CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 11 de julio de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El presente asunto se refiere a una petición de decisión prejudicial presentada por el Hoge Raad der Nederlanden (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») conforme al Protocolo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación del párrafo segundo del artículo 37 y el párrafo primero del artículo 38 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»).[1] Las cuestiones sometidas al Tribunal de Justicia se plantearon en el marco de un recurso de casación interpuesto ante el órgano jurisdiccional remitente por los Sres. B.J. Van Dalfsen, J. Timmerman, H. Van Dalfsen, J. Harmke y G. Van Dalfsen (en lo sucesivo, «Van Dalfsen y otros») contra una sentencia del Arrondissementsrechtbank te Zwolle (Países Bajos). Se refieren al procedimiento previsto en los artículos del Convenio de Bruselas antes mencionados en relación con el recurso contra el otorgamiento de la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otro Estado contratante.

2. Mediante las dos primeras cuestiones, formuladas en términos generales, el Hoge Raad der Nederlanden pretende, en realidad, saber si puede interponerse un recurso de casación, tal como está previsto en el párrafo segundo del artículo 37 del Convenio de Bruselas, contra la negativa del Arrondissementsrechtbank a suspender el procedimiento relativo al recurso contra el otorgamiento de la ejecución, a los efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación. Mediante la tercera cuestión, el Hoge Raad der Nederlanden pretende saber cuáles son los argumentos que el Arrondissementsrechtbank pudo tomar en consideración en el marco de una resolución basada en el párrafo primero del artículo 38 del Convenio de Bruselas, a través de la cual decide suspender o no el procedimiento relativo al recurso, para examinar el motivo de casación formulado por Van Dalfsen y otros, siempre y cuando haya lugar a admitir el recurso.

El marco jurídico

3. El párrafo segundo del artículo 37 y el artículo 38 del Convenio, sobre los que se discute en el caso de autos, forman parte de la Sección segunda del Título III del Convenio de Bruselas (artículos 31 a 45), relativa a la ejecución de las resoluciones judiciales que son ejecutorias en el Estado en el que se dictaron. Conforme al artículo 31 del Convenio, dichas resoluciones se ejecutarán en otro Estado contratante cuando la autoridad judicial competente en virtud del artículo 32 del Convenio hubiere otorgado su ejecución en el mismo, a instancia de cualquier parte interesada y conforme a las normas contenidas en los artículos 33 a 35 y 42 a 45 de dicho Convenio de Bruselas. Es particularmente importante señalar que, en esta fase del procedimiento ante la autoridad judicial antes mencionada, la parte contra la cual se solicita la ejecución no puede formular observaciones, que la solicitud de ejecución sólo puede desestimarse por alguno de los motivos previstos en los artículos 27 y 28 y

* Lengua original: neerlandés.

1 — DO 1972, L 299; p. 32; EE 01/01, p. 186.

que la resolución extranjera en ningún caso puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (artículo 34).

4. Conforme al artículo 40 del Convenio de Bruselas, si se deniega el exequátur, el solicitante puede interponer recurso ante los órganos jurisdiccionales mencionados en el mismo, cuya resolución puede, a su vez, ser objeto de un recurso de casación o de un recurso similar, conforme al artículo 41 del Convenio.

No obstante, si se otorga el exequátur, la parte contra la cual se ha solicitado la ejecución puede, conforme al artículo 36 del Convenio, interponer recurso contra la resolución ante los órganos jurisdiccionales mencionados en el párrafo primero del artículo 37 del mismo, dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación. Dado que, en virtud del artículo 34, la solicitud sólo puede desestimarse por alguno de los motivos previstos en los artículos 27 y 28 del Convenio, el recurso contra la resolución que otorga la ejecución deberá basarse también en alguno de estos motivos. Conforme al artículo 39 del Convenio, durante el plazo del recurso y hasta que se haya resuelto sobre el mismo, solamente se pueden adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se ha solicitado la ejecución; la resolución que otorga la ejecución contiene la autorización para adoptar tales medidas.

Si, en el intervalo, la resolución para la que se solicita el exequátur es objeto de recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no ha expirado, el Tribunal que conoce del recurso puede, a instancia de la parte que lo ha interpuesto y conforme al párrafo primero del artículo 38 del Convenio, suspender el procedimiento. No obstante, conforme al último párrafo del artículo 38 del Convenio, dicho Tribunal puede igualmente subordinar la ejecución a la constitución de una garantía en favor de la parte contra la que se otorga el exequátur.

Conforme al párrafo segundo del artículo 37 del Convenio, la «resolución dictada sobre el recurso» sólo puede ser objeto de un recurso de casación o de un recurso análogo.

Los hechos y el procedimiento

5. Mediante sentencia dictada el 21 de octubre de 1986 por el Vrederechter (Juez de Paz) van het kanton Herentals (Bélgica), Van Dalfsen y otros fueron condenados a pagar a B. Van Loon y T. Berendsen (en lo sucesivo, «Van Loon y otra») alquileres vencidos por importe de 2.700.000 BFR, más los intereses correspondientes. En la misma sentencia, el Vrederechter reconocía, en principio, el derecho de Van Dalfsen y otros a la devolución del precio de las inversiones permanentes que habían efectuado en el inmueble alquilado y ordenaba la práctica de una prueba pericial para determinar su importe. El Vrederechter declaró la sentencia «provisionalmente ejecutoria, sin perjuicio de que se pueda recurrir contra la misma y sin que sea preciso constituir una fianza».[2]

6. El 17 de diciembre de 1986, Van Dalfsen y otros apelaron contra esta sentencia ante el Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout (Bélgica). Por su parte, Van Loon y otra solicitaron al Presidente del Arrondissementsrechtbank, antes mencionado, el exequátur en los Países Bajos de la sentencia declarada

2 — Para una más amplia exposición del procedimiento entre el Vrederechter belga, me remito al informe para la vista, pp. 2 y 3.

provisionalmente ejecutoria en Bélgica, conforme al artículo 31 del Convenio de Bruselas. Mediante resolución de 23 de enero de 1987, el Presidente del Arrondissementsrechtbank otorgó la ejecución. El 2 de abril de 1987, Van Dalfsen y otros interpusieron recurso contra dicho otorgamiento de la ejecución ante el Arrondissementsrechtbank, conforme al artículo 36 del Convenio de Bruselas. No obstante, solicitaron a este último órgano jurisdiccional que suspendiera el procedimiento relativo al recurso, ya que, en el intervalo, la sentencia dictada por el Vrederechter había sido objeto de apelación en Bélgica y la petición de indemnización del precio de las inversiones permanentes, que había sido estimada en principio por el Vrederechter, se había valorado en 477.954 BFR, en el marco de un dictamen pericial provisional.

7. Mediante sentencia dictada el 13 de abril de 1988, es decir, la «resolución dictada sobre el recurso» a efectos del párrafo segundo del artículo 37, el Arrondissementsrechtbank declaró que, manifiestamente, el recurso de Van Dalfsen y otros no se basaba en una negación de la conformidad a Derecho del otorgamiento de la ejecución, sino únicamente en la petición de suspensión del procedimiento relativo al recurso. El Arrondissementsrechtbank declaró infundado el recurso y denegó la petición de suspensión del procedimiento, subordinando de oficio, no obstante, la ejecución a la constitución por Van Loon y otra de una garantía bancaria por importe de 478.000 BFR, hasta que el órgano jurisdiccional extranjero se pronunciara sobre la pretensión formulada por Van Dalfsen y otros con carácter subsidiario.

8. Van Dalfsen y otros interpusieron recurso de casación contra esta sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente. En dicho recurso, Van Dalfsen y otros afirman que el Arrondissementsrechtbank se basó en una interpretación errónea del alcance de la facultad que el artículo 38 del Convenio de Bruselas reconoce al Tribunal que conoce del recurso. Según Van Dalfsen y otros, en las resoluciones sobre la suspensión del procedimiento y la subordinación de la ejecución a la constitución de una garantía, el Arrondissementsrechtbank podía tener en cuenta circunstancias que el Juez extranjero pudo tomar en consideración en su resolución y (en particular) podía basar dichas resoluciones en su análisis de las posibilidades de éxito del recurso ordinario interpuesto o que podía interponerse en el extranjero. [3]

9. El órgano jurisdiccional remitente planteó las siguientes cuestiones:

«1) ¿Pueden considerarse las resoluciones dictadas por el "Tribunal que conoce del recurso", en las que decide hacer o no uso en un determinado sentido de las facultades que le reconoce el artículo 38 del Convenio de Bruselas, como una "resolución dictada sobre el recurso", contra la que puede interponerse recurso de casación en los Países Bajos con arreglo al párrafo segundo del artículo 37 del Convenio?

2) Para responder a la cuestión I ¿es relevante el hecho de que las resoluciones basadas en el artículo 38 del Convenio de Bruselas, a las que dicha cuestión se refiere, no se hayan adoptado en la sentencia [definitiva] en que se resuelva sobre el recurso?

3 — A este respecto, véase el punto 7 de las conclusiones del procureur-generaal del Hoge Raad der Nederlanden, incluidas en el expediente.

3) ¿Puede el "Tribunal que conoce del recurso" hacer uso de las facultades que le reconoce el párrafo primero del artículo 38 del Convenio de Bruselas:

a) aun cuando la parte que ha interpuesto el recurso no ha alegado otros motivos en apoyo de su pretensión de que se suspenda el procedimiento, o bien, de que se subordine la ejecución a la constitución de una garantía, aparte de los que pueden resultar relevantes para la resolución del Tribunal extranjero,

b) solamente cuando el recurso se basa, parcial o exclusivamente, en motivos que no se han invocado en el procedimiento seguido ante el Tribunal extranjero, o

c) solamente cuando el recurso se basa, parcial o exclusivamente, en motivos que no han podido invocarse en el procedimiento seguido ante el Tribunal extranjero, debido a que, en aquel momento, la parte que interpuso el recurso aún desconocía los hechos en que se amparaban dichos motivos?»

El párrafo segundo del artículo 37 del Convenio de Bruselas

10. Para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación presentado ante el órgano jurisdiccional remitente, éste desea saber si el párrafo segundo del artículo 37 del Convenio permite la interposición de un recurso de casación contra una resolución dictada, en virtud del artículo 38, por el Juez que conoce del recurso, mediante la cual éste deniega la suspensión del procedimiento y ordena la constitución de una garantía.

El párrafo segundo del artículo 37 establece que la «resolución dictada sobre el recurso» puede ser objeto de un recurso de casación (o de un recurso análogo). En su sentencia de 27 de noviembre de 1984, Brennero/Wendel (258/83),[4] el Tribunal de Justicia afirmó que este concepto debía recibir una interpretación estricta y declaró que una resolución provisional o interlocutoria que obligara al acreedor (equivocadamente, según el Tribunal de Justicia[5]) a constituir una garantía no era una «resolución dictada sobre el recurso» y, en consecuencia, no podía ser impugnada a través de un recurso de casación (en el caso de autos, a través de una «Rechtsbeschwerde»). A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró:

«En el marco del sistema general del Convenio y a la luz de uno de sus objetivos principales, que es simplificar los procedimientos en el Estado en el que se solicita la ejecución, esta disposición no puede extenderse de manera que se permita la interposición de un recurso de casación contra una resolución distinta de la dictada sobre el recurso, como por ejemplo un recurso de casación contra una resolución preparatoria o interlocutoria por la que se ordena la práctica de diligencias de prueba» (apartado 15).

11. En mi opinión, de la sentencia antes mencionada se deduce que una resolución del Tribunal que conoce del recurso mediante la cual éste suspende el procedimiento tampoco puede considerarse como una «resolución dictada sobre el recurso», dado que, evidentemente, semejante resolución de suspensión del procedimiento sólo

4 — Rec. p. 3971.

5 — Efectivamente, se imponía la constitución de una garantía (y, en consecuencia, se otorgaba la ejecución) sin que el propio órgano jurisdiccional se hubiera pronunciado sobre el recurso (apartados 10 a 13).

puede ser calificada de resolución interlocutoria. No obstante, no es éste el caso de una resolución por la que se deniega la suspensión del procedimiento o se ordena la constitución de una garantía, ya que dichas resoluciones implican que el Tribunal se pronuncia sobre el recurso y, por lo tanto, se integran normalmente (como ocurre también en el caso de autos) en la resolución definitiva por la que se desestima el recurso por infundado y se otorga la ejecución.

Por lo tanto, se plantea la cuestión de determinar si, a la luz de la sentencia Brennero, procede declarar que dichas resoluciones, que no son resoluciones interlocutorias, pero que formalmente forman parte de la resolución definitiva, pueden considerarse como «resoluciones dictadas sobre el recurso». En otras palabras, ¿se deduce de la sentencia Brennero que puede interponerse un recurso de casación contra cualquier resolución definitiva del Tribunal que conoce del recurso (criterio formal) o que únicamente puede interponerse un recurso de casación contra la resolución definitiva en la medida en que ésta se refiere realmente al recurso, es decir, en la medida en que se refiere al fundamento de la desestimación del recurso en el caso de autos, lo que implica una resolución sobre alguno de los motivos previstos en los artículos 27 y 28 (criterio material)?

12. En la sentencia Brennero, el Tribunal de Justicia justifica la interpretación estricta del concepto «resolución dictada sobre el recurso» por la que aboga refiriéndose a uno de los objetivos principales del Convenio, que es simplificar los procedimientos de ejecución en el Estado en el que ésta se solicita. Tal como afirman acertadamente los Gobiernos neerlandés y alemán, esta consideración juega también a favor de incluir en la expresión «resolución dictada sobre el recurso» únicamente las resoluciones que se refieren al propio recurso y no las resoluciones contempladas en el artículo 38 del Convenio.

El Informe Jenard [6] destaca también la necesidad de una interpretación estricta del párrafo segundo del artículo 37 y señala:

«La multiplicidad de medios de impugnación, al permitir a la parte que pierde el proceso utilizarlos con fines puramente dilatorios, constituiría, en definitiva, un obstáculo para la libre circulación de sentencias hacia la que tiende el Convenio.»

13. En sus observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia, la Comisión defiende otra teoría. Considera que la resolución por la que el Tribunal que conoce del recurso suspende el procedimiento no es, manifiestamente, una resolución dictada sobre el recurso. Por el contrario, la resolución por la que se deniega la suspensión del procedimiento, al igual que aquélla por la que se subordina la ejecución a la constitución de una garantía constituyen efectivamente, según la Comisión, resoluciones dictadas sobre el recurso, ya que implican la posibilidad de proceder a la ejecución.

Yo no comparto esta opinión. A mi entender, la tesis adoptada por la Comisión no tiene en cuenta que las resoluciones mencionadas en segundo lugar, aunque generalmente coinciden con la resolución sobre el fundamento del recurso y, en consecuencia, se engloban en una misma resolución, se refieren no obstante a un objeto diferente. El procedimiento relativo al recurso previsto en el artículo 36 del Convenio afecta al fundamento del recurso y se refiere a un objeto claramente jurídico. En el caso de autos, se trata de determinar si debe retirarse el exequátur dado que no debería haber sido otorgado a la luz de los motivos enumerados de manera limitativa en los artículos 27

6 — DO 1979, C 59, pp. 51 y 52.

y 28, a los que se remite el artículo 34. Por el contrario, la posibilidad de suspender el procedimiento o de ordenar la constitución de una garantía, prevista en el artículo 38, tiene por objeto un equilibrio de los intereses del acreedor y del deudor. Al suspender el procedimiento, el Tribunal que conoce del recurso impide que el acreedor adopte medidas que vayan más allá de las medidas cautelares; al subordinar la ejecución a la constitución de una garantía, protege los intereses del deudor en caso de ejecución, en la perspectiva de una posible modificación, en apelación, de la resolución judicial extranjera. En otras palabras, las resoluciones dictadas en la materia por el Tribunal que conoce del recurso establecen modalidades para la ejecución. Por lo tanto, si se niega a suspender el procedimiento u ordena la constitución de una garantía, adopta una resolución relativa a las modalidades de ejecución. Sin duda, dicha resolución implica que al mismo tiempo se adopta una resolución sobre el fundamento del recurso, pero debe distinguirse de la misma.

14. Teniendo en cuenta la necesidad de conservar la mayor sencillez posible en el procedimiento en el Estado en el que se solicita la ejecución y el diferente objeto de los procedimientos contemplados en el artículo 36 y en el artículo 38, respectivamente, considero, en consecuencia, que, respondiendo a la primera cuestión prejudicial, puedo afirmar que el concepto «resolución dictada sobre el recurso» remite a las resoluciones que se refieren directamente al fundamento del recurso. Por otra parte, considero que éstas son las únicas resoluciones que admiten plenamente un recurso de casación, ya que se refieren a cuestiones jurídicas en el sentido estricto del término, mientras que las resoluciones dictadas en el marco de los procedimientos contemplados en el artículo 38 se refieren fundamentalmente a un equilibrio de intereses.

En consecuencia, optaré por un criterio material más que por un criterio basado únicamente en la naturaleza formal de la resolución. Por lo tanto, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que, aun cuando una resolución basada en el artículo 38 esté contenida en la misma resolución (definitiva) que la que se refiere realmente al recurso, dicha resolución definitiva sólo puede ser objeto de recurso de casación en la medida en que se refiere el fundamento del recurso.

Esta solución implica la ventaja adicional de tratar a las partes en pie de igualdad en el marco del procedimiento relativo al recurso. Si se negara la posibilidad de interponer recurso de casación cuando una resolución adoptada en el contexto del artículo 38 se dicta en una resolución interlocutoria (lo que ocurre necesariamente cuando se trata de una resolución de suspensión), admitiéndola sin embargo cuando dicha resolución forma parte de una resolución definitiva (lo que ocurre generalmente cuando se trata de una resolución por la que se deniega la suspensión del procedimiento y se otorga la ejecución, llegado el caso, mediante la constitución de una garantía), la parte que interpuso el recurso podría presentar un recurso de casación contra esta última resolución definitiva, pero la parte contra la que se interpuso el recurso no podría presentar un recurso de casación contra la resolución interlocutoria mencionada en primer lugar.[7]

El párrafo primero del artículo 38 del Convenio de Bruselas

15. El Arrondissementsrechtbank desestimó la petición de suspensión del procedimiento relativo al recurso ya que Van Dalfsen y

7 — En el punto 11 de sus conclusiones, mencionadas anteriormente en la nota 3, el procureur-generaal del Hoge Raad destacó especialmente esta cuestión de la igualdad de trato.

otros no formularon, como base de dicho recurso, motivos distintos a los que el Juez extranjero pudo analizar en su resolución y la toma en consideración de tales motivos implicaría, fundamentalmente, una revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera por parte del Tribunal que conoce del recurso. No obstante, el Arrondissementsrechtbank subordinó la ejecución a la constitución de una garantía y lo hizo tomando en consideración un hecho nuevo ocurrido con posterioridad a la resolución extranjera, a saber, la emisión, en el intervalo, del dictamen pericial que contenía la valoración de la reconvención de Van Dalfsen y otros. [8]

Tal como se ha mencionado anteriormente, Van Dalfsen y otros afirman, ante el órgano jurisdiccional remitente, que, de este modo, el Arrondissementsrechtbank se basó en una interpretación errónea del alcance de la facultad que le reconoce el artículo 38 del Convenio de Bruselas. Según Van Dalfsen y otros, el Tribunal que conoce del recurso puede tener en cuenta, en sus resoluciones con arreglo al artículo 38, circunstancias que el Juez extranjero pudo tomar en consideración en su resolución y el Tribunal que conoce del recurso queda obligado a basar estas resoluciones, en particular, sobre su análisis de las posibilidades de éxito del recurso ordinario ya interpuesto o que puede aún interponerse contra la sentencia en el extranjero.

16. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre este punto, limitando la cuestión a una resolución dictada en relación con una petición de suspensión contemplada en el *párrafo primero* del artículo 38.

En las observaciones que formularon ante el Tribunal de Justicia, los Gobiernos neerlandés y alemán comparten en este punto la tesis defendida por Van Dalfsen y otros, mientras que la Comisión opta por la otra tesis. Por los motivos que mencionaré a continuación, me inclino por el punto de vista adoptado por la Comisión.

17. La posibilidad de suspender el procedimiento relativo al recurso prevista en el párrafo primero del artículo 38, que tiene como consecuencia que, conforme al artículo 39, el acreedor únicamente puede adoptar medidas cautelares, tiene por finalidad (al igual que la posibilidad de subordinar la ejecución a la constitución de una garantía, prevista en el último párrafo del artículo 38)

«proteger al deudor contra los daños que podrían resultar de la ejecución de resoluciones que aún no hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y que llegaran a ser modificadas». [9]

En su sentencia de 22 de noviembre de 1977, Industrial Diamond Supplies/Luigi Riva, [10] el Tribunal de Justicia declaró, para explicar el artículo 38 del Convenio de Bruselas, que se trata, para el Juez del Estado requerido, «no de una obligación de suspender el procedimiento, sino de una simple facultad» (apartado 32) y de permitir al Juez «reservar su resolución siempre que pueda surgir una duda razonable respecto a la suerte final de la resolución en el Estado de origen» (apartado 33).

En el examen del perjuicio que puede sufrir una parte como consecuencia de la ejecu-

8 — Los extractos de la sentencia del Arrondissementsrechtbank de que se trata pueden encontrarse en el punto 3 de las conclusiones mencionadas en la nota anterior.

9 — Informe Jenard, DO 1979, C 59, p. 52.

10 — Apartados 32 y 33 (43/77, Rec. p. 2175).

ción de la resolución, el Juez que conoce del recurso debe tener en cuenta, por supuesto, las posibilidades que siempre existen, en teoría, de que la resolución extranjera sea total o parcialmente revocada en apelación. Debe ponderar estas posibilidades frente al alcance y el carácter irreversible, en su caso, del daño que la ejecución puede causar al deudor. En este examen comparativo, ¿el órgano jurisdiccional competente puede tener en cuenta también hechos y alegaciones que el Juez extranjero tomó o habría podido tomar en consideración en su resolución, de forma que pueda analizar concretamente las posibilidades de revocación de esta sentencia en apelación, o únicamente alegaciones y hechos que no eran conocidos y tampoco hubieran podido ser conocidos por el Juez extranjero?

18. En el marco de la respuesta a esta cuestión, procede destacar, en primer lugar, que el párrafo primero del artículo 31 del Convenio parte del principio de que las resoluciones que son ejecutorias en el Estado de origen, aunque no tengan fuerza de cosa juzgada, se ejecutan también en el Estado requerido. Esto implica, tal como ha afirmado la Comisión en sus informes orales presentados en la vista, que el régimen aplicable entre los Estados contratantes sea lo más parecido posible al régimen que se aplica en su territorio nacional respecto a una resolución judicial declarada ejecutoria.

La suspensión del procedimiento y la prohibición de adoptar medidas que no sean cautelares que de ella deriva (así como, aunque sea con carácter menor, el hecho de ordenar la constitución de una garantía) suponen en cierta medida una excepción a dicho principio. De ello se deduce que la facultad reconocida a tal objeto debe ser utilizada con cautela o prevención.[11] Esto constituye ya en sí una indicación del hecho de que únicamente pueden tenerse en cuenta hechos y alegaciones que el Juez extranjero no conocía y que tampoco podía conocer.

19. No obstante, el que esto sea así es consecuencia, principalmente, (tal como señaló también el propio Arrondissementsrechtbank) de la norma establecida en el párrafo tercero del artículo 34, a tenor de la cual «la resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo» por parte de las autoridades judiciales del Estado requerido. Si el Juez que conoce del recurso pudiera tener en cuenta, en el marco de su resolución relativa a la suspensión del procedimiento (o de su resolución de ordenar la constitución de una garantía), alegaciones y hechos que el Juez extranjero ya conocía, existiría un riesgo real de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera y, en particular, de la declaración por la que se establece su carácter provisionalmente ejecutorio, declaración basada principalmente en la fuerza de la convicción a la que ha llegado el Juez extranjero respecto al fondo del asunto.

Para evitar este riesgo, considero que el Tribunal que conoce del recurso, que analiza las posibilidades de éxito del recurso dirigido contra la resolución extranjera frente al perjuicio que el deudor puede sufrir como consecuencia de la ejecución total (y, en su caso, no acompañada de una garantía), puede únicamente basarse en motivos que el Juez extranjero no tenía la posibilidad o la facultad de tener en cuenta. En primer lu-

11 — Véanse los puntos 14 y 15 de las conclusiones del procureur-generaal del Hoge Raad der Nederlanden, mencionadas en la nota 3, así como Müller, G., en Bülow, A. y Böckstiegel, K. H.: *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, nº 606.256.

gar, se trata de la circunstancia de que la resolución extranjera fue objeto de recurso, de la inadmisibilidad manifiesta (pero no de la falta manifiesta de fundamento) [12] del recurso interpuesto en el extranjero o del largo plazo que debía preverse para el procedimiento iniciado en el extranjero en relación con el recurso y, en segundo lugar, de la naturaleza, alcance y carácter irreversible o no del perjuicio sufrido por la parte contraria en caso de ejecución total o, por el contrario, del carácter insuficiente de las medidas cautelares para la parte que solicita la ejecución para el caso de que se suspenda el procedimiento. [13] La valoración provisional de la indemnización adeudada a Van Dalfsen y otros por causa de las inversiones permanentes, tomada en consideración por el Arrondissementsrechtbank (véase anteriormente en el punto 7) se puede clasificar, en mi opinión, en la categoría de los motivos que puede tener en cuenta el Juez que conoce del recurso, ya que, en el caso de autos, se trata de un elemento relativo al alcance del daño, del que el Juez extranjero no tenía conocimiento y que puede influir en la comparación de los intereses en juego cuando se trata de la ejecución de la resolución.

20. Se plantea un problema particular en relación con los hechos y alegaciones que no eran conocidos por el Juez extranjero en el momento en que éste dictó su resolución, pero sí por la parte que presenta actualmente el recurso, la cual, no obstante, no los había invocado ante el Juez extranjero. Considero que el Juez que conoce del recurso tampoco puede tener en cuenta estos hechos y alegaciones. Tal como señala acertadamente la Comisión, en mi opinión, sólo de esta manera puede evitarse que la ejecución de una resolución dictada en el extranjero y que se declara ejecutoria allí se vea obstaculizada por una negligencia de la parte que interpone el recurso y, en consecuencia, que se merme la eficacia del artículo 31 del Convenio de Bruselas.

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado todavía sobre este problema pero, para justificar la postura que defiendo en el caso de autos, puede remitirme a la sentencia de 4 de febrero de 1988, Hoffman/Krieg [14] en la que el Tribunal de Justicia declaró:

«El artículo 36 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que la parte que no entabló el recurso contra el exequátur previsto en dicho precepto no puede ya alegar en la fase de ejecución de la resolución una razón válida que hubiera podido invocar en el marco de dicho recurso contra el exequátur [...]»

De ello se deduce que el hecho de que una parte no interponga un recurso, cualquiera que sea la causa, prive posteriormente a esta misma parte de la posibilidad de alegar un motivo que habría servido como base para dicho recurso. En el caso de autos, procede, en mi opinión, declarar por analogía que una parte que no invocó hechos y alegaciones ante el Juez extranjero tampoco puede invocarlos ante el Tribunal que dicta una resolución en relación con la suspensión del procedimiento (o la constitución de una garantía).

12 — Ya que ello implicaría una revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo.

13 — Véase Kaye, P.: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1987, p. 1643; O'Malley, S. y Layton, A.: *European Civil Practice*, 1989, pp. 770 y ss., y Huet, A.: nota sobre el asunto 43/77, *Journal de droit international*, 1978, p. 403.

14 — Apartado 4 del fallo (asunto 145/86, Rec. p. 645).

21. Teniendo en cuenta todos los elementos expuestos, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones prejudiciales de la siguiente forma:

«1) Una resolución dictada por el Tribunal que conoce del recurso con arreglo al artículo 38 del Convenio de Bruselas no puede considerarse como una "resolución dictada sobre el recurso" a efectos del párrafo segundo del artículo 37 del Convenio de Bruselas y, en consecuencia, no puede ser objeto de un recurso de casación.

2) Cuando una resolución dictada con arreglo al artículo 38 del Convenio de Bruselas y la "resolución dictada sobre el recurso" forman parte de una misma sentencia, sólo se puede interponer recurso de casación contra dicha sentencia en la medida en que se refiere a la segunda resolución.

3) Procede interpretar el párrafo primero del artículo 38 del Convenio de Bruselas en el sentido de que el Tribunal que conoce del recurso únicamente puede tener en cuenta, en su resolución sobre la suspensión del procedimiento, motivos distintos a los que el Juez extranjero tomó o habría podido tomar en consideración si la parte que presenta el recurso no hubiera omitido invocarlos.»