

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. HENRI MAYRAS  
presentadas el 26 de marzo de 1980 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

El presente asunto prejudicial ha sido sometido a este Tribunal de Justicia por el Oberlandesgericht (Tribunal de apelación) de Frankfurt am Main, República Federal de Alemania, en el marco de un litigio entre SNC Couchet Frères, empresa francesa de transportes y un cliente alemán, el Sr. Denilauler. Las cuestiones que plantea el Tribunal de remisión tienen por objeto la interpretación del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

Dado que el informe para la vista del Juez Ponente ha expuesto perfectamente los hechos que dieron lugar al litigio y las distintas fases procesales que ha recorrido, me permito no abusar del tiempo del Tribunal de Justicia repitiéndolo, y paso directamente a los importantes problemas planteados por el Tribunal de apelación de Frankfurt.

Las dos primeras cuestiones presentadas por este órgano jurisdiccional se refieren a la interpretación del número 2 del artículo 27, del número 2 del artículo 46 y del número 1 del artículo 47 del Convenio.

El número 2 del artículo 27 dispone que «las resoluciones no serán reconocidas cuando se dicten en rebeldía del demandado, si no se hubiera entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse». Esta norma resulta aplicable a la ejecución con arreglo al párrafo segundo del artículo 34, en virtud del cual la solicitud de ejecución sólo podrá desestimarse por alguno de los motivos previstos en los artículos 27 y 28.

El número 2 del artículo 46 saca de aquí la consecuencia, en el marco de la prueba al exigir que la parte que invocare el reconocimiento o instare la ejecución de una resolución deberá presentar, si se tratare de una resolución dictada en rebeldía, el original o una copia auténtica del documento que acredite la entrega o notificación de la

\* Lengua original: francés.

cédula de emplazamiento o documento equivalente a la parte declarada en rebeldía.

El número 1 del artículo 47 se refiere, por su parte, a la propia resolución que se pretende ejecutar. Exige la presentación, por la parte que instare la ejecución, de «documentación acreditativa de que, según la ley del Estado de origen, la resolución tendrá carácter de ejecutoria y ha sido notificada».

El órgano jurisdiccional de remisión pregunta al Tribunal de Justicia si dichas normas se aplican cuando la resolución dictada en el Estado de origen autoriza una medida cautelar y preventiva a raíz de un procedimiento que, con arreglo al Derecho del mismo Estado, se haya seguido unilateralmente. Especialmente, ¿es éste el caso cuando se trata de una decisión en forma de resolución del Presidente decretando la práctica de un embargo preventivo sobre la cuenta de su deudor en Alemania, sin que este último haya sido advertido de la petición ni de la decisión a la que se llegó al respecto, con arreglo al artículo 48 del antiguo Code de procédure civile?

I. Para zanjar esta cuestión examinaré, en primer lugar, el texto literal de las normas que se han de interpretar.

A este respecto, creo que es preciso distinguir entre el número 1 del artículo 47, por un lado, y el número 2 del artículo 46 y el número 2 del artículo 27, por otro.

El número 1 del artículo 47 utiliza el término «resolución» sin restricción alguna. Como se desprende del artículo 25, se escogió dicho término para designar todas las formas posibles de decisiones jurisdiccionales, incluso las que autorizan la adopción de medidas cautelares y preventivas a raíz de un procedimiento unilateral. A menos que se considere que el término «resolución» tiene en el número 1 del artículo 47 un sentido distinto del que tiene en el artículo 25, esta primera disposición se aplica exactamente a las resoluciones mencionadas.

La aplicabilidad del número 2 del artículo 27 y del número 2 del artículo 46 a las medidas cautelares y preventivas puede por el contrario despertar algunas dudas, por cuanto estas disposiciones contienen, en su versión francesa, las expresiones «défendeur défaillant» y «décision par défaut» respectivamente. Ahora bien, como señala el órgano jurisdiccional de remisión, el procedimiento «par défaut», en el sentido técnico de esa expresión, es un procedimiento «que, por su naturaleza jurídica, no es unilateral sino que, por el contrario, tiene prevista la participación de la parte adversa».

Al analizar el número 2 del artículo 46, la Comisión hace la misma afirmación. Es cierto que el procedimiento en rebeldía es contradictorio, ya que, en tal supuesto, el demandado, por más que no haya reaccionado, ha sido advertido del proceso en el que está implicado.

Sin embargo, está lejos de ser seguro que los términos utilizados en el número 2 del artículo 27 y en el número 2 del artículo 46 del Convenio sólo puedan aplicarse a los procedimientos en rebeldía, tal como se configuran *stricto sensu* en determinados Derechos nacionales.

No creo procedente interpretar el número 2 del artículo 27 como si se refiriera únicamente a los procedimientos precisos peculiares de determinados ordenamientos jurídicos internos. A mi juicio, esta interpretación sería demasiado restrictiva y prescindiría de la autonomía del Convenio como instrumento de Derecho internacional, en relación con los múltiples procedimientos de los Derechos nacionales de los Estados contratantes.

Ello se confirma por la versión inglesa del número 2 del artículo 27 que, al utilizar la expresión de resolución recaída «in default of appearance», se cuida de no utilizar una terminología que recuerde determinados procedimientos nacionales y sólo ellos. Es indiscutible que, según el sentido ordinario de las palabras, cualquier resolución dictada contra un demandado sin que éste sea oído es una resolución «in default of his appearance». La expresión inglesa se refiere simplemente a la ausencia del demandado a lo largo del procedimiento, sea cual fuere la causa. Incluye pues no sólo el caso del demandado al que se ha notificado la demanda, sin que ello provocara reacción alguna por su parte, sino también el caso de aquel a quien, según las normas procesales nacionales, no era preciso notificar dicho acto.

Si bien la versión inglesa del número 2 del artículo 46 utiliza la expresión más corta «given in default», no hay que perder de vista que este precepto es accesorio en relación con el número 2 del artículo 27 del que, como ya he dicho, es la consecuencia en materia de prueba. A causa de este vínculo «given in default» tan sólo puede significar «given in default of appearance».

Tal como señala el propio órgano jurisdiccional de remisión, eminentes especialistas del Convenio como Bülow y Böckstiegel (en: *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil – und Handelssachen – Comentario sobre el artículo 27, III, 2, p. 606–208.209 – Comentario sobre el artículo 46, II, 2, p. 606–276.277*) sostienen asimismo la opinión de que el número 2 del artículo 27 y el número 2 del artículo 46 se aplican a cualquier resolución que se adopte en el marco de un procedimiento de carácter unilateral.

En definitiva, de este análisis literal de las disposiciones controvertidas, saco la impresión de que la tesis de su aplicación a las medidas cautelares y preventivas adoptadas a raíz de un procedimiento unilateral es más sólida que la tesis contraria. No obstante, confieso que, salvo en lo que atañe al número 1 del artículo 47, no pueda encontrar elementos de peso suficiente para fundamentar mi convicción.

II. Por ello no creo que no puede darse solución satisfactoria al importante problema planteado por el Tribunal de apelación

de Frankfurt sino a la luz del objeto y la finalidad del Convenio.

Este se celebró para garantizar el incremento de la protección y la seguridad jurídicas en el mercado común y la eliminación de obstáculos a su funcionamiento.

1) A partir de esta última idea, la demandante en el procedimiento principal, Italia y Comisión pretenden que no se aplique el número 2 del artículo 27 a las resoluciones que autorizan una medida cautelar y preventiva a raíz de un procedimiento unilateral. Afirman que, resoluciones de este género pueden adoptarse en el plano interno en todos los Estados. Siempre en el plano interno cabe hacer la misma afirmación respecto al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, países en los que el Convenio aún no ha entrado en vigor. Como el Convenio tiene por objeto hacer posible en el plano comunitario lo que ya existe en el plano nacional, sacan de ello la consecuencia de que el reconocimiento y la ejecución de dichas medidas deben ser posibles en el plano comunitario.

Más allá de su impecable lógica debo afirmar ante este Tribunal de Justicia que este razonamiento prescinde del carácter particular de las medidas cautelares y preventivas *unilaterales*.

El hecho de que los autores del Convenio tuvieron en cuenta el carácter específico de estas medidas se desprende de la competencia especial que respecto a las mismas

establece el artículo 24. Según esta norma, «se podrán solicitar medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de ese Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, fueran competentes para conocer del fondo los tribunales de otro Estado contratante».

El carácter exorbitante de dicha competencia, indicado por los términos «incluso si» debe retener especialmente nuestra atención. En virtud de las normales atribuciones de competencia del Convenio, un órgano jurisdiccional no tiene ninguna facultad para conocer de litigios que, en cuanto al fondo, competen a un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante. A mi juicio, la competencia especial del artículo 24 hubiera sido completamente superflua si los autores del Convenio hubieran pretendido permitir que las resoluciones adoptadas en un Estado distinto del Estado del órgano jurisdiccional competente con arreglo al artículo 24 quedaran automáticamente revestidas de fuerza ejecutoria en el ámbito de este último órgano jurisdiccional.

De este modo me ratifico en la idea de que las medidas provisionales y cautelares ofrecen una peculiaridad por el texto del Convenio de La Haya, de 1 de febrero de 1971, elaborado bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, de la que son miembros todos los Estados de la Comunidad. Con arreglo al párrafo segundo de su artículo 2, este Convenio no se aplica a las resoluciones que acuerdan medidas cautelares y preventivas. Sus trabajos preliminares po-

nen de manifiesto que esta disposición ya estaba incluida en el anteproyecto adoptado por la comisión encargada de la redacción del texto y que no fue discutida con posterioridad. Según el Ponente del Convenio, «dicha norma es conforme con la opinión dominante que considera estas medidas como de competencia exclusiva del país en el que deben ejecutarse».

No obstante, no habría que deducir de los razonamientos anteriores que haga mía la opinión expuesta en la vista por el representante del Reino Unido en el sentido de que, en el sistema del Convenio de Bruselas, ninguna medida cautelar y preventiva, tanto si se toma a raíz de un procedimiento unilateral como de un procedimiento bilateral, puede surtir efectos extraterritoriales.

A este respecto, todo depende, a mi entender, de la naturaleza de la resolución referente a la medida. Si, por un lado, la resolución del órgano jurisdiccional de origen tiene carácter ejecutorio, constituiría una violación manifiesta del principio universalmente admitido de la territorialidad de la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales. En el Convenio, esta territorialidad se traduce por una competencia exclusiva que figura en el número 5 del artículo 16, a cuyo tenor, «con independencia del domicilio, tendrán competencia exclusiva [...] en materia de ejecución de decisiones, los tribunales del Estado contratante del lugar en que tenga lugar la ejecución».

Si, por el contrario, la resolución tiene tan sólo el carácter de un simple título mediante

el cual un órgano jurisdiccional autoriza al demandante a hacerla valer ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante para que éste proceda a su ejecución a través de los cauces que para ello establece su propio Derecho, considero que se respeta la competencia del órgano jurisdiccional requerido.

En definitiva, la naturaleza propia de las medidas cautelares y preventivas me inclina a adoptar una posición intermedia. Considero que cuando se hayan adoptado de la forma que acabo de indicar y, además, a raíz de un procedimiento contradictorio, pueden alcanzar efectos extraterritoriales, y ello según las normas del Convenio de Bruselas en materia de ejecución. Este mismo carácter particular, por el contrario, me inclina a rehusar que se acojan a las normas del Convenio las medidas semejantes adoptadas a raíz de un procedimiento unilateral.

Es pues este carácter unilateral del procedimiento lo que justifica, a mi entender, semejante diferencia de trato.

2) Sin embargo, no es ésta la opinión de los partidarios de no aplicar el número 2 del artículo 27 a las medidas cautelares y preventivas unilaterales. En su opinión, exigir la prueba de la notificación de la demanda para conceder el exequátur a dichas medidas equivale a privarlas de todo alcance práctico.

Se trata de una alegación a la que también ha sido sensible el Tribunal de apelación de

Frankfurt. Explica su temor al exponer que «el efecto de sorpresa que Couchet pretende manifiestamente alcanzar mediante la medida cautelar autorizada por el Presidente del Tribunal de grande instance de Montbrison y que es muy probablemente determinante para el éxito de la ejecución de dicha medida, se frustraría si la notificación previa del escrito en el que se solicita, igual que la de la resolución del Tribunal ante el que aquél se hubiere presentado, ambos con la misma fecha, se exigieran también en este caso como condición para extender la fórmula ejecutoria».

Es indiscutible que la rapidez y el efecto de sorpresa son esenciales para el éxito de las medidas de este tipo. No obstante, creo que no se trata aquí de la única consideración que debe tenerse en cuenta y que, en las relaciones internacionales, es secundaria respecto a la salvaguardia de los derechos de defensa. Ya en el orden interno, las resoluciones que autorizan medidas cautelares y preventivas unilaterales tienen consecuencias radicales. En sí mismas, constituyen un elemento gravemente perturbador del juego jurídico normal del cual el brocardo *audi alteram partem* es pieza maestra. En el plano de las relaciones comerciales, el bloqueo de una cuenta bancaria puede tener graves consecuencias para la empresa que sea su víctima.

Por añadidura, los terceros que tengan relaciones de negocios con el demandado sufren de rechazo esta medida. De este modo, los clientes del demandado, a quienes debiera pagarse un cheque o un efecto desatendido pueden verse gravemente lesio-

nados a causa de la imposibilidad de obtener su pago inmediato. Estos riesgos me parecen especialmente acusados en determinados sectores del comercio internacional, donde cantidades muy importantes o bienes de gran valor pueden, en muy poco tiempo, cambiar varias veces de propietario.

Ahora bien, el órgano jurisdiccional de origen, que actúa únicamente sobre la base de las afirmaciones del demandante, no tendrá medio alguno de asegurarse de que los bienes objeto del embargo solicitado todavía pertenecen en realidad al demandado, siendo así que podrían haber sido vendidos un momento antes, o que existan terceros con un derecho preferente sobre ellos. Si quiere evitarse un grave perjuicio para los derechos de terceros, si no se quiere correr el riesgo de aumentar la incertidumbre de las transacciones comerciales, es esencial que medidas, como el embargo preventivo del Derecho francés, sean puestas rápidamente en conocimiento de todas las personas interesadas y que éstas tengan la posibilidad de reaccionar inmediatamente.

El demandado, que quiera obtener la cancelación de las medidas tomadas contra sus bienes, debe estar en condiciones de formular sus alegaciones en el plazo más breve posible. ¿Es ello posible cuando una medida ha sido autorizada por el órgano jurisdiccional de un Estado y su carácter ejecutorio por el órgano jurisdiccional de otro?

Creo que no.

¿Qué puede entonces hacer el deudor?

Puede acudir al órgano jurisdiccional de origen. Supongamos —es el supuesto más favorable— que tenga su domicilio en el Estado de este órgano jurisdiccional. Ello le facilitará las cosas, desde el punto de vista lingüístico y jurídico. Sin embargo, no cabe olvidar que, al ser la medida de carácter unilateral, el demandado tendrá conocimiento de su ejecución por el Tribunal extranjero que la haya acordado, lo que puede constituir una primera fuente de retraso. Incluso si consigue rápidamente el levantamiento de las medidas sobre sus bienes, necesitará además contar con la transmisión de la oportuna resolución al país de ejecución, de donde puede nacer una segunda fuente de retraso.

Pero el caso más corriente será el de un demandado que no esté domiciliado en el mismo Estado que el del órgano jurisdiccional de origen. Por razones prácticas evidentes, necesitará entonces determinado tiempo para presentar su demanda ante éste.

¿Podrá el demandado oponerse a la medida ante el órgano jurisdiccional del lugar de ejecución? Ciertamente, el artículo 29 del Convenio no le permite invocar motivos de fondo. Sin duda, como sugiere Jenard en su comentario al artículo 37 (Informe sobre el Convenio; DO 1979, C 59, p. 51), podrá probar que se ha liberado de la deuda después de que se pronunciara la resolución judicial extranjera. Pero esta posibilidad, que es verdaderamente un mínimo, dista

mucho de garantizar una protección adecuada en todos los casos.

Si, por ejemplo, el deudor niega ser el propietario de los bienes embargados porque acaba de venderlos, la exclusión —por lo demás justificada— de la revisión en cuanto al fondo le impediría utilizar este argumento. A su vez el tercero adquirente no tendría acceso al Tribunal.

De ello resulta que no es posible una oposición rápida y eficaz ni ante el órgano jurisdiccional de origen ni ante el requerido. Para ser eficaz, la oposición a la ejecución de una medida y preventiva requiere que el órgano jurisdiccional que debe conocer de ella sea competente a la vez para decidir si esta medida está justificada y para dar un efecto inmediato a la resolución, cualquiera que ésta sea, a la que llegue finalmente. Creo que he puesto de manifiesto que no concurren dichos requisitos ni ante el órgano jurisdiccional de origen ni ante el lugar de ejecución.

3) Esta imposibilidad del demandado para reaccionar pronta y eficazmente contra una resolución emanada de un órgano jurisdiccional extranjero a raíz de un procedimiento unilateral encaminado a obtener una medida cautelar y preventiva contra él constituye, en mi opinión, un ataque injustificado a los derechos de defensa.

Ahora bien, el Convenio de Bruselas está fundado en una observancia rigurosa de estos derechos. Dicha observancia queda de

manifiesto en su artículo 2 que constituye una simple aplicación del brocardo *actor sequitur forum rei*. Como explica Jenard, la competencia en principio del órgano jurisdiccional del demandado «se justifica con razones más fuertes en el marco internacional que en el del Derecho interno. Efectivamente, es más difícil en general defenderse ante los Tribunales de un país extranjero que ante los Tribunales de otra ciudad en el país de domicilio» (Informe sobre el Convenio, DO 1979, C 59 p. 18).

Del mismo modo, el párrafo segundo del artículo 20 del Convenio, que establece que «(el) [...] Tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda la diligencia a tal fin», «tiene también por objetivo garantizar los derechos de defensa al reconocer la importancia en el orden internacional de la notificación de los actos judiciales» (Jenard, Informe sobre el Convenio, p. 39).

Este rigor en la exigencia de la observancia de los derechos de defensa no es un capricho. Es la contrapartida del extremado liberalismo del Convenio en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Sólo es tolerable este liberalismo si el órgano jurisdiccional requerido puede tener plena confianza en la resolución del órgano jurisdiccional de origen. Es ésta precisamente la idea que expresa Jenard cuando, al principio de sus consideraciones de carácter general sobre el reconocimiento y ejecución (Informe sobre el Convenio, p. 42) escribe

que «en razón de las garantías que se conceden al demandado en el procedimiento de origen, el Convenio, en su Título III, es muy liberal por lo que se refiere al reconocimiento y a la ejecución».

Por consiguiente, a mi juicio, el sistema del Convenio excluye la posibilidad de que un demandado sea sorprendido por la ejecución de una resolución de la que no haya recibido notificación y cuando ni siquiera tenía conocimiento del procedimiento que a ella condujo. La importancia de la observancia de los derechos de defensa me induce también a pensar que, si los autores del Convenio hubieran querido que la negativa al reconocimiento y a la ejecución por el motivo indicado en el número 2 del artículo 27 no se aplicara a las resoluciones como la del asunto principal, lo habrían mencionado expresamente.

Ni siquiera se puede excluir que los órganos jurisdiccionales de determinados Estados, que tienen una concepción particularmente exigente de la observancia de los derechos de defensa, denieguen el exequátur de las resoluciones por las que se decreta una medida cautelar o preventiva a raíz de un procedimiento unilateral y amparándose en que dichas resoluciones son contrarias a su orden público nacional.

III. ¿Se ha de llegar a la conclusión de que, en cumplimiento del Convenio de Bruselas, no es posible que un acreedor proteja sus intereses consiguiendo que un Juez dicte una medida urgente que tome por sorpresa a su deudor?

1) Ello equivaldría a no tener en cuenta el artículo 24, ya mencionado, disposición que tiene su equivalente en casi todos los Tratados de ejecución (Informe Jenard, p. 42). Los términos de este texto no impiden en absoluto que las medidas cautelares o preventivas solicitadas a las autoridades judiciales de un Estado contratante, en el caso de que un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante sea competente para conocer en cuanto al fondo, se concedan a raíz de un procedimiento unilateral, si así lo prevé el Derecho del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.

La ventaja de acogerse al artículo 24 es que el órgano jurisdiccional al que se ha acudido tiene no sólo plena competencia en materia de procedimiento, sino que conoce también los hechos del caso. Incluso si actúa de una forma superficial y provisional, el examen de las circunstancias del asunto le resulta, en efecto, necesario para formar su convicción de la oportunidad de otorgar la medida que se le pide. En el plano procesal, la determinación de la medida sacada de su Derecho nacional, que considere más apropiada, depende evidentemente nada más que de su competencia. La visión de conjunto que de este modo tiene de un asunto le convierte en el único que está en condiciones de resolver con total conocimiento de causa sobre la oposición que el demandado pueda presentar posiblemente contra la medida que hubiere adoptado.

Además, para que el artículo 24 sea efectivamente utilizable en un asunto como el del procedimiento principal, es evidentemente

preciso que todos los Estados contratantes conozcan un procedimiento como el del embargo preventivo del Derecho francés. La Comisión nos indicó que éste era el caso para los Estados entre los que el Convenio se halla actualmente en vigor.

En el acto de la vista, el representante del Reino Unido evocó la orden conminatoria «Mareva» («Mareva Injunction»), nombre que deriva de un asunto resuelto por el Tribunal de apelación (Court of Appeal) de Inglaterra en 1975. Mediante una orden conminatoria un órgano jurisdiccional prohibió al demandado a raíz de un procedimiento que se había considerado unilateral que sacara fuera del territorio de su demarcación los fondos de que se trataba. El Agente del Gobierno británico nos informó también de que, en la legislación que prepara su país con vistas a su adhesión al Convenio, se ampliará la posibilidad de acogerse a la orden conminatoria Mareva a los supuestos en que un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante sea competente para conocer del fondo.

En Dinamarca puede conseguirse una medida similar al embargo preventivo francés en virtud de lo dispuesto en el artículo 612 en relación con el artículo 628 del Código de Procedimiento (Lov om rettens pleje).

Según los datos que poseo, parece que en Irlanda existe también la posibilidad de conseguir del Juez la congelación de los haberes bancarios, análogamente al caso del presente asunto, sin previo aviso al demandado.

No hay ningún obstáculo práctico, pues, que impida invocar el artículo 24 en las relaciones bilaterales entre todos los Estados actualmente miembros de la Comunidad, una vez que el Convenio entre en vigor en el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

2) La Comisión señaló en la vista un inconveniente del artículo 24 que se manifiesta especialmente cuando el demandado posee fondos en diversos países. En tal caso, el demandante que se proponga embargarlos estará obligado a solicitar medidas de urgencia en cada uno de éstos.

De ello resultarían dificultades prácticas sin ninguna comparación con las que supondría la elección de la solución preconizada por la Comisión. Con ésta, la obligación del demandante se limita a solicitar la ejecución de la resolución extranjera por la que se acuerda una medida cautelar o preventiva a raíz de un procedimiento unilateral, a través del procedimiento sumario regulado por el Convenio. Por el contrario, si se aplica el artículo 24, cada petición de medida urgente exigirá el examen más completo del que he hablado por parte del órgano jurisdiccional requerido.

Es cierto que se trata de una dificultad que debe soportar el demandante. Pero yo veo en ella el justo precio que debe pagar para obtener del Juez las medidas exorbitantes que reclama y, recíprocamente, la compensación por este trato de favor, que debe beneficiar al deudor. Además puede pensarse que prácticamente los acreedores que deban recurrir a esto tendrán, en la mayoría

de los casos, una organización que les permita paliar este inconveniente.

Sobre todo no estoy seguro de que los demandantes obtengan el exequátur tan fácilmente como cree la Comisión. Limitándose a las relaciones entre los seis miembros originarios de la Comunidad, el presente asunto pone de manifiesto las vacilaciones de determinados órganos jurisdiccionales. ¿Qué sucederá respecto a los tres Estados que aún no han ratificado el Convenio de Bruselas?

La novedad de la orden conminatoria Mareva que, por añadidura, no parece que haya sido aceptada sin una cierta reticencia, me induce a pensar que la concesión de la fuerza ejecutoria a una resolución por la que se disponga una medida cautelar o preventiva a raíz de un procedimiento unilateral, no será cosa evidente para los órganos jurisdiccionales de los países de Common Law, incluso con independencia del hecho de que, en el estado actual de su Derecho, no conocen la ejecución directa de una resolución extranjera.

En Dinamarca, incluso en el margen privilegiado de la Comunidad de países nórdicos, una resolución no puede en principio ser reconocida y ejecutada más que con arreglo a la Ley nº 303 de 8 de junio de 1977, si es definitiva. En verdad pueden acogerse a esta Ley, por excepción, un cierto número de resoluciones no definitivas enumeradas en una lista exhaustiva, pero en ella no aparecen las resoluciones dictadas a raíz de un procedimiento unilateral.

Veo en estas circunstancias una justificación de mi temor de que en el supuesto deseable de que se adhieran al Convenio el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, algunos órganos jurisdiccionales requeridos se nieguen a reconocer y a hacer ejecutar resoluciones como las que dieron lugar a la presente cuestión prejudicial. Lejos de obtener el incremento de la seguridad jurídica y la libre circulación de las sentencias en el mercado común sería entonces el resultado opuesto al pretendido por el Convenio de Bruselas el que, por desgracia, se alcanzaría.

Esta es la razón por la que propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie a favor de la aplicación del número 2 del artículo 27, del número 2 del artículo 46 y del número 1 del artículo 47 a los procedimientos en el marco de los cuales la adopción de medidas cautelares y preventivas queda autorizada sin haber sido oída la parte contraria.

IV. Mediante la tercera cuestión, el Tribunal de apelación de Frankfurt pregunta al Tribunal de Justicia si el párrafo primero del artículo 36 del Convenio permite al deudor, en el marco del recurso que ha interpuesto contra la autorización dada por el órgano jurisdiccional que ha pronunciado el exequátur para que se proceda a la ejecución de una medida cautelar y preventiva, formular alegaciones de defensa en cuanto al fondo, prescindiendo de la época en que tuvieron origen las razones en que se funda dicha defensa.

En particular, el deudor ¿puede, en casos de este tipo, invocar la compensación en base a un crédito contra el demandante anterior a la concesión de la medida cautelar en el Estado de origen?

Como destaca el propio órgano jurisdiccional de remisión, un motivo de oposición basado en la compensación de dos deudas es una alegación de defensa relativa al fondo o, en otros términos, relativa al Derecho material. Ahora bien, forma parte de la esencia del Convenio no permitir que el órgano jurisdiccional requerido conozca del fondo de un asunto.

Este principio se aplica evidentemente, como lo indica el Informe Jenard (Comentario sobre el artículo 37, p. 51), a los órganos jurisdiccionales ante los que se formulan las oposiciones contra las resoluciones que concedan el exequátur.

Ciertamente será preciso admitir, sin duda, lo mismo que Jenard que, «el oponente, sin embargo, podrá presentar eficazmente motivos fundados en hechos posteriores a la decisión extranjera, por ejemplo probando que se ha liberado de la deuda después de que se pronunciara la decisión extranjera» (Comentario sobre el artículo 37, p. 51). Sin embargo, no es posible ampliar el alcance de esta excepción. No puede extenderse a motivos basados en hechos anteriores a la decisión extranjera que se haya de ejecutar.

Si el Juez del exequátur tomara en consideración un motivo relativo al fondo, invadiría indiscutiblemente la facultad de decisión del órgano jurisdiccional *a quo* competente

para resolver definitivamente sobre el derecho controvertido. Los órganos jurisdiccionales competentes para hacerlo son los órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo y por lo tanto, en virtud del artículo 29, únicamente los órganos jurisdiccionales de origen. Es inconcebible, como subraya el Gobierno italiano en sus observaciones, que el recurso previsto en el artículo 36 pueda producir el efecto de modificar los criterios normales de competencia jurisdiccional entre los Tribunales de diversos Estados contratantes.

Conforme al sistema del Convenio, su objeto no puede sino limitarse a «comprobar si se cumplen los requisitos establecidos por el Convenio para otorgar la ejecución y, en consecuencia, autorizar el recurso a los trámites de ejecución».

A estas observaciones válidas, sea cual fuere la naturaleza de la resolución del órgano jurisdiccional de origen, debe añadirse una observación que se refiere específicamente a las resoluciones relativas a las medidas de carácter cautelar y preventivo. En cualquier caso, sólo pueden tomarse en consideración nuevos motivos de fondo si hubiere concluido el procedimiento extranjero. Ahora bien, cuando es una medida cautelar y preventiva la que ha sido autorizada por una resolución judicial, no se ha procedido aún, por definición, al examen definitivo del derecho afectado por tal medida.

Además, en el caso particular de la ejecución en Alemania de una resolución extran-

jera de este tipo, admitir una defensa en cuanto al fondo llevaría a conceder al deudor mayores posibilidades de resistencia a la ejecución de la resolución extranjera que a la de una resolución del mismo tipo dictada en Alemania, como se desprende del artículo 916 y del párrafo primero del artículo 917 del Código de procedimiento civil (ZPO). Semejante resultado no puede admitirse.

Por todo cuanto antecede, a mi juicio se impone una respuesta negativa a la cuestión tercera del órgano jurisdiccional de remisión.

V. En estas circunstancias, paso a examinar de forma subsidiaria su última cuestión, planteada únicamente para el caso de que la anterior recibiera una respuesta afirmativa. Partiendo de la hipótesis de que el órgano jurisdiccional que conoce en apelación contra la ejecución es competente para examinar las objeciones sobre el fondo, esta cuestión se refiere a la posibilidad de que el demandado plantee ante dicho órgano jurisdiccional las excepciones que ya formuló en el procedimiento seguido en el Estado de origen contra la resolución que ordenó una medida cautelar y preventiva que le afecte.

Está claro que las normas relativas a la litispendencia que contiene el artículo 21 del Convenio excluyen radicalmente semejante posibilidad. Según esta disposición «cuando se formulen demandas que tengan el mismo objeto y la misma causa e impliquen a las mismas partes, ante tribunales de Estados contratantes diferentes, el tribunal

ante el que se formule la segunda deberá, incluso de oficio, desistir en favor del tribunal ante el que se formuló la primera».

No hay ninguna razón para no aplicar dicha norma al caso particular descrito por el

Tribunal de apelación en su cuestión. De esta forma se evitaría el riesgo de que el órgano jurisdiccional de apelación del Estado de origen y el de ejecución se contradigan al pronunciarse sobre la misma cuestión.

Como conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que conteste de este modo a las cuestiones planteadas por el Tribunal de apelación de Frankfurt am Main.

- 1) El número 2 del artículo 27 y el número 2 del artículo 46 se aplican a los procedimientos en el marco de los cuales se acuerda la adopción de medidas cautelares y preventivas sin que la parte contraria haya sido oída.
- 2) El número 1 del artículo 47, en cuanto establece que la parte que inste la ejecución deberá presentar cualquier documento que acredite que la resolución que tiene que ejecutarse ha sido notificada, se aplica también a las resoluciones por las que se acuerda una medida cautelar y preventiva a raíz de un procedimiento unilateral.
- 3) El demandado en un procedimiento de ejecución no está autorizado para alegar en dicho procedimiento una compensación que haya tenido lugar antes de que el órgano jurisdiccional de origen dictara la resolución.
- 4) Lo mismo sucede, *a fortiori*, si ya alegó tal objeción en el marco de un recurso contra la resolución recaída en el Estado de origen.