CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SIR GORDON SLYNN presentadas el 4 de julio de 1984 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Durante el transcurso del procedimiento entablado ante el tribunale di Verona (Italia) por una empresa italiana («Brennero») contra una empresa alemana («Wendel»), Brennero solicitó y obtuvo una resolución judicial que fue denominada «resolución de embargo».

Según consta en autos, en Derecho italiano semejante resolución puede ser dictada bien antes de iniciarse el procedimiento o bien durante la sustanciación del mismo si se considera necesaria para garantizar la efectividad de la ejecución de la sentencia. Debe ejecutarse en un plazo de treinta días y presenta la forma de un embargo de los bienes del deudor. En realidad, el acreedor no puede efectuar la ejecución vendiendo los bienes y reteniendo el producto de tal venta. Los bienes quedan bajo control del Tribunal que ha dictado la resolución de embargo. Si prosperare el procedimiento entablado por el acreedor, éste podría ejecutar inmediatamente la resolución mediante embargo de los citados bienes. Si no prosperare, la resolución dejaría automáticamente de producir sus efectos.

La resolución judicial dictada en el asunto de autos se refiere a los bienes muebles e inmuebles así como a los saldos que figuraban a favor de la empresa Wendel por un importe máximo de 700.000.000 de LIT, más intereses. Las partes están de acuerdo en que la resolución controvertida fue dictada al término de un debate contradictorio y que, por lo tanto, tiene carácter ejecutivo con arreglo al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; EE 01/01, p. 186) (en lo sucesivo, «Convenio»): me refiero a la sentencia de 21 de mayo de 1980, Denilauler (125/79, ↔ Rec. p. 1553), apartado 17. Según el Abogado de Brennero, Wendel no tenía ni bienes ni haberes en Italia y resultaba necesario ejecutar la resolución judicial en Alemania. A tal efecto, en virtud del artículo 47 del Convenio, el Tribunal italiano dispuso que la citada resolución fuera ejecutoria en Italia. Al amparo del artículo 32 del Convenio, Brennero solicitó al Presidente de la Sala Cuarta de lo Civil del Landgericht Detmold de la República Federal de

* Lengua original: inglés.

Alemania, país dónde Wendel tiene su domicilio social, que revistiera la resolución de embargo de la fórmula ejecutoria. La resolución de exequátur fue dictada el 7 de julio de 1983 y notificada a Brennero en virtud del artículo 35 del Convenio.

El artículo 36 dispone que si, como en el asunto de autos, «se autoriza la ejecución, la parte contra la que se hubiere pedido la ejecución podrá recurrir contra la resolución» (es decir, la resolución judicial que otorgare la ejecución) «dentro del mes siguiente a la notificación». El artículo 39 reza así: «Durante el plazo para recurrir previsto en el artículo 36 y hasta que se haya resuelto sobre el recurso, sólo se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se haya solicitado la ejecución. La resolución que otorgue la ejecución llevará consigo la autorización para adoptar tales medidas.»

Por esta razón, la resolución controvertida que otorgó la ejecución contenía una reserva según la cual la ejecución debía limitarse «a medidas cautelares» hasta que Brennero presentara un certificado que precisare que podía efectuar la ejecución sin restricción alguna. Al parecer, habida cuenta del carácter cautelar de la resolución dictada por el Tribunal italiano, Brennero no podía presentar semejante certificado antes de que recayera un pronunciamiento definitivo sobre la acción que ejercitó contra Wendel.

El 12 de julio de 1983, Wendel interpuso con arreglo al artículo 36 un recurso ante el Oberlandesgericht contra la resolución judicial que otorgaba la ejecución y solicitó que se acordara con carácter provisional que la ejecución de la resolución dictada por el Tribunal italiano quedara supeditada a la constitución por Brennero de una garantía que, según consta en autos, debía ser de un importe igual a la cantidad a la que se refería la resolución del Tribunal italiano.

Wendel basó su recurso en el artículo 38 del Convenio, que dispone que el Tribunal que conociere de un recurso contra una resolución que otorgue la ejecución, «podrá, a instancia de la parte que lo hubiese interpuesto, suspender el procedimiento si la resolución extranjera hubiese sido objeto de recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado; en este último caso, el Tribunal podrá conceder un aplazamiento a efectos de interposición de dicho recurso. Dicho Tribunal podrá igualmente subordinar la ejecución a la constitución de una garantía que él mismo determinará». Al parecer, Wendel no interpuso ningún recurso contra la resolución del Tribunal italiano; en realidad, según consta en autos, en Derecho italiano no cabe interponer ningún recurso contra la mencionada resolución. El órgano jurisdiccional que conoce del asunto en cuanto al fondo puede anular dicha resolución y, al parecer, sustituirla por la resolución definitiva que dicte al término del procedimiento. Wendel no solicitó la suspensión del procedimiento conforme al artículo 38 y la imposibilidad de interponer un recurso con arreglo al Derecho italiano excluye la aplicación del primer apartado del artículo 38, que está supeditado a la interposición de un recurso o al menos a la posibilidad de interponerlo.

Mediante resolución de 15 de julio de 1983, el Oberlandesgericht subordinó la ejecución de la resolución dictada por el Tribunal italiano a la constitución de la garantía requerida por Wendel, es decir, de un importe de 1.200.000 DM. La resolución de remisión dictada por el Bundesgerichtshof, órgano judicial ante el cual Brennero interpuso un recurso sobre una cuestión de derecho, precisa que la resolución controvertida tiene carácter provisional. Cuando fue pronunciada la resolución de remisión, el Oberlandesgericht todavía no había resuelto sobre el recurso de Wendel. Brennero alegó que no podía constituir la garantía solicitada, habida cuenta del plazo que se necesitaba para transferir desde Italia los fondos controvertidos. Entonces interpuso ante el Bundesgerichtshof un recurso (Rechtsbeschwerde) contra la resolución del Oberlandesgericht. La resolución de remisión precisa que en Derecho alemán Brennero no podía interponer recurso alguno contra la resolución del Oberlandesgericht. Sin embargo el artículo 37 del Convenio establece que, en la República Federal de Alemania, una resolución judicial dictada sobre el recurso interpuesto contra la resolución que autorizare la ejecución sólo puede ser objeto de una Rechtsbeschwerde.

A pesar de ser conexas, se someten al Tribunal de Justicia dos cuestiones con carácter prejudicial. La primera cuestión reza así:

«Al conocer el Oberlandesgericht, en la República Federal de Alemania de un recurso interpuesto por el deudor contra la decisión que otorga la ejecución de conformidad con los artículos 36 y 37 del Convenio, ¿puede, con arreglo al párrafo segundo del artículo 38 del Convenio, subordinar la ejecución a la constitución de una garantía únicamente integrando esta medida en su resolución definitiva sobre el recurso? o, ¿puede también, ordenar esta medida con carácter provisional durante la sustanciación del recurso?»

Las disposiciones de los artículos 31 y siguientes del Convenio establecen que una resolución judicial extranjera sólo puede revisarse en cuanto al fondo en el Estado dónde haya sido dictada y no en aquél dónde deba ejecutarse. De esta manera queda limitado el papel de los órganos jurisdiccionales del segundo Estado. Los artículos 38 y 39 inciden sobre las posibilidades de ejecución directa de la resolución en dos supuestos concretos. En el primer supuesto, si la resolución judicial cuya ejecución se solicita no tiene carácter definitivo al ser posible normalmente interponer todavía algún recurso contra ella, el órgano jurisdiccional del Estado dónde deba ejecutarse la resolución puede, con arreglo al artículo 38, suspender el procedimiento; dispone de una facultad de apreciación. En el segundo supuesto, en caso de interposición de un recurso contra una resolución que otorgare la ejecución (o si no ha expirado aún el plazo para interponerlo), dicho órgano jurisdiccional sólo podría ordenar medidas cautelares; no dispone ni de facultad de apreciación ni de la competencia necesaria para dictar resoluciones de mayor alcance. No estoy de acuerdo con el Abogado de Wendel quién alega que el artículo 38 se aplica a las resoluciones judiciales que carecen de carácter definitivo y el artículo 39 a las resoluciones de carácter definitivo

y que, además, el artículo 38 prevalece sobre el artículo 39. En mi opinión, el artículo 39 es aplicable, tenga o no carácter definitivo la resolución cuya aplicación se solicita.

Las «medidas cautelares» contempladas por el artículo 39 del Convenio consisten en modalidades de compensación establecidas por la Ley del Estado del exequátur de la resolución judicial con el fin de evitar que el deudor cuyos bienes puedan ser embargados en virtud de dicha resolución sustraiga sus bienes al embargo (véase, el Informe Jenard, p. 168). Por consiguiente, la expresión «medidas de ejecución» (measures of enforcement) se refiere a todas las demás medidas de ejecución, que no se pueden adoptar con arreglo al artículo 39 y que consisten en general en el embargo de los bienes del deudor que son susceptibles de embargo a instancia del acreedor en virtud de la resolución.

El asunto de autos no se refiere a una resolución judicial ejecutada mediante embargo. Dicha resolución tiene por objeto a lo sumo someter los bienes embargables del deudor al control del órgano jurisdiccional que dictare la resolución. No permite que el acreedor en posesión de un título ejecutivo embargue dichos bienes. Por consiguiente, la resolución judicial no podría ser ejecutada de forma regular en otro Estado contratante en virtud de una resolución de ejecución que permita que el acreedor que posea un título ejecutivo embargue los bienes. Sólo podría ser ejecutada mediante las medidas cautelares apropiadas previstas por la Ley del Estado del exequátur para ejecutar lo que en la resolución inicial constituye una medida de carácter cautelar. El objetivo del artículo 39 consiste «en garantizar, en la fase del exequátur, un equilibrio entre los derechos e intereses de las partes, con vistas a evitar que tanto una como otra se vean expuestas a cualquier perjuicio por simples motivos de procedimiento» (Informe Jenard). El ordenamiento de medidas cautelares puede preservar y no amenazar tal equilibrio. Así, el artículo 39 no excluye la adopción de medidas cautelares que tengan el mismo efecto que una resolución judicial relativa a las medidas cautelares que figuren en la resolución cuya ejecución se solicita por la simple razón de que doten de eficacia a dicha resolución. No se trata aquí de medidas del tipo de las que prohíbe el artículo 39.

Mientras que el artículo 39 contempla el plazo de recurso en el Estado dónde se solicita la ejecución o el período que finaliza en el momento en que se resuelve sobre tal recurso, el artículo 38 se refiere al plazo de recurso en el Estado dónde fuere dictada la resolución o, implícitamente, el período que finaliza al resolver sobre el recurso. En este último caso, considero que se puede suspender el procedimiento en el Estado donde se pide la ejecución antes de los debates sobre el recurso o durante los mismos. La cuestión de si se debe suspender o no el procedimiento con arreglo al artículo 38 y en qué fase hacerlo puede depender de si las medidas cautelares son necesarias en virtud del artículo 39; en cualquier caso, estimo que la suspensión del procedimiento en virtud del artículo 38 no impide que el órgano jurisdiccional adopte medidas cautelares con arreglo al artículo 39.

Después de otorgar la facultad de suspender el procedimiento, el artículo 38 en su párrafo segundo dispone que el órgano jurisdiccional puede «también» supeditar la ejecución a la constitución de una garantía que él mismo determine. Resulta extraño que el citado párrafo prolongue así la disposición que permite la suspensión del procedimiento, ya que me parece evidente que el objetivo perseguido no consiste en que el órgano jurisdiccional que suspenda el procedimiento supedite de forma simultánea la ejecución futura de su resolución (no otorgada en la misma fase) a la constitución de una garantía. Por otra parte, me parece también evidente que la constitución de una garantía no debe considerarse como un elemento o como el corolario de las medidas cautelares otorgadas con arreglo al artículo 39. Las medidas cautelares sólo producen el bloqueo de los saldos en el Estado del exequátur y no equivalen a la ejecución. En ningún caso se prevé que las medidas cautelares puedan supeditarse a la constitución de una garantía. La «ejecución» consiste en la puesta en práctica de la resolución judicial inicial. El órgano jurisdiccional que conociere del recurso sólo tiene capacidad para exigir la constitución de una garantía en el momento en que otorgue la ejecución. Dicho órgano jurisdiccional resuelve sobre la garantía sólo cuando se pronuncia de manera definitiva sobre el recurso; sólo cuando resuelve de manera definitiva sobre el recurso puede exigir la constitución de una garantía. Se trata de proteger al deudor mediante una medida adoptada de forma subsidiaria respecto de la suspensión del procedimiento para darle, en el supuesto de que disponga de un recurso en el Estado donde fuere dictada la resolución judicial, un medio de compensación si se le priva de sus saldos y si se han utilizado o dispersado.

Sólo se puede exigir la constitución de una garantía, así como suspender el procedimiento, si se ha interpuesto un recurso o si no ha expirado todavía el plazo para interponerlo en el Estado dónde fuere dictada la resolución.

En relación con las resoluciones judiciales que contienen medidas cautelares, se planteó la cuestión de si no se puede supeditar nunca la ejecución a la constitución de una garantía ni siquiera en el marco de la resolución definitiva sobre el recurso. La respuesta a esta cuestión es negativa. Aunque no figure expresamente en la resolución de remisión, la cuestión es pertinente en el asunto de autos por lo que estimo oportuno examinar los argumentos alegados al respecto. En la esfera de la interpretación, considero que una resolución judicial relativa a medidas cautelares entra dentro del marco de las atribuciones de los órganos jurisdiccionales del Estado del exequátur cuando resuelven de forma definitiva sobre el recurso. Dicha resolución judicial no está excluida de forma expresa y no creo que deba considerarse necesariamente excluida de forma implícita. Al contrario, resulta evidente que una resolución judicial que bloquee determinados saldos a instancia de un acreedor puede causar un perjuicio al deudor, aunque tales saldos no puedan ser ni utilizados ni dispersados. Si el Tribunal que dictare la resolución inicial hubiese examinado y rechazado una solicitud de constitución de garantía, los principios reguladores del Convenio parecen indicar

que normalmente el órgano jurisdiccional que debiera pronunciarse sobre la ejecución no debería examinar dicha resolución salvo que cambiasen las circunstancias. Sin embargo, tendría facultades para hacerlo. *A fortiori*, si variasen las circunstancias, en caso de interposición de un recurso, podría exigir la constitución de una garantía aunque hubiere sido rechazada anteriormente. Sin embargo, estas consideraciones siguen siendo aplicables, tanto si la resolución judicial ejecutada otorga medidas cautelares como si no lo hace. Por consiguiente, en la medida en que el órgano jurisdiccional del Estado dónde deba ejecutarse la resolución judicial tenga en cuenta al ejercer su facultad de apreciación el hecho de que el Tribunal que dictare la resolución haya denegado la constitución de una garantía, no estoy de acuerdo en que, si dicha resolución sólo contiene medidas cautelares, no pueda exigirse la constitución de una garantía.

La segunda cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia es la siguiente:

«¿Es admisible por aplicación directa o analógica del párrafo segundo del artículo 37 del Convenio, la "Rechtsbeschwerde" interpuesta ante el Bundesgerichtshof contra la resolución que impone la constitución de una garantía, adoptada por el Oberlandesgericht con carácter provisional durante la sustanciación del recurso, con arreglo al párrafo segundo del artículo 38 del Convenio?»

El artículo 37 prevé otro recurso contra la resolución «dictada sobre el recurso» interpuesto contra la resolución judicial que otorgue la ejecución. No hace referencia de forma expresa a las medidas de carácter provisional ordenadas con arreglo al artículo 37 por el órgano jurisdiccional a la espera «de la resolución dictada sobre el recurso». De lo expuesto, Wendel, el Gobierno de la República Federal de Alemania y la Comisión deducen que la expresión «resolución dictada sobre el recurso» se refiere a la resolución judicial que resuelve de manera definitiva sobre el recurso y que es imposible interponer un recurso contra una resolución judicial de carácter provisional.

Si, como opino, tal es el caso, los autores del Convenio quisieron impedir que se dictase una resolución judicial de carácter provisional que otorgara la ejecución sin perjuicio de la constitución de una garantía antes de que finalizara el procedimiento relativo al recurso, al conferir carácter decisivo al artículo 39, los términos del artículo 37 «resolución dictada sobre el recurso» deben interpretarse a partir de la premisa de que la resolución «dictada sobre el recurso» es la única que resuelve de manera definitiva sobre el recurso, con exclusión de una medida de carácter provisional del mismo orden. Así, el artículo 37 no se aplica si se ordena dicha medida de carácter provisional. Por consiguiente, la situación debe resolverse mediante los recursos ordinarios establecidos por el Derecho interno del Estado del exequátur para asuntos en los cuales un órgano jurisdiccional se proponga dictar una resolución de carácter provisional aunque carezca de competencia para hacerlo, tanto en el marco de un recurso, si cabe interponer alguno, o a resultas de una solicitud presentada ante el

órgano jurisdiccional que dictare la resolución original, si no existiere posibilidad de interponer recurso.

En mi opinión, el hecho de que el Convenio no contenga ninguna disposición relativa al citado recurso corrobora mi respuesta a la primera cuestión prejudicial, en la que se llega a la conclusión de que se carece de competencia con arreglo al Convenio para dictar la controvertida resolución de carácter provisional.

A la luz de las consideraciones antes expuestas, estimo que procede responder del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof:

1) El Oberlandesgericht de la República Federal de Alemania que conociere del recurso interpuesto por un deudor con arreglo a los artículos 36 y 37 del Convenio contra la resolución judicial que otorgare la ejecución no puede dictar una resolución de conformidad con el párrafo segundo del artículo 38 del Convenio que supedite dicha ejecución a la constitución de una garantía como medida de carácter provisional durante la sustanciación del recurso.

2) El párrafo segundo del artículo 37 del Convenio no se aplica a resoluciones judiciales de carácter provisional del mismo orden, que, en virtud del párrafo segundo del artículo 38, se supone que fueron dictadas durante la sustanciación del recurso; en tal hipótesis, las partes tienen derecho a interponer los recursos de que disponen normalmente ante el órgano jurisdiccional nacional en el caso de que la resolución judicial de carácter provisional fuere dictada por un órgano jurisdiccional que careciere de competencia para hacerlo.

La cuestión de las costas de las partes relativas al procedimiento pendiente ante el Bundesgerichtshof debe ser dirimida por dicho órgano jurisdiccional y no procede dictar ninguna resolución respecto de las costas de los Gobiernos alemán e italiano así como de la Comisión.