaciones con su familia biológica en su casa de Uganda al menos una vez cada tres años a cargo de los demandantes.

7. A su vez, los progenitores biológicos de I.K. visitaron a su hijo en España el año 2018, permaneciendo en Donostia-San Sebastián durante el plazo de dos meses; con ocasión de dicha estancia formalizaron una declaración jurada notarial en la que reiteraban su voluntad y deseo que se reconociera en favor de los solicitantes la tutela sobre su hijo acordada ya en origen, en Uganda, por la citada sentencia.

III. Contextualización de la Resolución judicial favorable al exequátur

8. En relación la cuestión de fondo planteada en el marco del procedimiento de exequátur, centrada en cómo lograr reconocer efectos en España en relación a una institución jurídica inexistente como tal en nuestro ordenamiento jurídico español, los solicitantes fundamentan su solicitud principalmente

en la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), en particular aludiendo al tenor de su art. 44.4 y con el objetivo de proyectar así su operatividad sobre el supuesto concreto derivado de la sentencia de los tribunales de Uganda: la resolución adoptada en origen, sin implicar privación de la patria potestad a los progenitores biológicos, acuerda la atribución de funciones propias de la tutela a los solicitantes (matrimonio español), siendo desconocida en nuestro ordenamiento la coexistencia simultánea de ambas instituciones.

La argumentación jurídica sostenida ante tribunal español combina la inexistencia de vulneración del orden público interno español con la invocación de que la medida acordada en Uganda por su Tribunal Superior debe ser adaptada a una institución jurídica española que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, todo ello atendiendo al tenor del art. 44.4 de la LCJIMC.

9. Junto a la normativa específicamente vinculada a la solicitud procedimental de exequátur, y en apoyo argumental sustantivo o material cabría tener presente las siguientes normas jurídicas: la Constitución Española (artículo 39.4 apelando al interés superior del menor, al señalar que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*), la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de fecha 2 de Septiembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del niño de fecha 21 de Septiembre de 1992, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños de fecha 1 de Diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de fecha 1 de Diciembre de 2009, que en su artículo 24 prevé que *“ Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses ”* y 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 con arreglo al cual *“1. El presente Convenio tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio. 2. A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño ”*.

10. Respecto al sistema de fuente normativa autónoma o interna española, y junto a la normativa específica de Derecho internacional privado antes citada (LOPJ, LCJIMC y LJV) cabría tener presente desde una vertiente argumental de Derecho sustantivo o material el siguiente elenco normativo. Es aplicable la siguiente legislación: los artículos 92, 96 y 193 del Código Civil y los arts. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, conforme a los cuales *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor ”* y *“Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior ”*.

1. La resolución dictada en el Estado de origen no es contraria al orden público

11. Dispone el art. 41.2 de la LCJIC que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso, reconocimiento que, según el artículo 44, tendrá lugar respecto de aquellas resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos establecidos en la misma ley. Las causas de denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera son tasadas y se encuentran reguladas en el art. 46 LCJI, a cuyo tenor,

“Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) *Cuando fueran contrarias al orden público.*
- b) *Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurrir una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*
- c) *Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*
- d) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*
- e) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.*
- f) *Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero”.*

A su vez, el art. 12.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria dispone que:

“El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

- a) *Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.*
- b) *Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.*
- c) *Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.*
- d) *Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”.*

12. Cabe recordar que el art. 46 de la LCJIMC establece las causas de denegación del exequatur, entre las que destaca en su apartado a) si es contraria al orden público español. El tenor del precepto contrasta con la formulación prevista en el art. 12.3 de la LJV, ya que en esta segunda norma se prevé que la denegación procederá en aquellos supuestos en los que se aprecie que sus efectos sean manifiestamente contrarios al orden público español, (apartado c) o cuando se trate de una violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en nuestro ordenamiento jurídico (apartado d); este último apartado d puede ser calificado como redundante e innecesario, porque en realidad ese concepto

de “derechos fundamentales y las libertades públicas” quedan en realidad adscritos al ámbito del propio orden público español¹.

13. El art. 222 del Código Civil español señala que “*estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.; los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.; los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.; los menores que se hallen en situación de desamparo*”.

14. La patria potestad de los padres, con relación a sus hijos menores se considera un derecho-función que trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo, para su titular; por lo que no se puede disponer de la misma e impide, a quien la ostenta, abandonarla. Solo se puede extinguir por causas legales. El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de que sea un tercero el que ejerza las funciones propias de la potestad parental, cuando lo acuerde la autoridad judicial o la entidad pública, ésta última, incluso, a petición de los propios progenitores, pero la patria potestad es intransferible por los progenitores.

15. En otra sentencia, el TS 1442/2018, de 14 marzo², identifica el orden público con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE³, que promueve la tutela judicial efectiva. En las sentencias del TC, es evidente que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”⁴.

16. Tal y como muy acertadamente han señalado Calvo Caravaca y Carrascosa González, la expresión del art 46.1 LCJIMC es en realidad desafortunada⁵ porque la contrariedad debe apreciarse entre el reconocimiento de la resolución y el orden público del Estado de destino, no contra el orden público de manera genérica, como señala la LCJIMC. Cabría reorientar la interpretación del precepto atendiendo a los cánones hermenéuticos derivados del tenor del RBI bis.

17. En efecto, en los casos en que se aprecie que el reconocimiento/exequatur de una sentencia extranjera pueda dañar un interés público español el recurso a la excepción del orden público internacional habrá de conducir al rechazo del reconocimiento/exequatur, de lo que se desprende que la dicción del precepto no es muy acertada. Asimismo, es muy relevante el área jurídica afectada por la resolución extranjera. Así, deben considerarse, como principios pertenecientes al orden público internacional, en

¹ En tal sentido, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107; Efectivamente, tales derechos y libertades son el núcleo del contenido del orden público español, lo que hace que el apartado d) del art. 12.3 LJV, la cuarta causa de denegación, resulte injustificada. En cualquier caso, llama poderosamente la atención que la formulación de estas causas de denegación, que se aprobaron con una diferencia de días, sean distintas de las que prevé el art. 46.1 LCJIMC. Es necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV, que contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico.

² STS de 14 marzo 2018 (RJ 1442/2018).

³ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, N° 2, pp. 178-179; La tutela judicial efectiva se reconoce en la SAP Girona de 25 de enero 2017 (RJ 33/2017); en la STC de 22 de abril 1981 (RJ 13/1981); en la STC de 26 de diciembre 1984 (RJ 126/1984); en la STC de 19 de abril 1993 (RJ 120/1993); en la STC de 14 de junio 1999 (RJ 115/1999); en la STC de 3 de junio 1997 (RJ 112/1997), y en la STC de 13 de marzo 2000 (RJ 61/2000).

⁴ STC de 13 de febrero 1985 (RJ 19/1985); J. C. MONTALVO ABIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, n° 22, 2010-II, p. 220.

⁵ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 784. Tal y como señalan, “El orden público internacional español solo se ve perjudicado y dañado si causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad española”. El orden público internacional español “debe ser la excepción, y no la regla”.

el sector del Derecho de menores, los principios de “interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequatur si no es así”⁶.

18. Por todo ello cabe afirmar que la denegación de un reconocimiento/exequatur por causa de orden público internacional debe quedar sujeto a unos criterios de interpretación restrictivos⁷ porque el orden público internacional debe ser la excepción y las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras que operan en el DIPr. Español (de fuente interna o autónoma y europea) debe ser la “regla general”⁸. Por ello cabe concluir que la orientación del Juzgado de San Sebastián es, sin duda, acertada.

19. Dentro del núcleo troncal del orden público⁹ integrado por los principios fundamentales del Derecho español ocupa lugar preferente el relativo al “interés del menor”, que se incorpora a la Constitución española en los arts. 39.4 y el art. 10. El principio del interés superior del menor aparece, también, en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989 (en el artículo 3.1), y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE (artículo 24.2).

20. Cabe recordar que, conforme al propio ordenamiento civil español, el Juez tendrá discrecionalidad para designar como tutor o curador a la persona más adecuada (art. 234 Código civil), valorando las circunstancias del caso concreto y sobre todo, anteponiendo los intereses del menor.

21. Aplicando la doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, cabe mencionar, entre otras, las siguientes sentencias:

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero 1989 (RJ 54\1989), que indica:

“Como señaló la STC 43/1986, aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución sólo alcanza plena eficacia allí donde se ejerce la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras (incluidas también las judiciales) que supongan vulneración de aquellos derechos y libertades públicas. El orden público del foro ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, para lo que aquí interesa, por las que impone su art. 24. Estas exigencias no suponen sólo que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía (art. 954.2 LEC). Requiere también en aplicación del apartado 3.º del mismo art. 954 de la LEC que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, tenga en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 de la Constitución, de forma que dicha ejecución no se convierta en un medio para enervar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

22. Destacamos igualmente el Auto del mismo TC de 9 de junio 1998 (RJ 1998\5323):

“El Alto Tribunal ha precisado, asimismo, que el concepto del orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el artículo 24 CE”.

⁶ Preámbulo VIII, LCJIMC; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786.

⁷ Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13.

⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

⁹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 107.

23. Cabe citar, entre otros, el Auto de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo 2018 (Aranzadi JUR 2018\52675): *“para que el orden público sea un obstáculo al reconocimiento de una resolución extranjera, es necesario que lo acordado en la misma suponga un grave menoscabo a los principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales más que como instrumento destinado al respecto en abstracto de los ordenamientos jurídicos. Es decir, como sostiene doctrina cualificada, el orden público entendido como salvaguarda de un determinado modelo de familia viene desapareciendo progresivamente y orientándose hacia un orden público de protección entendido como salvaguarda de los derechos de las personas”*.

24. ¿Es factible proyectar la anterior doctrina jurisprudencial sobre el supuesto derivado del contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Uganda?; ¿Cabe estimar que el reconocimiento en España de tal decisión judicial no contraviene el orden público español ateniendo al argumento principal de que la sentencia, al atribuir la tutela a los solicitantes con funciones propia de la patria potestad, no atenta contra los principios rectores del derecho de familia español vigentes en esta materia de responsabilidad parental?; ¿cabe por tanto admitir que si no se aprecia la existencia de tal vulneración del orden público español podrían adoptarse medidas por parte de la autoridad judicial española similares en cuanto a sus efectos en relación a la protección de menores, sin que tampoco dicha resolución menoscabe principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico?

25. ¿Existe fundamento jurídico sustantivo o material en el derecho civil español que permita identificar esa figura o institución que garantice efectos equivalentes a la institución extranjera validada judicialmente en origen (en este caso, la medida de tutela adoptada por el Tribunal Superior de Uganda)? Para resolver esta cuestión no estrictamente ius internacional privatista sino puramente civil cabría atender a lo previsto en los arts. 154, 222, 172 y 173 del CC.

El artículo 154 del CC prevé lo siguiente:

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*
- 2.º *Representarlos y administrar sus bienes.*

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

El artículo 222 del CC respecto a la figura de la tutela señala que

“Estarán sujetos a tutela:

- 1.º *Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.*
- 2.º *Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.*
- 3.º *Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*
- 4.º *Los menores que se hallen en situación de desamparo”*.

Por último, los artículos 172 y 173 del CC regulan la figura de la guarda y acogimiento de menores.

26. Del tenor de tales preceptos cabe inferir la conclusión de que el derecho civil español sí autoriza o prevé la posibilidad de que sea un tercero ajeno a los progenitores biológicos quien ejerza las

funciones propias de la patria potestad cuando lo acuerde la autoridad judicial o la Entidad pública, ésta última incluso a petición de los propios progenitores.

2. Adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico español

27. Si analizamos los términos de la sentencia del tribunal superior de Uganda y confrontamos su tenor con el contenido de los preceptos normativos internos españoles antes citados cabe llegar a la conclusión de que la tutela en los términos recogidos en la resolución del Tribunal Superior de Uganda resultaba en si misma incompatible o inconciliable (si mediara una operación de adaptación) con las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico civil español, ya que existen unos progenitores biológicos que ni han sido privados ni suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

Por ello, resultaba obligado proceder a la adaptación de tal medida dictada en origen a una institución jurídica conocida y admitida en nuestro ordenamiento jurídico español que a su vez tuviera efectos equivalentes a la dictada en Uganda y persiga una finalidad e intereses similares. Éste es el objetivo, la *ratio* última del art. 44.4 de la LCJIC, con arreglo a cuyo contenido,

“Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida”.

28. En este contexto, fue el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis) quien introdujo en su artículo 54.1 esta figura por primera vez:

“Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen”.

La LCJIMC, de igual manera, ha optado por adaptar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento.

29. En realidad supone una proyección de la clásica teoría o técnica de la *extensión de los efectos*, y su objetivo es poder materializar la traslación extraterritorial de las previsiones de la sentencia dictada en el Estado de origen, de forma que sus previsiones y efectos sean operativas y trasladables a España. La novedosa redacción incorpora dos salvaguardas, como son: a) la adaptación no les dará más efectos que los que tuvieron en el Estado de origen; y b) la adaptación se podrá impugnar¹⁰.

30. Tal y como acertadamente ha señalado Gascón Inchausti, la adaptación de medidas o instituciones desconocidas (art. 54 RBI bis y arts. 44.4, 57 y 61 de la LCJIMC) pretende evitar la denegación del reconocimiento/ejecución de una resolución judicial procedente de otro Estado; y de esta manera, “obligar a los tribunales españoles a realizar las labores necesarias para alcanzar el resultado material que se desprende de ella”¹¹.

¹⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 163.

¹¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 164; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

En ese sentido, tal y como sentenció la Audiencia Provincial de Cádiz: “Si una institución como la «*kafala*» es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”¹².

31. Por su parte, el artículo 57 de la LJCIC se refiere, en términos similares, a la «adecuación» de instituciones jurídicas extranjeras que habrá de realizarse por notarios y funcionarios públicos españoles cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos extranjeros. Finalmente, la referida Ley vuelve a abordar la adaptación en el artículo 61, esta vez al ocuparse de la inscripción en registros públicos de resoluciones o documentos públicos extranjeros.

32. Visto lo anterior, es importante destacar que esta necesidad de adaptación se puede plantear principalmente en dos ámbitos diversos: por un lado y teniendo en cuenta la diferente regulación existente en cada ordenamiento relativa a la tutela provisional o cautelar, las medidas provisionales y cautelares, con medidas cuyo contenido y eficacia pueden variar de un Estado a otro. En concreto, un juez español puede tener problemas o dificultades para ejecutar una medida cautelar o provisional, si ésta no coincide con alguna de las previstas en nuestro ordenamiento interno –tanto en su denominación como, sobre todo, en su contenido concreto–. Esto es lo que sucedió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1992, que confirmó la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una inscripción hipotecaria judicial provisoria acordada por un tribunal francés, a pesar de que la resolución judicial había recibido el exequátur y a pesar, también, de que la inscripción hipotecaria judicial provisoria francesa es prácticamente equivalente al embargo preventivo garantizado mediante anotación preventiva. Y algo similar se repitió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2004, esta vez con una «hipoteca asegurativa» acordada por un tribunal alemán y cuya inscripción fue denegada por el Registrador «por no reconocer el derecho español la figura de la hipoteca asegurativa tal como se recoge en el ordenamiento de procedencia». Mayores aún pueden ser los problemas si lo que se trata de ejecutar en España es una medida cautelar que opere *in personam*, como las *freezing orders* y *Mareva injunctions* de los sistemas de *common law*.

33. De otro lado, la adaptación de instituciones jurídicas desconocidas puede ser necesaria para la ejecución de condenas no dinerarias. De hecho, éste parece ser el ámbito que sirvió de base para la introducción de la regla de adaptación en el artículo 54 del Reglamento Bruselas I bis. En efecto, su origen ha de vincularse con la STJUE de 12 de abril de 2011 en el asunto *DHL Express France*, C-223/15, EU:C:2016:71 respecto de las dificultades que podría suscitar la ejecución de una *astreinte* (sanciones convertidas en dinero (económicas) contra el deudor que demora el cumplimiento de una orden judicial, y que son requeridas por el juez a razón de una suma de dinero por cada día, cada semana o cada mes en que un deudor retarda el cumplimiento de una obligación determinada) dictada por un tribunal francés como complemento de una orden judicial de cesar en la infracción de una marca comunitaria. Se da la singularidad de que la *astreinte* francesa es una multa coercitiva cuyo acreedor es el sujeto perjudicado por la conducta infractora, mientras que en otros ordenamientos, por el contrario, son los Estados quienes ingresan el importe de las multas coercitivas impuestas en caso de infracción de condenas no dinerarias; además, en algunos sistemas jurídicos ni siquiera es posible establecer el importe de la multa coercitiva en la propia sentencia de condena a no hacer, sino que sólo cabrá hacerlo en ejecución, una vez constatado el incumplimiento. Por ese motivo, antes de dictar sentencia firme que contuviera una orden de cesación/prohibición acompañada de una *astreinte*, la *Cour de Cassation* francesa planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, para determinar si resulta posible por su parte incluir en su resolución una medida coercitiva llamada a producir efectos en Estados en los que ese tipo de medidas no existen. Para el Tribunal de Justicia, lo relevante no es tanto la ejecución *stricto sensu* de la *astreinte* francesa, tal como está regulada, sino más bien la consecución del objetivo perseguido por la orden judicial de cesar en la comisión de actos de violación de la marca comunitaria.

¹² Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de julio 2018 (RJ 489/2019).

34. Ante esto, nos situamos en que la introducción de una regla de adaptación de medidas o instituciones desconocidas tiene una **finalidad doble**: por un lado, impedir la denegación del reconocimiento o de la ejecución de una resolución judicial procedente de otro Estado miembro con el único argumento de que la medida u orden que se contiene en la resolución de origen es desconocida en España; y, en aplicación de lo anterior, obligar a los jueces/tribunales españoles a realizar el trabajo necesario para alcanzar el resultado material que se desprende de ella.

35. Ahora bien, cabe recordar que la adaptación no significa necesariamente conversión: la LCJIC no exige que de modo forzoso el tribunal requerido deba convertir la orden o la medida de origen en una orden o en una medida nacional; en efecto, si esa conversión fuera posible sin alterar su naturaleza y su eficacia jurídica no estaríamos ante un problema de adaptación, sino de traducción. Es obvio, sin embargo, que esa conversión resultará posible y adecuada si con ella se consigue dar encaje a la figura extranjera en una figura nacional que le permita desplegar efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares –y sin darle, tampoco, más efectos que los que tenía en origen. Es función del tribunal o de la autoridad requerida hacer lo necesario para que el litigante que solicita el reconocimiento, la ejecución o la inscripción obtenga la tutela que pretende, con los medios, eso sí, que le ofrece su propio ordenamiento.

IV. Consideraciones finales

26. La valoración positiva que cabe inferir de la decisión judicial analizada se fundamenta en que contiene una acertada aplicación del art 44.4 de la LCJIMC, y en que interpreta de forma muy correcta la excepcionalidad del orden público y su obligada interpretación restrictiva, además de interpretar el indeterminado concepto jurídico de “interés superior del menor” de forma coherente y atinada en atención a los diferentes intereses en presencia.

27. Cabe compartir plenamente el punto de vista del Juzgado, al considerar que la concesión o autorización del exequátur no menoscaba el ordenamiento jurídico español, puesto que lo que solicita la sentencia extranjera, no atenta, ni menoscaba los valores fundacionales de nuestro orden público español.

28. La causa de denegación del reconocimiento/exequatur basada en el orden público previsto en el art. 46.1 de la LCJIMC y el art. 12.3 de la LJV debe ser la excepción, y nunca la norma general, y más, valorando el bien jurídico objeto de protección, que es el de una menor. Como acertadamente señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, “lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad por encima de las fronteras y la salvaguarda de su vida familiar”.

29. Por último, cabe destacar la compleja interacción entre dos normas (la LCJIMC y la LJV) que regulan la misma materia, resultando un uso combinativo de dichas leyes complejo en su proyección práctica.

Respecto a las causas de denegación del reconocimiento de una sentencia extranjera, la LCJIMC en su artículo 46 prevé que

“1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.*
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurrir una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*

- c) *Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obediere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*
- d) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*
- e) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.*
- f) *Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.*

Por su parte, la LJV en su artículo 12.3 regula las siguientes causas de denegación:

“3. El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

- a) *Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.*
- b) *Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.*
- c) *Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.*
- d) *Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.*

Es necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV, que contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico. Y de todo ello cabe inferir en qué medida la interacción entre ambas normas deviene compleja para los operadores jurídicos.