

Jurisprudencia

Dirección

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS* Y
SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

Comentarios de:

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Unai BELINTXON MARTIN, David CARRIZO AGUADO, Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Íñigo IRURETAGOIENA AGUIRREZABALAGA, Pilar JIMÉNEZ BLANCO, Milagros LÓPEZ GIL, Nuria MARCHAL ESCALONA, Javier MASEDA RODRÍGUEZ, Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, José NÚÑEZ CERVIÑO, Ricardo PAZOS CASTRO, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ, María Jesús SÁNCHEZ CANO, María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Los textos completos se encuentran el en Blog del Profesor José Carlos Fernández Rozas:
[<<https://fernandezrozas.com/category/jurisprudencia/>>].

En la mayor parte de los casos, figuran en google, bastando con colocar el título de la decisión en la casilla de búsqueda.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Miembro del *Institut de Droit International*.

** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

Jurisprudencia internacional y europea

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. LOS TRIBUNALES ITALIANOS INCUMPLIERON LA OBLIGACIÓN POSITIVA DE ADOPTAR UNA DECISIÓN RÁPIDA PARA ESTABLECER LA RELACIÓN LEGAL DE LA DEMANDANTE CON EL PADRE BIOLÓGICO, PERO LA MADRE TIENE LA POSIBILIDAD DE RECONOCER LEGALMENTE A SU HIJO MEDIANTE ADOPCIÓN (STEDH 1^a 31 agosto 2023: *C. v. Italy*)

Observaciones: 1. En esta sentencia el TEDH aplica la doctrina establecida en torno al reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero. Así, el TEDH comienza recordando que: 1º) el derecho al respeto de la vida privada, proclamado en el art. 8 CEDH, exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación (sentencias de 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 y *Labassee c. Francia*, 65941/11; 2º) La negativa por parte de los Estados contratantes a reconocer el vínculo de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero y sus padres de intención, siendo uno de ellos el padre biológico, constituye una vulneración del art. 8 CEDH. Por tanto, los Estados contratantes están obligados a reconocer o establecer el vínculo de filiación entre el menor y sus padres de intención. 3º) Los Estados cuentan, sin embargo, con un amplio margen de apreciación para establecer en su derecho interno los mecanismos o modos de establecimiento o reconocimiento del vínculo de filiación, debiendo garantizar, en cualquier caso, que la determinación de la filiación se realice de una forma efectiva y rápida teniendo en cuenta el interés superior del menor y evitando con ello que el menor se encuentre en una situación de incertidumbre prolongada (Opinión Consultiva de 10 abril 2019, demanda nº P16-2028-01; sentencia de 22 noviembre 2022, *D.B. y otros c. Suiza*, nº 58817/15 y nº 58252/15). 4º) Los Estados contratantes no están obligados a inscribir en su Registro Civil la relación de filiación entre el menor nacido mediante gestación por sustitución y la madre de intención, tal y como consta en la certificación registral extranjera. Pero, sí que están obligados a establecer en su derecho interno algún mecanismo efectivo y suficientemente rápido que permita el reconocimiento de la filiación existente entre el niño y la madre de intención no biológica, siendo la adopción un mecanismo óptimo para ello (sentencia de 16 junio 2020, *D. c Francia*, 11288/18). 5º) La imposibilidad general y absoluta de reconocer el vínculo de filiación entre el niño y la madre/padre de intención por carecer el Estado contratante de un modo de determinación de la filiación a tal efecto (ad ex: la adopción) constituye una injerencia desproporcionada en el derecho del niño al respecto a su vida privada (sentencias de 22 noviembre 2022, *D.B. y otros c. Suiza*, 58817/15 y 58252/15).

2. *Hechos.* Los hechos que dieron lugar a la sentencia que aquí se comenta fueron como siguen: En el año 2018, L.B. y E.A.M, una pareja heterosexual de nacionalidad italiana y residencia en Italia, celebró un contrato de gestación por sustitución en Ucrania. Tal y como acordaron el varón aportaría sus propios gametos y se recurriría a una donación anónima de óvulos para que otra mujer gestara por ellos. Fruto de dicho proceso nació una niña en agosto de 2019, constando en una certificación registral ucraniana dicho nacimiento, así como la filiación de la menor con sus padres de intención. Una vez en Italia, la pareja solicitó con fecha el 16 de septiembre de 2019 ante el Registro civil de su localidad la inscripción completa de la certificación de nacimiento ucraniana. Cuatro meses después, las autoridades italianas denegaron dicha inscripción por considerarla contraria al orden público. En enero de 2020, la pareja recurrió dicha decisión ante los tribunales italianos solicitando se procediera a la

inscripción completa de la certificación de nacimiento ucraniana, donde se hacía constar la filiación entre la menor y sus padres de intención, y de forma subsidiaria, que se inscribiera, al menos, el vínculo de filiación entre la menor y el padre biológico. El fiscal solicitó al tribunal que acogiera la demanda subsidiaria. Pero, por sentencia de 16 de marzo de 2020 el mencionado tribunal denegó tal petición por considerar que la gestación por sustitución era contraria al interés superior del menor e incompatible con el orden público italiano. La pareja recurrió tal decisión en apelación y presentó dentro de ese mismo procedimiento un recurso solicitando se procediera a la inscripción parcial de la certificación de nacimiento extranjera respecto al padre biológico. El fiscal solicitó al tribunal de apelación que acogiera dicho recurso. Pero, dicho tribunal, por sentencia de 14 de junio de 2021, rechazó tal petición por considerar que la demanda en el procedimiento principal versaba exclusivamente sobre la inscripción íntegra de la certificación de nacimiento ucraniana y no sobre la inscripción parcial.

El 8 de junio de 2022, el padre biológico de la menor solicitó ante las autoridades del Registro civil de su nuevo domicilio la inscripción parcial de la certificación de nacimiento de su hija. Pero, por resolución de 6 de julio de 2022, tal inscripción fue denegada por ser contraria al orden público.

Durante el transcurso de estos 4 años, desde que la familia llegara a Italia, la menor ha estado en una situación de incertidumbre jurídica, en tanto que no se ha podido determinar su filiación, carece de nacionalidad y además se le ha dificultado el desarrollo de actividades cotidianas, tales como la inscripción en la guardería y, posteriormente, el colegio o solicitar, dentro del sistema público de salud, un pediatra. Por todo ello, la menor, representada por sus padres, demanda ante el TEDH al Estado italiano por entender que se ha vulnerado su derecho a la vida privada y familiar como consecuencia de la imposibilidad de determinar la relación de filiación que la une a su padre biológico y a su madre de intención.

3. Aplicación de la doctrina del TEDH al caso concreto. Para determinar si los hechos que se acaban de exponer suponen o no una injerencia por parte el Estado italiano en el derecho a la vida privada y familiar de la menor procedería aplicar la doctrina del mismo TEDH relativa a la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. En este sentido, resulta necesario señalar que en Italia la gestación por sustitución está prohibida. Aun así, el derecho italiano prevé para los casos de niños nacidos a través de gestación por sustitución en el extranjero diversos modos de determinación de la filiación. Así y para el reconocimiento o establecimiento de la filiación entre el menor y el padre biológico, se puede recurrir bien a la inscripción parcial de la certificación de nacimiento, bien al reconocimiento paterno-filial, bien a la adopción. En el supuesto, de la determinación del vínculo de filiación entre el menor y la madre intencional, no es posible la inscripción de la certificación registral, pero se contempla la posibilidad de adopción.

Desde esta perspectiva, cabe afirmar que Italia adecúa su ordenamiento jurídico a la doctrina del TEDH en materia de determinación de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero. Por tanto, no puede considerarse que, en este caso, la imposibilidad de la menor de ver determinada su filiación en Italia se deba a una injerencia del propio Estado en su derecho a la vida privada y familiar. Mas bien, se trataría de un incumplimiento por parte de Italia de su obligación positiva de desplegar todos los medios jurídicos para garantizar el derecho al respeto a la vida privada y familiar de la menor, obligación que al estar en juego la relación entre unas personas con su hijo debe cumplirse con diligencia excepcional. En este caso concreto, la negativa a inscribir la filiación de la menor no se debió a la falta de mecanismos en el derecho interno, sino a un incorrecto proceder de las autoridades registrales y judiciales italianas, que no actuaron con la debida diligencia, considerando los intereses en juego y, en especial, el interés superior del menor. De haber sido así, estas mismas autoridades deberían de haber puesto en conocimiento de las partes (los padres de intención) los mecanismos legales existentes en el derecho italiano para poder

regularizar de manera rápida y efectiva la situación de la menor tanto en relación con el padre biológico como con la madre de intención.

4. *Posición del TEDH.* El TEDH, sin embargo, ofrece un planteamiento distinto al problema planteado. El TEDH parte de la idea de que la negativa de las autoridades italianas a reconocer o establecer el vínculo de filiación entre la menor y sus padres de intención, de forma rápida y efectiva, constituye una injerencia en el derecho al respecto de la vida privada de la menor. A partir de ahí, procede a aplicar la doctrina asentada en torno a la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, distinguiendo de un lado, entre el establecimiento del vínculo de filiación entre la menor y su padre biológico y de otro, entre la menor y la madre de intención.

Para justificar la existencia de una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada de la menor con relación al establecimiento de la filiación entre ésta y su padre biológico, el TEDH no recurre a la aplicación del art. 8.2º CEDH (test de proporcionalidad), sino a la obligación positiva de los Estados de garantizar el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH). Centrándose en la determinación de la filiación entre la menor y su padre biológico, y teniendo en cuenta que al padre se le negó la posibilidad de una inscripción parcial, que en ningún momento se fundamentó motivadamente el rechazo de esta posibilidad así como que tampoco se le comunicó por parte de las autoridades la existencia de otros mecanismos para determinar la filiación, el TEDH concluye que las autoridades italianas incumplieron su obligación positiva de garantizar el derecho de la menor a su vida privada y familiar, poniéndola en una prolongada situación de incertidumbre jurídica.

Curiosamente, cuando el TEDH procede a analizar si la negativa de las autoridades italianas de determinar la filiación entre la menor y la madre de intención constituye una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada, recurre al art. 8.2º CEDH (test de proporcionalidad). Y teniendo en cuenta que los Estados no están obligados a inscribir la filiación de los nacidos en el extranjero con la madre de intención, tal y como figura en la certificación registral extranjera, y que el derecho italiano prevé en tales casos, el mecanismo de la adopción para determinar tal filiación, el TEDH llega a la conclusión de que el Estado italiano: 1) no ha excedido su margen de apreciación y, 2) no ha incumplido su obligación positiva de diligencia excepcional para garantizar que la menor tenga su filiación determinada con respecto a su madre de intención.

5. *Voto particular.* No obstante, la sentencia objeto de comentario cuenta con un voto particular. En él, el juez Wojtyczek discrepa de la mayoría de la sala del TEDH al considerar que en este caso concreto no estaríamos ante una injerencia del Estado italiano en el derecho a la vida privada y familiar de la menor, sino más bien ante un incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado de garantizar el respeto al derecho de la vida privada y familiar que alcanzaría tanto a la determinación de la filiación de la menor con su padre biológico como con su madre de intención. De no ser así, se incurría en la incongruencia de considerar incumplida la obligación positiva del Estado sólo respecto a la filiación entre la menor y su padre biológico, pero no respecto a la filiación entre la menor y la madre de intención.

Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

2. EL TEDH CONDENA A ALBANIA POR EL RETRASO DE MÁS DE 17 AÑOS EN LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO (EXECUÁTUR) RESPECTO DE UN LAUDO ARBITRAL (STEDH 5 de marzo de 2024, *Iliria SRL c. Albania –"Iliria"*–)

* Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Cantabria.

Observaciones: 1. No es la primera vez que el TEDH se pronuncia sobre la posible violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) por parte de los tribunales nacionales en aplicación del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (sentencia de 21 julio 2015, *R.S. v. Poland*, nº 63777/09; sentencia de 26 noviembre 2013, *X v. Latvia*, nº 27853/09; sentencia de 26 julio 2011, *Shaw v. Hungary*, nº 6457/09).

2. En esta ocasión el TEDH tuvo que resolver la demanda interpuesta por el Sr. Vassallo contra Hungría por considerar que los tribunales de aquel país habían vulnerado su derecho a la vida privada y familiar (el art. 8 CEDH) por: a) el retraso en ordenar, en aplicación del CH 1980, la restitución de sus dos hijos menores de 16 años al Estado donde residían habitualmente (España) antes de que la madre, de nacionalidad húngara, los trasladara de forma ilícita a Hungría; b) la ausencia de medidas que garantizaran el ejercicio de sus derechos parentales durante todos ese periodo de tiempo y; c) la negativa a ejecutar una sentencia dictada por los tribunales españoles otorgando la custodia de los menores al padre, estableciendo la residencia de los menores en España y ordenando su retorno.

3. En esta sentencia el TEDH, aplicando la doctrina ya existente sobre este mismo particular, consideró que: 1º) la primera interferencia con el derecho al respeto de la vida familiar del afectado no se puede atribuir a una acción u omisión por parte del Estado demandado, sino más bien a una acción de la madre, que trasladó a sus hijos a Hungría. No obstante, tal acción sitúa al Estado demandado bajo una obligación positiva de garantizar al demandante su derecho al respeto de su vida familiar, lo que incluye la obligación de examinar su solicitud bajo el CH 1980 con vistas a asegurar un encuentro inmediato con sus hijos (sentencia de 19 julio 2016, *G.N. v. Poland*, nº 2171/14); 2º) El procedimiento de restitución de los menores ante las autoridades húngaras se inició el 15 de febrero de 2017 y terminó el 24 de noviembre de 2020. Los tribunales nacionales tardaron aproximadamente 3 años y 9 meses en resolver el asunto, tras revisar el caso 12 veces en diferentes instancias; 3º) La naturaleza específica del procedimiento de restitución previsto en el CH 1980 exige a los tribunales nacionales confiar en la presunción de que el retorno de los menores al Estado de residencia habitual es en su propio interés; 4º) El CH 1980 exige a los Estados contratantes organizar el procedimiento de restitución de tal manera que pueda resolverse en un tiempo razonable, respetando al mismo tiempo el derecho a un juicio justo; 5º) De igual forma, el sistema judicial y procesal de los Estados contratantes deber organizarse de tal forma que permita realizar todos los informes psicológicos, considerados esenciales en este tipo de procesos, en las fases más tempranas del procedimiento con el fin de evitar revisiones posteriores y retrasos; 6º) En este asunto concreto, todas las decisiones judiciales dictadas por los tribunales húngaros en relación a la restitución de los menores, le fueron favorables al demandante, incluida la resolución que reconocía la sentencia dictada por los tribunales españoles atribuyendo la custodia al afectado, sin que en ninguna instancia se pusieran en relación ambos procedimientos y sin que se adoptaran medidas para ejecutar la sentencia española ni las decisiones adoptadas por las autoridades húngaras.

4. Por todo ello, el TEDH concluyó que Hungría había vulnerado el derecho al respeto a la vida familiar del Sr. Vassallo (art. 8 CEDH) por aplicación incorrecta del CH 1980.

Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

3. EL TEDH CONSIDERA QUE HUNGRÍA HA VIOLADO EL ART. 8 DEL CEDH EN UN CASO DE TRASLADO ILÍCITO DE NIÑOS Y APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 (TEDH de 26 de octubre de 2023, *Vassallo v. Hungary*)

* Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Cantabria.

Observaciones: 1. El supuesto estudia la falta de diligencia de las autoridades húngaras para realizar un examen rápido del procedimiento de restitución de un menor en virtud del contenido del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El demandante, de nacionalidad italiana, conoció en 2009 a una mujer húngara con la que se casó en 2015. De dicha relación nacieron dos hijos, en 2013 en Hungría y en 2015 en España, país en el que residían en 2017. En este año, tras unas vacaciones familiares con los niños en un tercer país, el demandante regresó solo a su domicilio en Ibiza. Su esposa y madre de los hijos en común viajó a Hungría con los niños y le comunicó al demandante su intención de establecerse allí de forma permanente.

Tras esto, las fechas esenciales del procedimiento para valorar la posible falta de diligencia de las autoridades húngaras son las siguientes. El 15 de febrero de 2017 el padre presentó una solicitud de restitución de los menores a España con arreglo al Convenio de La Haya. El 13 de julio de 2017, al concluir que la residencia habitual de los menores estaba en España, el Tribunal del Distrito Central de Pest ordenó su restitución. En 2017 y 2018, el Tribunal Superior de Budapest y, posteriormente, la Kúria confirmaron esta decisión. El 13 de febrero de 2018 el Tribunal Constitucional suspendió la ejecución de las órdenes de restitución y el 27 de noviembre de 2018 anuló las decisiones anteriores por considerar que no se habían tenido debidamente en cuenta los intereses de los niños, en violación del derecho de la madre a un juicio justo. El 25 de marzo de 2019, tras obtener un informe sobre la evaluación psicológica de los niños, el Tribunal del Distrito Central de Pest ordenó nuevamente su devolución a España. La decisión fue confirmada en el procedimiento posterior por el Tribunal Superior y la Kúria. El 21 de octubre de 2019 el Tribunal Constitucional suspendió de nuevo la ejecución del procedimiento de restitución y, el 25 de febrero de 2020, anuló el último procedimiento por considerar que no se había evaluado suficientemente el impacto psicológico del retorno a España en los menores y que la madre no había tenido oportunidad de formular preguntas al perito. El 22 de junio de 2020, tras examinar un peritaje psicológico privado presentado por la madre, el Juzgado Central del Distrito de Pest ordenó nuevamente el regreso de los menores a España. El 10 de diciembre de 2019, el Tribunal de Distrito de Debrecen (Hungría) reconoció como ejecutable en virtud del Reglamento (UE) 2201/2003 una sentencia española relacionada con el divorcio y los derechos de custodia a favor del demandante y la restitución de los niños (véanse los párrafos 14 y 16 siguientes).

2. Mientras estos procedimientos y resoluciones se sucedían en Hungría, en España, el 31 de enero de 2018, en un procedimiento separado iniciado por el demandante, el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza le concedió la custodia provisional de los menores. El 23 de febrero de 2018, tras una decisión relacionada con la falta de competencia de los tribunales húngaros, la demandante presentó una demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, que dictó sentencia de divorcio el 21 de enero de 2019. El Juzgado estableció la residencia habitual de los niños con su padre en España y ordenó su regreso, además de indicar las modalidades de custodia, visitas de los padres y la contribución de B. a la pensión alimenticia y prohibirle salir del territorio español con los niños. El demandante pudo ver a sus hijos cinco veces en 2017, tres veces en 2018 y cuatro veces en 2019, después de haber presentado numerosas solicitudes a las autoridades húngaras en vista de la falta de cooperación de la madre. El 26 de julio de 2020, durante una visita de sus padres, el demandante llevó a los niños a España, donde han permanecido con él desde entonces. El 24 de noviembre de 2020, el Tribunal Superior de Budapest dio por concluido el procedimiento de retorno del solicitante en Hungría en vista de esta reunificación de facto, tras ser informado de ello por las autoridades españolas.

Ante estos hechos el demandante inició procedimiento ante el TEDH, en virtud del art. 8 del Convenio, por los retrasos en los procedimientos relacionados con el retorno de los menores a su residencia habitual, de la aplicación incorrecta del Convenio de La Haya por parte del Tribunal Constitucional húngaro, de la falta de asistencia para la aplicación de sus derechos

de contacto parental durante el período pertinente y de la no ejecución de las decisiones de los tribunales españoles.

3. En su resolución el TEDH destaca que el Convenio de La Haya requiere que los tribunales nacionales se basen en la presunción de que el regreso inmediato de los niños a su residencia habitual es lo mejor para ellos y exige a los Estados contratantes que organicen sus tribunales de tal manera que les permitan cumplir con los requisitos de los criterios de plazo razonable en el contexto del derecho a un juicio justo. Por lo tanto, el procedimiento debe realizar la pericia psicológica y el contrainterrogatorio del perito en un plazo breve, en la fase más temprana del procedimiento para evitar múltiples renovaciones y demoras. Debido a la falta de tales precauciones, un período de tres años y nueve meses como el transcurrido en el caso, en un asunto tan sensible como la restitución internacional y los derechos de custodia parental de niños pequeños, no es conforme con la obligación positiva de actuar con celeridad de Hungría. Por ello concluye que ha habido una violación del art. 8 de la Convención. Ante la petición del demandante, en aplicación del art. 41 de la Convención, de condenar al Estado al pago de 17.748 euros en concepto de gastos efectuados, 40.000 euros por el daño moral y 12.000 euros por gatos y costas, el Tribunal condena al Estado a 4.000 euros por daños materiales, 9.000 euros por daño moral y 4.000 euros en conceptos de costas y gastos.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

4. LA DEROGACIÓN Y POSTERIOR RESTAURACIÓN DEL *DROIT DE PRÉLÈVEMENT* NO SUPONE LA VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 6 Y 8 DEL CEDH, RESPECTO DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DE LOS HIJOS DE UN FRANCÉS FALLECIDO EN CALIFORNIA (STEDH 15 febrero 2024, *Jarre v. France*).

Observaciones. 1. Siempre que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) lidiá con un asunto vinculado al Derecho privado, proliferan los comentarios que tratan de extraer algún tipo de conclusión sustantiva valorativa, generalizable, apodíctica, en ocasiones. Algo que permite decir que tal o tal otra norma de Derecho de la persona, de la familia o, como es este caso, de Derecho internacional privado de sucesiones debe desaparecer del universo jurídico. Algo que sitúa al legislador nacional en fuera de juego frente a los superiores derechos que consagra el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, normalmente el TEDH lo que hace es verificar si en un singular caso se ha vulnerado o no uno o varios de esos derechos. A veces, las normas tienen un protagonismo; en otras ocasiones –en muchas– lo trascendente es su proceso de aplicación en un caso singular. En un singular caso que, a menudo, solo sirve para dar satisfacción a los recurrentes. Si ganan.

Es verdad que el escepticismo que destila el anterior párrafo no siempre se justifica. Ocasionadamente, el TEDH quiere sentar doctrina y lo hace. Aunque no creo que sea el caso que nos ocupa. Pero ello no lo hace menos interesante. Porque otra de las costumbres que tenemos los comentaristas es aprovechar los supuestos para sacarlos de contexto y tratar de hablar de otras cosas que pueden ser tan interesantes (o más) que el objeto de la labor fiscalizadora del propio TEDH. Es lo que, sin subterfugios, voy a hacer en estas breves observaciones.

Y lo voy a hacer por tres motivos. El primero, porque en el caso *Jarre* (STEDH 15 de febrero de 2024, recurso 14157/18), los argumentos no son nada generalizables. El segundo, porque el recurso trajo causa en una sucesión de acontecimientos muy peculiar (escasamente exportable) y, además, fue desestimado. Y el tercero, porque es una invitación irrefractable hablar de cómo el TEDH habla del Reglamento de Sucesiones, del orden público y del nefable *droit de prélevement* francés. O, sin más, hablar de esas tres variables.

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

2. En el marco de la sucesión de M. Jarre, dos hijos del causante invocaron como infringidos el art. 6.1º CEDH (derecho a un proceso justo) y el art. 1 del Protocolo nº 1 (derecho a la propiedad privada), al no reconocérseles por la jurisdicción francesa su legítima sucesoria, de la que, en comprensión de los órganos judiciales franceses y del TEDH, se habrían visto excluidos por efecto de un *trust*. La muerte del causante se había producido antes de la aplicación efectiva del Reglamento 650/2012, de sucesiones, y los reclamantes invocaban el art. 2 de la Ley francesa de 14 de julio de 1819 relativa al régimen de "*droit d'aubaine et de détraction*", según el cual los herederos franceses excluidos de una sucesión regida por una ley extranjero tenían un derecho de *prélèvement compensatoire* sobre la masa sucesoria situada en Francia.

Una de las peculiaridades del caso, la más llamativa, es que este artículo fue declarado contrario a la Constitución por el *Conseil constitutionnel* francés, en decisión de 5 de agosto de 2011: casi dos años después de que los herederos hubieran iniciado su periplo judicial. La otra jugada del destino quiso que un nuevo *droit de prélèvement*, ya desprovisto de los problemas de inconstitucionalidad del antiguo, fue reintroducido en 2021 por la Ley nº 2021-1109 de 24 de agosto de 2021: cuatro años después de que la *Cour de cassation* hubiera desestimado definitivamente su reclamación. Entretanto, el silencio del *Conseil constitutionnel* sobre el alcance temporal de su decisión posibilitó una interpretación judicial discutible (pero posible) de los efectos transitorios de la declaración de inconstitucionalidad del viejo *droit de prélèvement* y privó a los reclamantes de derecho alguno. Tan solo pudieron compartir su sentimiento de "injusticia legítima" con el voto particular, pero concordante con la mayoría, del Juez Mourou-Vikström. Quedar atrapados en un paréntesis de diez años en casi dos siglos no deja de ser mala suerte.

El TEDH no consideró que esta última circunstancia afectase al derecho a un proceso equitativo.

Tampoco consideró que hubiera habido afectación del derecho de propiedad ("Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes", señala el citado art. 1 1.1 del Protocolo nº 1). Para este caso, sin embargo, el razonamiento fue algo más depurado y, quizás hubiera podido ser más trascendente en términos sucesorios. El TEDH considera que los demandantes, sin tener un verdadero derecho de propiedad sobre los bienes reclamados, sí poseían una "esperanza legítima" de obtenerlos, lo cual sería suficiente para poder admitir el recurso y entrar en el fondo. El Tribunal se basa en la situación legal tanto en el momento de la muerte del causante como en el de la introducción de la demanda judicial (el *Conseil constitutionnel* aún no había declarado la inconstitucionalidad del *droit de prélèvement*).

Fallando sobre el fondo, reconoce que no aplicar el viejo *droit de prélèvement* a los demandantes resulta una injerencia en su derecho de propiedad (en su esperanza legítima), pero considera que la derogación de dicho derecho estuvo fundada en un motivo de interés general (expulsión de una norma discriminatoria) y fue una injerencia proporcionada al objetivo perseguido. En este punto el TEDH se autolimita en cierto modo y asume la pertinencia de los razonamientos de las instancias judiciales francesas, introduciendo un primer elemento a mi juicio perturbador: los demandantes no se encontraban en situación de necesidad o precariedad económica. A mi juicio, este no debe ser un elemento relevante a la hora de valorar si la privación o no de la legítima sucesoria (o parte de ella), en sí misma considerada o como consecuencia de un ajetreado proceso como el del caso Jarre, vulnera o no el derecho de propiedad. Pero me temo, que es un hilo que dará que comentar a los civilistas y a los internacional-privatistas. Y algo parecido creo que pasa con el argumento (no sé si categórico, *ad abundantiam* o simplemente de adorno) que santifica la libertad testamentaria del difunto. En materia de legítimas es esa, precisamente, la cuestión y no la respuesta: hasta dónde debe respetarse esa voluntad. Si fuese "siempre", el sistema sería otro, y las legítimas no existirían.

3. ¿Qué podemos sacar en limpio de la Sentencia para futuros casos? Desde un punto de vista estrictamente sustantivo, que el TEDH deja abierto el hilo de la “necesidad” como criterio de medida de “algo” que tiene que ver con las legítimas. Como dije anteriormente, me parece una contaminación perturbadora de la institución, pero no haré cuestión de ello cuanto en todo el proceso de elaboración del Reglamento de sucesiones siempre se habló de las legítimas como un tema vinculándolo a la “protección” de determinados beneficiarios. Y no descarto que pudiera tener una cierta influencia en el orden público internacional. Orden público sobre el que el TEDH se explaya, aunque para afirmar que las legítimas no formarían parte del mismo, asumiendo la jurisprudencia francesa tal cual se le presenta, sin que se discuta tal extremo. Creo que este podría ser un tema para discutir, pero la extensión de estas observaciones me conduce decir algo sobre el nuevo *“droit de prélevement”* y su encuadre en el sistema del Reglamento. Algo que ya no tiene que ver son la STEDH pero sí con la realidad.

Dice el nuevo art. 913 Cc francés:

“Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélevement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci”.

Por simplificar, diré que esta regla contempla un supuesto de hecho que regula el Reglamento de sucesiones. En otras palabras, el legislador francés no tendría competencia para decir algo que corresponde al Reglamento. El reducto de autonomía que les queda a los Estados miembros vendría dado por las leyes de policía o por el orden público. Dada la reducción que el Reglamento hace respecto de las primeras (art. 30, donde a mi juicio no puede incluirse la norma gala), solo el orden público podría dar cobertura a una consecuencia como la prevista por el nuevo *“droit de prélevement”*. Esta es la explicación oficial (y muy, muy bizarra) que el Ministerio de Justicia francés dio a una pregunta parlamentaria: *“le législateur... a fait de la réserve héréditaire un principe d'ordre public international”* (la pregunta escrita nº 7936, de M. Meyer Habid, *Journal officiel de la république française, Assemblée nationale*, de 16 de mayo de 2023, p. 4333; la respuesta del Ministerio de Justicia, *ibid.*, de 21 de noviembre de 2023, p. 10534). El nuevo *“droit de prélevement”* tendría la vía de entrada del art. 35 del Reglamento, según esta visión. De nuevo, la extensión de estas observaciones me impide entrar en si ello es aceptable o no. La *Rev. crit. DIP*, 2021-2, le dedicó un (casi) monográfico al que me remito. Aunque creo que no arriesgo mucho si digo que mejor me remito a una futura sentencia del Tribunal de Justicia sobre el tema.

Concluyo con otro dato, que también requeriría (creo que requerirá) una clarificación. En *Jarre* se discute en última instancia sobre un inmueble situado en Francia, cuya sucesión en teoría debería estar regida por la ley francesa según el sistema de DIPr entonces vigente. Si no es así, es porque dicho inmueble no se considera parte de la masa hereditaria. En el primer revés judicial de los demandantes, la Sent. TGI de París de 2 de diciembre de 2014 partió de la inexistencia de sucesión inmobiliaria en Francia. Probablemente como consecuencia de la aceptación de los efectos del *trust*. De haber considerado el bien localizado en Francia como parte de esa sucesión, el Reglamento contemplaría el posible reenvío de la ley californiana de la última residencia habitual del causante a la francesa de la *lex rei sitae*. Un reenvío parcial sobre la base del art. 34 del Reglamento, que frustre la idea de unidad de la sucesión, es también un tema de futuro para el TJUE.

Como anuncié, las certezas que ofrece la sentencia *Jarre* son mucho menos atractivas que las incertidumbres que genera tomarlo como excusa para discurrir sobre su trasfondo y sobre el Reglamento.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

5. EL TEDH NO CONSIDERA INFRINGIDO EL ART. 8 DEL CEDH EN UN CASO DE TRASLADO ILÍCITO DE NIÑOS, APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y VIOLENCIA DE GÉNERO (STEDH 28 marzo 2024: *Verhoeven v. France*)

Observaciones: 1. Cuando se leen los antecedentes del caso aquí planteado puede tenerse una clara impresión de *déjà vu*: una sustracción realizada por la madre, cuidadora principal del menor, cuya oposición al retorno se fundamenta, principalmente, en el riesgo grave de daño psicológico para el menor con base en el art. 13.1º.b) CH 1980 motivado, de una parte, por una situación de violencia doméstica ejercida frente a ella y, por otra parte, por la separación de la madre como consecuencia de la restitución del hijo al Estado de origen. El contexto de este tipo de sustracciones responde un modelo que se ha ido reiterando en los últimos años, en los que las estadísticas refieren el mayor porcentaje de trasladados ilícitos realizados por las madres de los menores, generalmente quienes ejercen su custodia efectiva. Esta circunstancia –por las causas alegadas y las consecuencias del retorno– requiere habitualmente un plus de motivación para justificar la restitución del menor. Junto a este contexto general, aparece en este supuesto un elemento distintivo: una sustracción cuyo Estado de origen es Japón, lo que, como veremos seguidamente, puede tener su relevancia en la valoración del supuesto.

La llegada del asunto al TEDH tampoco es un hecho nuevo: ya es reiterada la intervención de este Alto Tribunal en casos de sustracción y en la que se suscita la cuestión –polémica vistos los precedentes– del margen de apreciación que tienen los tribunales nacionales en el procedimiento de restitución y el posterior margen de valoración del TEDH de conformidad de esa actuación con el art. 8 CEDH.

2. El procedimiento de restitución ante los tribunales franceses se inicia en 2 de octubre de 2017 y finaliza con la orden de retorno el 26 de diciembre de 2019. Tiene, por tanto, una duración de más de dos años, extremo ya merecedor de valoración negativa. Se valoraron las causas de no retorno del CH 1980 basadas en la aquiescencia al traslado [art. 13.a)] y el riesgo de daño grave para el menor [art. 13.1º.b)]. Finalmente, la restitución se ordenó y el TEDH entiende conforme al art. 8 CEDH –aunque con un Voto particular– la actuación de los tribunales franceses en el caso.

3. El posicionamiento del TEDH concluye con un planteamiento formal, después de insistir en la idea de que no cabe un retorno automático y mecánico del menor al Estado de origen y recordando que su función no es la de sustituir a los tribunales nacionales. Del art. 8 CEDH, más que pautas interpretativas de carácter sustantivo sobre las causas de rechazo al retorno de los menores, se derivaría una obligación procedural: que las instancias nacionales hayan valorado las alegaciones mediante una resolución especialmente motivada, es decir, de una manera efectiva. Y ese test de conformidad procedural se va realizando alegación por alegación.

4. La aquiescencia al traslado se entiende no demostrada por el contenido, y la fecha, de la emisión de los correos electrónicos enviados por el padre. Para el TEDH esto es motivación suficiente para rechazar la alegación.

Más dificultades presenta las causas de no retorno basadas en el art. 13.1º.b), a saber: el riesgo de daño grave psíquico para el menor derivado de la violencia física ejercida por el padre hacia la madre y la separación de la madre con el retorno del menor a Japón. Ambos motivos también se descartan.

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

Los tribunales franceses entienden que la violencia física no se encuentra suficientemente acreditada ni tampoco sus repercusiones sobre el menor. Hay datos, sin embargo, que sí tienen su relevancia: al menos se entiende probado un episodio de violencia en Japón y unos informes psicológicos que refieren una situación de ansiedad y depresión en la madre. Tal y como se indica en el Voto particular, precisamente las alegaciones de violencia doméstica exigen una adaptación del procedimiento probatorio para evitar situaciones de revictimización y también podrían haber demandado un examen más exhaustivo sobre el impacto sobre el menor como víctima indirecta. La violencia por sí misma no sería un motivo automático de no retorno, pero sí lo sería una acreditada imposibilidad de atender la situación del niño por parte de las autoridades del Estado de origen (*vid. la denegación de restitución a Turquía, Sent. Tribunales Apelaciones de Japón de 14 de julio de 2015, INCADAT HC/E/JP 1439*).

Pero aun en el caso de no entender acreditados los episodios de violencia doméstica, queda por valorar el impacto sobre el menor que causaría su separación de la madre como consecuencia de su retorno a Japón. Esta alegación ha tenido un peso específico dado que ello motivó que la *Cour de Cassation* ordenara la devolución del asunto a la *Cour de Toulouse* para valorar específicamente los problemas derivados de la restitución a dicho país. Tal y como se indica en el Voto particular, la alegación se desdobra en dos motivos: de una parte, la imposibilidad de que la madre acompañe al menor a Japón, en aplicación de la legislación de extranjería, durante el procedimiento de divorcio/custodia; de otra parte, la imposibilidad de que obtenga la custodia del menor con base en el Derecho japonés con la consecuencia de una ruptura total del vínculo con el menor.

El motivo también se rechaza por la sentencia de la *Cour de Toulouse* – confirmada por la *Cour de Cassation* – al entender que la adhesión de Japón al CH 1980, sin reservas por parte de Francia, la posibilidad de mediación ante los tribunales japoneses y el ofrecimiento de colaboración por parte del padre, no permiten entender que vaya a producirse una ruptura de la relación del niño con la madre. Este rechazo se entiende conforme con el art. 8 CEDH por parte del TEDH sobre la base de la separación entre el procedimiento de restitución y el proceso sobre el fondo, que correspondería valorar a los tribunales japoneses.

5. No comparto esta estricta separación entre procedimientos (P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, M. Pons, 2008, pp. 103 ss) porque la situación futura del menor (y su derecho de relación con ambos progenitores) es una circunstancia que valorar dentro de los “graves riesgos” de peligro psíquico que la restitución puede implicar para el menor. En este sentido, uno de esos riesgos es la inviabilidad para uno de los progenitores de poder seguir en el país de origen un procedimiento justo y que priorice el interés del menor y garantice el derecho de relación con ambos progenitores.

Hay ciertamente datos desconcertantes en este punto. Algunos se ponen de manifiesto en los antecedentes de la Sentencia: la oposición del Ministerio Fiscal al retorno fue rotunda precisamente porque entender que este supondría una ruptura total de la relación con la madre dada la probable atribución de la custodia al padre, la imposibilidad de ejecución en Japón de las decisiones de visita, y las restrictivas normas de extranjería japonesas que harían inviable la entrada de la madre en Japón de no tener la custodia. Aunque hay un informe médico que valora el riesgo para el hijo de la separación de su madre, su valor probatorio queda desvirtuado al entender que ha sido la madre quien ha originado la situación. Es decir, se utiliza el carácter reprobable de la conducta de la madre para minimizar la valoración psicológica del menor.

Los hechos posteriores al retorno, descritos en los aps. 27 a 29 de la sentencia, tampoco permiten ser optimistas: la custodia consta efectivamente atribuida al padre y el tribunal francés fija un derecho de visita a favor de la madre (no se explicita el criterio de competencia judicial utilizado) cuyo reconocimiento y ejecución en Japón es una incógnita.

Junto a estos datos del caso concreto, hay otros valorables sobre el Derecho japonés. Por un lado, tenemos la Resolución del Parlamento europeo de 8 de julio de 2020, que había manifestado su preocupación por la inexistencia de custodia compartida post divorcio en Japón, cuestión que en la práctica ha imposibilitado en muchas ocasiones la relación del niño con el progenitor extranjero; normativa que se ha reformado en 2024. Por otro lado, hay que tener en cuenta las declaraciones efectuadas por Japón al Convenio NNUU sobre Derechos del niño que matizan algunas de sus disposiciones. Además, debe considerarse la tardía incorporación del país al CH 1980, que mostraba la reticencia hacia un instrumento que, entendían, no encajaba bien con su entorno socio-cultural y jurídico. Finalmente, el Derecho material japonés tampoco ha venido recogiendo la protección del interés del menor en términos equiparables a países de nuestro entorno; por ejemplo, no preveía la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos (F. Barberán Pelegrín, "La Ley japonesa 48/2013, de 19 de junio, para la implementación en el ámbito interno del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *InDret*, abril 2017, pp. 10 ss.).

6. A la vista de todo ello, podemos decir que nos encontramos con un posicionamiento del TEDH que trata de guardar equilibrios.

El primer equilibrio es con su propia jurisprudencia, siguiendo la estela de la Sentencia *Xc. Letonia y*, sobre todo, para no revitalizar las críticas que le supuso la Sentencia en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* por haber otorgado demasiado margen de apreciación a las autoridades del secuestro, desdibujando (se decía) la separación entre el procedimiento de retorno y el fondo de la custodia.

El segundo equilibrio es con los tribunales nacionales: constatado que estos últimos han respondido a las alegaciones de manera motivada, ya no cabría inferir una vulneración del art. 8 CEDH.

El tercer equilibrio es de carácter político: parece difícil que el TEDH manifieste directamente sus cautelas – interpretable como rechazo – hacia el Derecho japonés. Se acoge la valoración de los tribunales franceses y del propio Gobierno francés sobre la confianza que debe inspirar un país que ha ratificado el CH 1980. Cierta es que la ratificación del CH 1980 introduce un denominador mínimo común de cooperación entre Estados parte, pero precisamente por ser Convenio de mínimos ratificado por un centenar de países no se garantiza una concepción unitaria ni siquiera sobre el interés del menor en el caso concreto. No olvidemos que el art. 20 CH 1980 presupone las divergencias entre Estados parte e introduce un control de orden público encubierto. No obstante, es difícilmente argumentable por el Alto Tribunal una desconfianza hacia el sistema jurídico japonés como causa última para justificar un no retorno del menor. Un posicionamiento de este tipo no puede esperarse del TEDH.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

6. COMPETENCIA JUDICIAL EN TORNO A LA RESCISIÓN DE UN PRECONTRATO RELATIVO A LA FUTURA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA (STJ 7^a 14 septiembre 2023, as. C-393/22: EXTÉRIA)

En la medida en que el precontrato no requiere la realización de ningún acto positivo ni el pago de una remuneración, las obligaciones resultantes de él —en particular, la obligación de pago de la penalización contractual— no pueden entenderse comprendidas en el concepto de «prestación de servicios», en el sentido del art. 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento Bruselas I bis. En opinión del Tribunal de Justicia esta conclusión no queda desvirtuada por el argumento basado en el hecho de que la obligación de pago de la penalización contractual está íntimamente vinculada al contrato de franquicia que debía celebrarse y en virtud del cual es posible determinar el lugar en el que deberían haberse prestado los servicios de que se trata. En efecto, tal argumento es contrario no solo a la exigencia de interpretación estricta de las reglas de competencia especiales establecidas en el Reglamento Bruselas I bis, Recuerda el Tribunal de Justicia que se desprende del sistema del art. 7, punto 1, del Reglamento Bruselas I bis que el legislador de la Unión ha adoptado reglas de competencia distintas para los contratos de compraventa de mercaderías y los contratos de prestación de servicios, por una parte, y para todos los demás tipos de contrato que no sean objeto de disposiciones específicas en el referido Reglamento, por otra parte. También recuerda que el art. 7, punto 1, letra c), del Reglamento Bruselas I bis establece que «cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a»). En su opinión, ampliar el ámbito de aplicación del art. 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento Bruselas I bis, de manera que incluya todo precontrato relativo a la conclusión futura de un contrato de prestación de servicios, equivaldría a eludir la voluntad del legislador de la Unión a este respecto y menoscabaría la eficacia del referido art. 7, punto 1, letras c) y a).

Por consiguiente, el art. 7, punto 1, letra b), del Reglamento Bruselas I bis debe interpretarse en el sentido de que un precontrato, relativo a la futura celebración de un contrato de franquicia, que establece una obligación de pago de una penalización contractual basada en el incumplimiento del precontrato, obligación contractual cuyo incumplimiento sirve de base a una demanda judicial, no está comprendido en el concepto de contrato de «prestación de servicios», en el sentido de esta disposición. En tal caso, la competencia judicial respecto de una demanda a la que esa obligación sirve de base se determina, de conformidad con el art. 7, punto 1, letra a), de dicho Reglamento, en función del lugar de cumplimiento de la obligación.

7. ACCIÓN JUDICIAL QUE TIENE POR OBJETO QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE UNOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES (STJ 7^a 14 septiembre 2023, as. C-632/21: Diamond Resorts Europe y otros)

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones del Reglamento Roma I son aplicables a contratos en los que ambas partes son nacionales del mismo Estado, en este caso el Reino Unido. Y el Tribunal de Justicia responde que la retirada del Reino Unido de la Unión no afecta a la aplicación de las disposiciones del Reglamento Roma I al litigio principal, si bien por lo que respecta a las normas aplicables durante el período transitorio, previstas en los arts. 66, letra a), y 126 del Acuerdo de Retirada, ha de observarse que se elaboraron en relación con los asuntos pendientes ante los órganos jurisdiccionales y las instituciones del Reino Unido, de tal manera

que no afectan a la situación del órgano jurisdiccional español que conoce del litigio principal. De lo anterior resulta que las disposiciones del Reglamento Roma I son aplicables, en el marco de un litigio ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, a contratos en los que ambas partes son nacionales del Reino Unido, siempre que incluyan un elemento de extranjería.

Al órgano jurisdiccional remitente también pregunta qué disposición del Reglamento Roma I debe aplicarse a efectos de determinar la ley aplicable a un contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en su modalidad de suscripción de puntos de club. Más concretamente, el referido órgano jurisdiccional desea saber si debe considerarse que tal contrato tiene por objeto la adquisición de derechos reales inmobiliarios, lo que llevaría a la aplicación del art. 4, ap. 1, letra c), del mencionado Reglamento, o la adquisición de derechos personales, en cuyo caso sería aplicable o bien el art. 4, ap. 1, letra c), de dicho Reglamento, o bien el art. 4, ap. 1, letra b), del mismo Reglamento, en la medida en que se considerase que ese contrato tiene por objeto, respectivamente, un arrendamiento de bienes inmuebles o una prestación de servicios. En su respuesta el Tribunal de Justicia responde aseverando que en el caso de autos, en el supuesto de que el contrato controvertido cumpla los requisitos establecidos en el art. 6, ap. 1, del Reglamento Roma I, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la elección de la ley aplicable por las partes no podrá, con arreglo al art. 6, ap. 2, del referido Reglamento, acarrear, para el consumidor afectado, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tenga su residencia habitual. Sin embargo, considera que esto no es lo que sucede en la situación controvertida en el litigio principal, ya que la ley aplicable elegida es la del país en el que los consumidores de que se trata tienen su residencia habitual, a saber, la ley inglesa. Una interpretación en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores. Y añade que dado que el art. 6 del Reglamento Roma I tiene un carácter no solo específico, sino también exhaustivo, las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en el referido Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas.

8. CONTRATO CELEBRADO CON UN CONSUMIDOR RELATIVO A DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE VIVIENDAS TURÍSTICAS MEDIANTE UN SISTEMA DE PUNTOS (STJ 7^a 14 septiembre 2023, as. C-821/21: *Club La Costa y otros*)

Observaciones. 1. En su sentencia en el asunto Club La Costa, el TJUE responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera instancia de Fuengirola (Málaga) sobre la interpretación de las normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable protectoras del consumidor previstas en el Reglamento Bruselas I bis (RBIbis) y el Reglamento Roma I (RRI), respectivamente. Algunas de dichas cuestiones, las relativas al Derecho aplicable, se resuelven también en la Sentencia dictada el mismo día en el asunto C-632/21, *Diamond Resorts*, ECLI:EU:C:2023:671, un caso muy similar planteado por otro tribunal español (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Grandilla de Abona (Santa Cruz de Tenerife). Vaya por delante que la respuesta no sorprende en absoluto y que se ajusta al Reglamento y a la evolución jurisprudencial de los preceptos en cuestión.

2. En octubre de 2018, un consumidor británico con domicilio en el Reino Unido celebró en España un contrato relativo a un derecho de aprovechamiento por turno de un inmueble sito en Málaga, con la empresa británica Club La Costa, con domicilio en el Reino Unido. Según consta en autos, dicho contrato se celebró a través de la sucursal en España de dicha empresa

británica. Posteriormente, el consumidor británico decide demandar ante los tribunales españoles (Tribunal de Primera instancia de Fuengirola) a la sociedad británica y a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, con las que el consumidor estaba vinculado a través de otros contratos, pero no en el contrato objeto del litigio. Las sociedades demandadas estaban todas domiciliadas en el Reino Unido salvo la empresa European Resort & Hotels, domiciliada en España. A través de la demanda el consumidor pide la nulidad del contrato, sin constar, sin embargo, los motivos de dicha nulidad. El contrato contenía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Inglaterra y Gales y una cláusula sometiendo el contrato a ley inglesa. El demandado impugna la competencia del juez español.

3. Por las fechas que aparecen en los autos, está claro que la demanda se presentó antes del 31 de diciembre de 2020 y, por lo tanto, antes de que se produjese de manera efectiva el Brexit. Ello supone que el Reino Unido es considerado Estado miembro a los efectos de aplicación del RBibis. Se parte de que el contrato objeto del litigio no puede subsumirse en el art. 24 RBibis y que, por tanto, el Tribunal español no tiene competencia exclusiva. Otro de los puntos que no se discute es que estamos ante un contrato celebrado por un consumidor en los términos del RBibis y del RRI y que, por tanto, son de aplicación la Sección IV del RBibis y el art. 6 RRI.

4. Y es a partir de aquí donde surgen las divergencias y concretamente respecto del concepto de "otra parte contratante" previsto en el art. 18 RBibis, así como en cuanto a la determinación del lugar su domicilio, de conformidad con el art. 63 RBibis al ser la "otra parte contratante" una persona jurídica. Por lo que se refiere a la ley aplicable, se discute el alcance de la autonomía conflictual prevista en el art. 6 del RRI.

5. El art. 18.1º RBibis da dos opciones al consumidor contratante con el claro objetivo de protegerle en cuanto parte del contrato económicamente más débil y jurídicamente menos experta. Se prevé un *forum actoris* que garantiza al consumidor que el litigio pueda sustanciarse ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentre su centro socio-económico (domicilio del consumidor) con independencia de donde esté domiciliado el empresario (i.e., tanto si el empresario tiene su domicilio en un Estado miembro como en un Estado tercero). Alternativamente, puede también demandar al empresario ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del empresario o profesional (art. 18.1º RBibis).

6. Lo primero que pregunta el tribunal español es si la expresión "la otra parte contrate" contenida en el art. 18.1º al referirse a esa alternativa que se le da al consumidor de litigar ante los tribunales del Estado miembro de su contratante (i.e. del empresario o profesional), se refiere únicamente a la persona, física o jurídica, parte en el contrato en cuestión o si se refiere también a otras personas, ajenas a dicho contrato, pero vinculadas a esa persona. Según el TJUE, para la aplicación de los foros protectores es determinante que las partes del litigio sean también las partes del contrato de que se trate. De hecho, los preceptos en cuestión utilizan expresiones como "contratos celebrados por [...] el consumidor", el "cocontratante del consumidor", a "la otra parte contratante" del contrato celebrado por el consumidor o incluso a los acuerdos atributivos de competencia celebrados "entre un consumidor y su cocontratante". De ahí que a efectos de la aplicación de los mencionados arts. 17 a 19, la demanda formulada por un consumidor solo puede estar dirigida contra su cocontratante. El *fórum actoris* concedido al consumidor queda compensado por la exigencia de que exista contrato entre ellos. En el asunto de autos, el contrato controvertido se celebró con una única sociedad (Club La Costa); las demás sociedades demandadas eran parte en otros contratos celebrados con el consumidor y, por tanto, no pueden estar comprendidas en el concepto "la otra parte contratante".

7. Ahora bien, dichas sociedades sí pertenecían al mismo grupo societario y de ahí que el tribunal español pregunte si ello extiende el foro en materia de contratos celebrados por los consumidores a sociedades del grupo que no participaron en la celebración del contrato controvertido. Y es esta la parte más interesante de la argumentación del TJUE pues señala que a excepción del art. 17.2º RBibis, que establece un criterio de conexión alternativo cuando el

cocontratante del consumidor no está domiciliado en un Estado miembro, pero posee una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro (foro de la sucursal), los arts. 17 a 19 del mencionado Reglamento no contienen ningún elemento que permita considerar que existe un criterio de conexión basado en la pertenencia a un grupo de sociedades. Por tanto, el art. 18.1º no abre un foro especial basado en la pertenencia a un grupo societario.

8. La tercera cuestión que plantea el Tribunal español se refiere al concepto de domicilio de una persona jurídica. El tribunal español pregunta, por un lado, si el art. 63 del RBibis debe interpretarse en el sentido de que la determinación, con arreglo a esta disposición, del domicilio de "la otra parte contratante", en el sentido del art. 18.1º RBibis, limita la elección que puede efectuar el consumidor en virtud del referido art. 18.1º RBibis. El TJUE recuerda que el concepto de domicilio de persona jurídica es un concepto autónomo. Los criterios que utiliza el art. 63.1º RBibis son criterios alternativos y, por tanto, cualquiera de ellos puede utilizarse para demandar a la sociedad. El consumidor debe elegir entre dichos criterios para determinar el órgano jurisdiccional competente de conformidad con el art. 18.1º RBibis, lo que supone una extensión y no una limitación, pues el consumidor puede utilizar, como decimos, cualquiera de ellos.

9. Respecto a la ley aplicable, lo primero que pregunta el tribunal español es si la cláusula de elección de ley aplicable (cláusula mediante la que se elige el Derecho inglés) puede constar en condiciones generales o en un documento diferente que se haya entregado al consumidor. La STJ 28 de julio de 2016, en el asunto C-191/15, *Amazon*, (ECLI:EU:C:2016:612, ap. 71) ya dijo que la cláusula de elección de la ley aplicable contenida en condiciones generales, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social del profesional de que se trate es aplicable al contrato en cuestión, es abusiva, en el sentido del art. 3.1º Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, cuando induzca a error al consumidor de que se trate, dándole la impresión de que únicamente esa ley se aplica al contrato, sin informarle de que le ampara también, en virtud del art. 6.2º RRI la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho del Estado de su residencia habitual. Ahora bien, en el caso de autos la cláusula de elección de ley somete el contrato a la ley del país donde reside habitualmente el consumidor. Dicha ley es la ley objetivamente aplicable al contrato de consumo y marca el umbral de protección por debajo del cual las partes no tienen autonomía de la voluntad. Una cláusula que elija como aplicable ese umbral mínimo no puede considerarse abusiva ni contraria al art. 3 RRI.

10. En segundo lugar, para el caso en que la cláusula se declarase inválida, el tribunal remitente pregunta si la aplicación del art. 6 cuando se cumple su ámbito de aplicación es obligatoria o puede recurrirse a las normas generales cuando ello beneficie al consumidor. El TJUE responde, como no podía ser de otra forma, alegando el carácter específico, pero también exhaustivo del art. 6 RRI, de modo que las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en dicho Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas.

Beatriz AÑOVEROS TERRADAS*

9. CONSTATACIÓN DE LA EXISTENCIA, EN EL ESTADO MIEMBRO REQUERIDO, DE DEFICIENCIAS SISTEMÁTICAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO Y EN LAS CONDICIONES DE ACOGIDA DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (STJ 2ª 30 noviembre 2023, ass. C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 y C-328/2: *Ministero dell'Interno*)

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

10. UN ÓRGANO JURISDICCIONAL NO PUEDE NEGARSE A EJECUTAR UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA (“ODE”) ÚNICAMENTE PORQUE LA PERSONA BUSCADA SEA UNA MADRE CON HIJOS DE CORTA EDAD A SU CARGO (STJ GS 21 diciembre 2023, as. C-261/22: *GN*)

11. LA MADRE DE UN TRABAJADOR MIGRANTE DE LA UNIÓN QUE ESTÉ A CARGO DE ESTE PUEDE SOLICITAR UNA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL SIN QUE DICHA SOLICITUD PONGA EN CUESTIÓN SU DERECHO DE RESIDENCIA (STJ GS 21 diciembre 2023, as. C-488/21: *Chief Appeals Officer y otros*)

12. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA PRECISA LAS CONDICIONES PARA ACOGERSE A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL (STJ GS 16 enero 2024, as. C-621/21: *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Mujeres víctimas de violencia doméstica)*)

13. UN MENOR NO ACOMPAÑADO AL QUE SE HA RECONOCIDO EL ESTATUTO DE REFUGIADO TIENE DERECHO A LA REAGRUPACIÓN AUNQUE HAYA ALCANZADO LA MAYORÍA DE EDAD (STJ GS 20 enero 2024, as.C-560/20: *Landeshauptmann von Wien*)

Observaciones: 1. En el presente supuesto se analizan los efectos sobre los menores peticionarios de protección internacional de la Directiva 2003/86/CE y su derecho a la reagrupación familiar de sus ascendientes en línea directa y primer grado cuando a lo largo del procedimiento han alcanzado la mayoría de edad.

En cuanto a los hechos, RI, nacido el 1 de septiembre de 1999 en Siria, llegó a Austria el 31 de diciembre de 2015 en condición de menor no acompañado y presentó, el 8 de enero de 2016, una solicitud de protección internacional en virtud de la legislación austriaca. En este momento era menor de edad. RI obtuvo la condición de refugiado el 2 de febrero de 2017 cuando aún era menor de edad. El 6 de abril de 2017 CR y GF, los progenitores de RI, y TY, su hermana mayor de edad, presentaron ante la Embajada de la República de Austria en Siria sendas solicitudes de entrada y de residencia en Austria con fines de reagrupación familiar con RI, en virtud de la regulación austriaca. En dicho momento RI aún era menor de edad. La embajada denegó las solicitudes alegando que RI había alcanzado la mayoría de edad en el momento en el que resolvía la petición, el 26 de junio de 2018. El 11 de julio de 2018, CR, GF y TY presentaron ante el presidente del Gobierno del estado federado de Viena sendas solicitudes de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar con RI invocando los derechos que confiere la Directiva 2003/86, mientras que TY basó su solicitud en el art. 8 del CEDH. Mediante resoluciones de 20 de abril de 2020, el presidente del Gobierno del estado federado de Viena denegó las solicitudes alegando que no se habían presentado en los tres meses siguientes a la concesión del estatuto de refugiado a RI. CR, GF y TY recurrieron las mencionadas resoluciones ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Viena, Austria, que es el órgano que planteó la cuestión prejudicial.

2. La resolución establece que, como principio general, se debe valorar muy especialmente que el considerando 8 de la Directiva contempla condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los refugiados, en la medida en que su situación requiere una atención especial debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en él una vida de familia. Y, según su art. 4.2º, esta consideración se debe entender reforzada en el caso de los menores no acompañados y la reagrupación de sus ascendientes de primer grado que estén a cargo de este menor titular del derecho a la protección internacional. Ya la Jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado sobre el

mantenimiento de la condición de menor y de las ventajas que la misma otorga incluso llegada la mayoría de edad. En su sentencia de 12 de abril de 2018, Caso *A y S*, Asunto C-550/16, EU:C:2018:248, ap. 64, el Tribunal de Justicia ya declaró que el art. 2, letra f), de la Directiva 2003/86, que define el concepto de "menor no acompañado", debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de "menor", a efectos de esta disposición, al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tiene menos de dieciocho años, pero que, durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado.

3. La finalidad de esta doctrina es la de que hacer depender el derecho a la reagrupación familiar del momento en el que la autoridad nacional competente adopte formalmente la resolución en la que se reconozca la condición de refugiado a la persona interesada y, por consiguiente, de la mayor o menor celeridad con la que dicha autoridad tramite la solicitud de protección internacional, cuestionaría la eficacia de dicha disposición e iría en contra del objetivo de la citada Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar y conceder, a este respecto, una especial protección a los refugiados, en particular a los menores no acompañados. Además, dicha posibilidad de dejar al albur el ejercicio de derechos de la mayor o menor celeridad administrativa en tramitar los expedientes también vulneraría los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica. Por ello, una vez obtenida la protección internacional los subsiguientes trámites se deben iniciar considerando el inicio del procedimiento cuando la persona era menor.

4. Eso sí, el Tribunal también analiza los plazos en los que la persona ya mayor o su familia deben iniciar el procedimiento, y el mismo no puede ser iniciado en el futuro sin límite alguno de tiempo. La solicitud de reagrupación familiar debe presentarse en un plazo razonable. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que, a efectos de determinar tal plazo razonable, la solución considerada por el legislador de la Unión Europea en el contexto semejante del art. 12, ap. 1, párrafo tercero, de dicha Directiva tiene valor indicativo, de modo que procede considerar que la solicitud de reagrupación familiar formulada sobre la base del art. 10, ap. 3, letra a), de la citada Directiva, en una situación de este tipo, debe presentarse, en principio, en un plazo de tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado (ahora ya mayor de edad) la condición de refugiado. Y en todo caso se podrá solicitar la reagrupación mientras el titular de la protección internacional sea menor de edad, independientemente del tiempo transcurrido desde la concesión de dicha protección, sin estar obligados a cumplir plazo alguno para poder acogerse a las condiciones más favorables que contempla la mencionada disposición mientras la persona es menor de edad. Con todo ello se cumple el efecto útil de la reagrupación familiar de un refugiado mejor no acompañado, y se limita la posibilidad de supeditar la reagrupación familiar a requisitos adicionales.

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

14. UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA PUEDE CONSTITUIR UNA NUEVA CIRCUNSTANCIA QUE JUSTIFIQUE EL REEXAMEN DEL FONDO DE UNA SOLICITUD DE ASILO (STJ GS 8 febrero 2024, as. C-216/22: *Bundesrepublik Deutschland (Admisibilidad de una solicitud posterior)*)

15. ATRIBUCIÓN A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS LITIGIOS SURGIDOS DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO DINERARIO (STJ 1^a 8 febrero 2024, as. C 566/22: *Inkreal*)

* Profesor contratado doctor. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Observaciones: 1. Contrato de préstamo dinerario entre Inkreal (tras cesión del acreedor original, FD), prestamista, y Dúha reality, prestataria. Se cuestiona la aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 (de su art. 25 R. 1215: sumisión expresa) en tanto que, domiciliadas ambas partes contratantes en un mismo Estado UE (Eslovaquia), el elemento de extranjería existente se limita a un acuerdo atributivo de competencia que designa a los órganos jurisdiccionales de otro Estado UE (Chequia). (mismo problema en C-136/16, *Sociedade Metropolitana*, archivado: desistimiento del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal).

2. Aun cuando el Reglamento 1215/2012 emplea los conceptos de "materia civil con repercusiones transfronterizas" y "litigios transfronterizos" (Cons. 3 y 26), no existe en este instrumento (tampoco en el CB 1968 y Reglamento 44/2001), ninguna definición expresa de situación privada internacional (C-280/20, *Generalno*, ap. 30; sí en otros). Tampoco en un art. 25 Reglamento 1215 que, haciendo abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado (C-56/79, *Zelger*, ap. 4; C-159/97, *Castelletti*, ap. 50), no supedita la elección de las partes a más requisitos que la existencia de una correlación entre el Tribunal elegido y la controversia (C-352/13, *CDC Hydrogen*, ap. 68; C-64/17, *Saey*, ap. 30). Aclara poco también la práctica del TJUE. Asunto *Owusu* (C-281/02, ap. 26): carácter transfronterizo no dependiente de la vinculación del asunto con las jurisdicciones de dos Estados miembros distintos; asunto *Hypotecní* (C-327/10, ap. 31-35): internacionalidad *ex* nacionalidad del demandado de un Estado UE distinto de su domicilio; asunto *Maletic* (C-478/12): vinculación de una operación puramente interna con otra internacional; asuntos *Parking e Interplastics* (C-267/19 y C-323/19): posible definición de relación transfronteriza a partir del art. 3.1 R. 1896 sobre proceso monitorio europeo, al igual que en el asunto *Generalno* (C-280/20, ap. 37).

3. Posible lectura objetiva: la aplicación del art. 25 Reglamento 1215 debe partir del carácter objetivamente internacional de la situación de que se trate como exigencia de aplicabilidad del propio Reglamento (AG, ap. 31). Condicionar su aplicabilidad únicamente a la voluntad de las partes llevaría a renunciar a cualquier requisito de internacionalidad que deba cumplirse según criterios objetivos (AG, ap. 32): situaciones internas artificiales, eliminando su distinción respecto de las internacionales. Se ocupa el Reglamento 1215/2012 de unificar las normas sobre conflictos de jurisdicción y no de sustituir las normas internas de los Estados UE que regulan los litigios internos. De no ser así, posibilitaría: escapar de una regla de competencia doméstica más estricta reguladora de la sumisión expresa, eludiendo el régimen jurídico más restrictivo; aumentar los costes procesales derivados de un proceso en el extranjero (más, para parte débil); o introducir la autonomía de la voluntad en situaciones internas excluidas (o limitadas) de este ámbito en el Derecho doméstico: llamativo poder optar en una situación interna por la competencia de un Tribunal extranjero, pero no de otro Tribunal del ordenamiento interno. Aunque la jurisprudencia del TJUE estima que el elemento de extranjería puede resultar del objeto del litigio cuando la situación de que se trate pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional (C-281/02, *Owusu*, ap. 26; C-327/10, *Hypoteční*, ap. 30; C-399/21, *IRnova*, ap. 28), no está claro que no parta de criterios objetivos (AG, ap. 38), como la comisión del ilícito en un tercer Estado (C-281/02, *Owusu*, ap. 26; C-399/21, *IRnova*, ap. 26 y 31), la nacionalidad extranjera de la parte demandada o el lugar de cumplimiento de la obligación (C-327/10, *Hypoteční*, ap. 34; C-267/19 y C-323/19, *Parking e Interplastics*, ap. 33; C-280/20, *Generalno*, ap. 30-37). De ahí que no quenga deducir su aplicabilidad por el mero hecho de que su objeto sea determinar cuál es el Tribunal competente en tanto la elección de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto de aquél donde se hallan domiciliadas las partes, sino la obligación del Tribunal de verificar si el art. 25 Reglamento 1215 es aplicable tras apreciar (y concluir) el carácter objetivamente internacional de la situación en cuestión (AG, ap. 38 y 39). La interpretación exigiendo la verificación de elementos objetivos a la hora de calificar una situación como privada internacional se ajustaría además al tenor del art. 1.2⁹

CH 2005 Acuerdos de Elección de Foro, constando la incidencia recíproca de ambos instrumentos en la aprobación de este Convenio por la UE (Cons. 4 y 5 Decisión 2014/887; AG, ap. 42). Del hecho de que pueda celebrarse un acuerdo atributivo de competencia con independencia del domicilio de las partes en un Estado miembro, tal como establece el art. 25 R. 1215, no podría deducirse, pues, que el único elemento de extranjería exigido por el legislador comunitario sea la elección de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. La autonomía de la voluntad de las partes no debería poder así invocarse de una manera tan amplia que conceda a las partes la facultad de cuestionar el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, ampliando el alcance a los litigios internos de un instrumento dirigido a situaciones sólo internacionales y no internas (AG, ap. 34 y 35).

4. Posible lectura subjetiva: el elemento de internacionalidad se encuentra siempre presente en una situación en la que en un contrato meramente interno se designa como competente un Tribunal de otro Estado miembro. Es la opinión del TJUE (ap. 39), pronunciándose en sentido contrario a la propuesta del AG. El tenor del art. 25 Reglamento 1215 no se opone a la ubicación en su ámbito de aplicación de un pacto de elección de foro en un contrato como el que da lugar al caso comentado, aun cuando no se desprenda la existencia de ningún otro vínculo con otro Estado miembro (ap. 17). Tampoco a la definición de "asuntos transfronterizos" del art. 3.1 R. 1896/2006 sobre el proceso monitorio europeo (ap. 21; C-267/19 y 323/19, *Parking e Interplastics*, ap. 35; C-280/20, *Generalno*, ap. 31), restando influencia al CH 2005 porque su objetivo es diferente al del Reglamento 1215/2012 (ap. 36-38; Comisión). Aplicar el art. 25 Reglamento 1215 aumenta la seguridad jurídica al evitar posibles soluciones divergentes de tener que recurrir a los Derechos nacionales (ap. 27-29 y 31-33). Coherente, asimismo, con una práctica del TJUE que entiende la existencia de un elemento de extranjería cuando la situación del litigio de que se trate puede plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional (C-399/21, *IRnova*, ap. 28), en el caso, la identificación de los órganos jurisdiccionales de la República Checa o aquéllos de la República Eslovaca como competentes (ap. 23 y 24; Comisión; Gobierno checo). No es comparable con el art. 3.3 Roma I (AG, ap. 33): las "situaciones que impliquen un conflicto de leyes" del art. 1 Roma I no presuponen el carácter necesariamente internacional del contrato, tal como resulta del objeto del art. 3.3º Roma I, que no modifica la naturaleza de una situación puramente interna al sujetarla a las disposiciones nacionales imperativas del Estado con el que el contrato se halla objetivamente vinculado. Roma I regula conflictos de leyes resultantes de la voluntad de las partes respecto de situaciones privadas objetivamente internacionales e internas y el Reglamento 1215/2012 no regula expresamente los conflictos de competencia judicial derivados de la elección de las partes.

5. Opta el TJ por esta respuesta en un contexto de discrepancias doctrinales, jurisprudencia nacional dividida y práctica propia no clara, alejada de la propuesta del AG, posiblemente y por infrecuente, por división de opiniones dentro del Tribunal. Si amplía la autonomía de las partes y la eficacia de los acuerdos de elección de foro (Cons. 15, 19 y 22 R. 1215); puede responder a intereses legítimos de las partes; y operativa sólo en el limitado marco del art. 25 Reglamento 1215, en sectores donde prevalece la autonomía de la voluntad y en el especialísimo proceso de integración de la UE (eliminación de las fronteras europeas, situaciones intracomunitarias parejas a situaciones internas y diferentes del trato que recibe una situación extracomunitaria). No obstante, argumentos un tanto circulares y voluntaristas: no explica el TJ la utilización del propio art. 25 Reglamento 1215 para definir la internacionalidad de una situación a efectos de su propia aplicación y no a partir de la totalidad del Reglamento 1215/2012 ex art. 1.1 Reglamento 1215 como cuestión que afecta a su ámbito de aplicación material (elemento de extranjería como condición material de aplicación de este instrumento vs condiciones espaciales del art. 25 Reglamento 1215). Asimismo, los argumentos basados en la interpretación sistemática del Reglamento 1215/2012 en atención al contexto en el que se inscribe pueden ser utilizados en un sentido diferente al empleado por el TJUE. La idea que

subyace parece ser el convencimiento del TJUE a la hora de ampliar el ámbito de aplicación del art. 25 Reglamento 1215, buscando *a posteriori* un argumentario técnicamente correcto para llegar a este objetivo. Detrás de ello puede estar una concepción económico-neoliberal del Derecho, asociando sólo con beneficios la ampliación de la autonomía de la voluntad de las partes contractuales. Problemas: no preservación del pluralismo de los ordenamientos nacionales; posibles desventajas para una de las partes; dudas respecto del enfoque conflictual: interno (art. 3.3º Roma I) o internacional (art. 3.1º Roma I); dificultades para reconocimiento de resolución dictada por los Tribunales elegidos en el Estado UE donde se localizan la totalidad de los elementos objetivos de la relación (excepción de orden público internacional). Se echa de menos una mayor profundización del TJUE a la hora de justificar su respuesta que permita determinar fielmente su alcance y límites: en qué medida es posible borrar la diferencia entre lo interno y lo internacional; respuesta sólo para contratos o ampliación, por analogía, a otras materias (Derecho de daños, por ejemplo). Necesario debate en torno a la relación autonomía, privatización, movilidad y economía política en el ámbito de la UE.

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

16. NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MIEMBRO EMISOR DEL DOCUMENTO A EXPEDIR UN DOCUMENTO DE IDENTIDAD A UNO DE SUS NACIONALES DOMICILIADO EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 1ª 22 febrero 2024 [as. C-491/21: *Directia pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date* (ponente: A. Kumin)]

Observaciones: 1. La STJUE (Sala Primera) de 22 de febrero de 2024, C-491/ tiene por objeto la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo de Rumanía, con origen en la resolución de las autoridades rumanas de denegar la solicitud de expedición del documento de identidad o del documento de identidad electrónico, planteada por un ciudadano de nacionalidad rumana, con fundamento en que el recurrente no había fijado su domicilio en Rumanía, sino en Francia. El tenor de la cuestión prejudicial era el siguiente: “*¿Deben interpretarse el art. 26 TFUE, ap. 2, los arts. 20, 21, ap. 1, y 45, ap. 1, de la [Carta], y los arts. 4 [a] 6 de la [Directiva 2004/38] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no permite que a un ciudadano de un Estado miembro se le expida un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión Europea basándose en que dicho ciudadano ha fijado su domicilio en otro Estado miembro?*”

2. El problema de fondo que se suscitaba en el caso de autos consistía en dilucidar si la diferencia de trato establecida en la legislación de Rumanía en relación con los nacionales rumanos que no residen en dicho país, frente a aquellos otros nacionales rumanos cuyo domicilio se encuentra en Rumanía, constitúa un obstáculo al ejercicio de los derechos establecidos en los arts. 21 TFUE y 45 CDFUE, en relación con el art. 4 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

3. El TJUE toma como fundamento el contenido y alcance del derecho a la libre circulación de personas en la Unión Europea e incide en que el ejercicio de este derecho por parte del abogado rumano- recurrente en el litigio principal- requiere que el sujeto en cuestión pueda disponer del documento que le habilite para viajar por todo el territorio de la Unión.

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto PID2022-138909NB-I00, «La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código civil español», subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

4. En síntesis, de la fundamentación jurídica de la resolución del TJUE pueden extraerse los siguientes extremos:

i) El TJUE recuerda la doctrina jurisprudencial sentada en su sentencia de 9 de junio de 2022, *Préfet du Gers e Institut national de la statistique et des études économiques*, C-673/20 (EU:C:2022:449), en referencia al contenido del art. 20 TFUE, manifestando que dicho precepto “*confiere a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la Unión, que, según reiterada jurisprudencia, tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros*”.

ii) El Tribunal admite que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2004/38, el nacional rumano “*puede invocar los derechos inherentes a dicha condición, en particular los contemplados en el art. 21 TFUE, ap. 1, también, en su caso, en relación con su Estado miembro de origen*” (S 14 de diciembre de 2021, *Stolichna obshtina, rayon Pancharevo*, C-490/20).

iii). El TJUE entiende que el órgano remitente pregunta si los arts. 21 TFUE y 45, ap. 1 de la CDFUE, en relación con el art. 4 de la Directiva 2004/38, “*deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se deniega a un ciudadano de la Unión, nacional de ese Estado miembro que ha ejercido su derecho de libre circulación y residencia en otro Estado miembro, la expedición de un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión por el único motivo de que dicho ciudadano ha fijado su domicilio en el territorio de ese otro Estado miembro*”.

iv) El TJUE considera que la legislación nacional de Rumanía prevé una diferencia de trato entre los nacionales rumanos domiciliados en el extranjero, incluso, tratándose de otro Estado miembro, y los que están domiciliados en Rumanía, por lo que analiza si dicha diferencia es contraria al art. 21 TFUE, al art. 45. 1º CDFUE y al art. 4.3º Directiva 2004/38. A este respecto, el TJUE alcanza las siguientes conclusiones:

a) El Tribunal Europeo interpreta el art. 4.3º Directiva 2004/38 en relación con el art. 21 TFUE, razonando que, aunque queda al arbitrio de los Estados miembros la opción de expedir “*bien un documento de identidad bien un pasaporte*”, los Estados miembros no se encuentran facultados para ejercitar esa opción de modo que sus nacionales residentes en otro Estado miembro de la UE reciban un trato menos favorable. Más aún, cuando las restricciones de la legislación nacional al derecho a la libre circulación y residencia no se justifiquen en razones objetivas de interés general.

b) De lo actuado se desprende que “*los nacionales rumanos que se encuentran en una situación como la del recurrente en el litigio principal deben soportar mayores cargas administrativas que los nacionales rumanos domiciliados en Rumanía por lo que respecta al procedimiento de expedición de documentos de identidad o pasaportes, lo que crea obstáculos a su derecho a circular y residir libremente en la Unión*”. Por consiguiente, la normativa rumana, controvertida en el litigio principal, “*constituye una restricción al derecho de libre circulación y residencia previsto en el art. 21 TFUE, ap. 1*”.

c) Puntualiza el TJUE que, de acuerdo con su propia doctrina jurisprudencial (sentencia de 21 de junio de 2022, *Ligue des droits humains*, C-817/19, EU:C:2022:491), “*cualquier restricción de los derechos previstos en el art. 21 TFUE, ap. 1, infringiría necesariamente el art. 45, ap. 1, de la Carta, en la medida en que el derecho de todo nacional de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, previsto por la Carta, refleja el derecho conferido por el art. 21 TFUE, ap. 1*”. Dado que la medida adoptada por las autoridades rumanas supone una restricción a los derechos del art. 21.1º TFUE, dicha restricción también se produce en relación con el art. 45.1 CDFU. Aquí, argumenta el Tribunal Europeo que una restricción de este tipo sólo puede encontrar justificación, de conformidad con el Derecho de la Unión, si se fundamenta “*en consideraciones objetivas de interés general, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas, y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional*”.

d) El TJUE resuelve la cuestión prejudicial de manera que “*el art. 21 TFUE y el art. 45, ap. 1, de la Carta, en relación con el art. 4, ap. 3, de la Directiva 2004/38, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se deniega a un ciudadano de la Unión, nacional de ese Estado miembro que ha ejercido su derecho de libre circulación y residencia en otro Estado miembro, la expedición de un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión por el único motivo de que dicho nacional ha fijado su domicilio en el territorio de ese otro Estado miembro*”.

5. Resulta lógico que los argumentos del Gobierno rumano no hayan sido acogidos por el TJUE, dado que las limitaciones que contempla la normativa rumana no encuentran justificación en consideraciones objetivas de interés general y no resultan proporcionadas al fin que dicha normativa nacional pretende alcanzar. Ello, puesto que las cargas administrativas que han de soportar aquellos que se encuentran en la situación del ciudadano rumano recurrente en el litigio principal, en cuanto procedimiento de expedición de documentos de identidad o pasaportes, resultan superiores en comparación con las previstas para los nacionales rumanos domiciliados en Rumanía. Todo lo cual, constituye un claro obstáculo al derecho a circular y residir libremente en todo el territorio de la Unión Europea (art. 21 TFUE y art. 45 CDFUE) y además, supone una actuación discriminatoria frente al trato más favorable que recibe el nacional rumano domiciliado en su país, toda vez que la legislación rumana sí que proporciona el mencionado documento a aquellos nacionales rumanos cuyo domicilio está en Rumanía.

6. El TJUE ha venido interpretando los arts. 21 TFUE y 45 CDFUE juntamente con otros principios, tales como el de ciudadanía europea (art. 20 TFUE) y el de no discriminación (art. 18 TFUE y art. 21 CDFUE). En lo referente a la ciudadanía europea, cabe precisar que la Directiva 2004/38 establece que es dicha condición la que atribuye a todos los ciudadanos de la Unión, sin distinción, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin más limitaciones que las previstas en el Tratado y en la propia Directiva. Tampoco puede olvidarse que la finalidad de esta Directiva consiste en facilitar el ejercicio del mencionado derecho, armonizando los requisitos exigidos por los Estados miembros para entrar en el territorio de otro Estado miembro, y así lo ha tenido en cuenta el TJUE al interpretar el alcance de su art. 4.3º.

7. Por último, debe observarse que, si bien el TJUE no se pronuncia al respecto, la resolución estudiada resulta igualmente respetuosa con otros derechos, como, particularmente, el derecho a la vida privada y familiar del art. 7 CDFUE, pero, asimismo, con otros, como el derecho a la vida profesional, que se desprende del art. 15 CDFUE, ambos en relación con el art. 33 CDFUE.

Mª Jesús SÁNCHEZ CANO*

17. IMPUTABILIDAD AL ESTADO DE UN LAUDO ARBITRAL QUE FIJA UNAS TARIFAS ELÉCTRICAS REDUCIDAS POR LA QUE SE DECLARA QUE LA MEDIDA NO CONSTITUYE UNA AYUDA (STJ 4ª 22 febrero 2024, ass. ac. C-701/21 P, C-739/21 P: *Mytilinaios/DEI y Comisión*)

18. LUGAR DONDE SE HA MATERIALIZADO EL DAÑO POR LA UTILIZACIÓN, EN UN VEHÍCULO, DE UN DISPOSITIVO DE DESACTIVACIÓN QUE REDUCE LA EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LAS EMISIONES (STJ 9ª 22 febrero 2024, as. C-81/23: *MA y FCA Italy SpA, FPT Industrial SpA*)

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Universidad San Jorge.

Observaciones: 1. Esta sentencia se enmarca en el contexto de la recurrente litigación relativa a la reclamación de daños por los adquirentes de vehículos equipados con motores con dispositivos o software prohibido frente a los fabricantes o desarrolladores de tales motores. Se trata de reclamaciones extracontractuales, en la medida en que se dirigen contra el fabricante o desarrollador de producto, que el perjudicado adquirió de un tercero (vendedor).

2. La sentencia reseñada desarrolla el criterio acerca de la determinación del lugar de manifestación del daño a los efectos del art. 7.2º RBibis establecido en la sentencia de 9 de julio de 2020, *Verein für Konsumenteninformation*, C-343/19, EU:C:2020:534. En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia estableció que el lugar de manifestación del daño en demandas de responsabilidad extracontractual frente a un fabricante extranjero, cuando los vicios del producto determinan una pérdida de valor del bien al tiempo de su compra por el perjudicado, es el lugar de adquisición del producto. Cabe recordar que el Tribunal llegó a esa conclusión tras establecer que el daño consistente en la pérdida de valor del vehículo debido a ese vicio es un “daño inicial” que se produce al tiempo de su adquisición (por lo tanto, no un mero daño patrimonial indirecto derivado de un perjuicio producido previamente).

3. A diferencia de ese precedente, en el litigio principal en el asunto *FCA Italy y FPT Industrial* se da la circunstancia de que la celebración del contrato de compraventa tuvo lugar en un Estado miembro y la entrega y utilización del vehículo en otro, de modo que resulta preciso determinar cuál de esos elementos –celebración del contrato, entrega del vehículo o utilización del mismo– debe ser considerado como lugar de manifestación del daño a los efectos del mencionado art. 7.2º. Se trata de una cuestión relevante también en el caso de reclamaciones extracontractuales frente a fabricantes resultantes de la adquisición de productos con vicios a través de Internet, en las que la concreción del lugar de adquisición del producto puede plantear dificultades similares.

4. La nueva sentencia rechaza que tanto el lugar de celebración del contrato como el lugar de utilización del vehículo puedan ser determinantes a los efectos de establecer el lugar de manifestación del daño en tales situaciones. Con respecto al lugar de celebración del contrato, se destaca que no es elemento adecuado en el contexto de una reclamación extracontractual contra el fabricante para la que el modo de adquisición del vehículo por el perjudicado no es relevante, (ap. 37), así como tampoco lo es el lugar de nacimiento de la obligación de pagar la diferencia entre el precio que el adquirente perjudicado pagó por el vehículo y su valor real, al no tratarse de un perjuicio puramente económico (ap. 37 y 38). Al margen del contexto del litigio principal, cabe apuntar, con carácter adicional, que el rechazo del lugar de celebración del contrato de adquisición del producto a un tercero como elemento determinante del lugar de manifestación del daño causado por el fabricante es coherente también con la circunstancia de que en la contratación actual, que con gran frecuencia tiene lugar por medios electrónicos, el lugar de celebración es una ficción jurídica, lo que desaconseja su uso como elemento indicativo de proximidad.

5. Como elemento pertinente a esos efectos el Tribunal de Justicia se decanta por el lugar de entrega del producto (vehículo) al adquirente final que resulta perjudicado. Ahí es donde considera que el perjuicio causado por el producto con vicios se manifiesta de forma concreta (paras. 39-40). Atribuye especial importancia para ello al criterio de previsibilidad, destacando que el fabricante que perpetra manipulaciones en vehículos comercializados en otros Estados miembros puede esperar razonablemente ser demandado ante los tribunales de estos Estados, así como ante los tribunales de los Estados miembros en los que los vehículos comercializados hayan sido entregados a los adquirentes finales (ap. 41). Por el contrario, con respecto al lugar de utilización del vehículo por parte del perjudicado, es la falta de previsibilidad para el demandado inherente a ese criterio la que lleva a rechazar su caracterización como elemento determinante del lugar de manifestación del daño a los efectos del art. 7.2º RBibis, junto con la constatación de que sería contradictorio con la circunstancia

de que el daño se produce en el momento mismo de la adquisición del producto con vicios por el perjudicado (para. 42).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

19. UNA SOLICITUD DE ASILO BASADA EN UNA CONVERSIÓN RELIGIOSA QUE HAYA TENIDO LUGAR DESPUÉS DE QUE EL SOLICITANTE ABANDONE SU PAÍS DE ORIGEN NO PUEDE SER DENEGADA AUTOMÁTICAMENTE POR ABUSIVA (STJ 3^a 29 febrero 2024, as. C-222/22: *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*)

20. EL REINO UNIDO VIOLÓ EL DERECHO DE LA UNIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA SENTENCIA DE SU TRIBUNAL SUPREMO QUE AUTORIZÓ LA EJECUCIÓN DE LAUDO CIADI (STJ 5^a 14 marzo 2024, as. C-516/22: *Comisión/Reino Unido -Sentencia del Tribunal Supremo-*)

Observaciones: 1. La sentencia del TJ en el asunto *Comisión/Reino Unido (Arrêt de la Cour suprême)* es uno de los últimos pronunciamientos relevantes relativos al asunto *Micula*, controversia que encuentra su origen en la derogación, en 2005, de un régimen de ayudas a la inversión en Rumanía. Sobre la base del APPRI de Suecia y Rumanía, varios inversores suecos iniciaron un arbitraje CIADI que finalizó con un laudo (2013) que ordenaba a Rumanía indemnizarlos con el pago de una suma cercana a los 178 millones de euros, en razón de los daños sufridos por la revocación prematura de las mencionadas ayudas.

2. La Comisión Europea, en el contexto de su abierta oposición al arbitraje de inversiones intra-UE, adoptaba la Decisión (UE) 2015/1470, donde concluía que el pago de la indemnización en ejecución o aplicación del laudo debía considerarse una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior, requiriendo la recuperación de las cantidades que hubieran sido abonadas en tal concepto. Los inversores iniciaban un procedimiento ante el TJUE para solicitar la anulación de esta Decisión; tras una primera sentencia del TG que sería anulada en casación por el TJ, el TG ha convalidado la Decisión de la Comisión en su sentencia de 2 de octubre de 2024 (EU:T:2024:659).

3. De forma paralela al procedimiento desarrollado ante el TJUE, los inversores recurrieran simultáneamente a varias jurisdicciones nacionales (de Estados miembros y no miembros de la Unión) con el fin de obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, entre ellas a la de los tribunales del Reino Unido. En contra de lo que previamente habían señalado la *High Court of Justice* y la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales, la *Supreme Court* del Reino Unido, en su sentencia de 19 de febrero de 2020, decidía levantar la suspensión de la ejecución del laudo *Micula*, por entender que la obligación de cooperación leal del Derecho de la Unión no resultaba aplicable y que la suspensión de la ejecución debía considerarse una medida contraria a las exigencias del Derecho internacional y del Derecho interno británico. La Comisión, como guardiana de los Tratados, no tardaría en reaccionar, dando inicio a un procedimiento por incumplimiento contra el Reino Unido, que termina con la sentencia del TJ, de 14 de marzo de 2024, objeto del presente comentario, y que viene a confirmar todas las infracciones imputadas por la Comisión.

4. El eje argumental de la sentencia del TJ se construye en torno a la interpretación del art. 351.1 del TFUE, habida cuenta de que fue esta la disposición que permitió a la *Supreme Court* levantar la suspensión y abrir, así, la puerta a la ejecución del laudo arbitral. El art. 351.1º TFUE permite excepciones a la aplicación del Derecho de la Unión, incluido del Derecho primario, cuando un Estado miembro dé cumplimiento a sus obligaciones con el fin de respetar derechos de terceros Estados resultantes de tratados celebrados con anterioridad a su adhesión. La *Supreme Court* había argumentado que el Convenio CIADI es un tratado anterior a la adhesión

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

del Reino Unido a la UE y que la obligación de ejecutar el laudo *Micula*, conforme al art. 54 del Convenio, es debida a todos los Estados parte en el Convenio, es decir, reviste naturaleza *erga omnes partes*. Por tanto, la decisión de no ejecutar el laudo afectaría a derechos de terceros Estados no miembros de la UE, países que, llegado el caso, podrían reclamar su respeto recurriendo a la CIJ conforme a lo dispuesto en el art. 64 del Convenio CIADI.

El TJ no comparte la visión del tribunal británico. En su opinión, el Convenio CIADI, “pese a su carácter multilateral, tiene por objeto regular las relaciones bilaterales entre las partes contratantes de manera análoga a un tratado bilateral” y, por tanto, rechaza que la obligación de reconocer y ejecutar exista respecto de todos los Estados parte. A partir de esta afirmación, el TJ señala que la controversia sometida a la *Supreme Court* se refiere a la obligación del Reino Unido de ejecutar un laudo para garantizar que otro Estado miembro (Rumanía) respete las obligaciones que tiene respecto de un tercer Estado miembro (Suecia). A su modo de ver, no hay terceros Estados que puedan exigir al Reino Unido, conforme al Convenio CIADI, la ejecución del laudo *Micula* y, por tanto, no cabe, en aplicación del art. 351.1º TFUE excluir la aplicación del Derecho de la UE que, en este caso, exigía suspender la ejecución del laudo arbitral. El TJ precisa, además, que la *Supreme Court* se había limitado a poner de manifiesto que los terceros Estados parte en el Convenio CIADI “podrían tener interés” en que un Estado miembro cumpla sus obligaciones frente a otro Estado miembro, pero que “un interés puramente fáctico como el descrito no puede equipararse a un “derecho” en el sentido del art. 351.1º TFUE.

Teniendo en cuenta lo anterior, la interpretación que realizó la *Supreme Court* del art. 351.1º TFUE en relación con el Convenio CIADI, ha conducido al TJ a constatar tres infracciones del Derecho de la Unión. En primer lugar, como consecuencia de no haber examinado en profundidad la cuestión de en qué medida un tercer Estado podía, de conformidad con el art. 64 del Convenio CIADI, exigir la responsabilidad del Reino Unido por la no ejecución del laudo, el TJ concluye que la *Supreme Court* “vulneró gravemente el ordenamiento jurídico de la Unión”, al dotar de un alcance amplio a esta disposición que requería una interpretación estricta, e incurrir, por tanto, en una interpretación y aplicación errónea del art. 351.1º TFUE. En segundo lugar, dicha interpretación, que supuso aplicar el art. 351.1º TFUE y activar la ejecución del laudo, en opinión del TJ materializaba un riesgo real de resoluciones contradictorias, que es contrario al principio de cooperación leal del art. 4.3º TUE en el contexto del régimen de ayudas de Estado de los Tratados. En tercer lugar, al tratarse de una cuestión de interpretación que para el TJ no es claro ni ha sido aclarado por la jurisprudencia, la *Supreme Court*, en tanto que órgano jurisdiccional de última instancia, tenía la obligación de remitir una petición de decisión prejudicial al TJUE; al no haberlo hecho, el tribunal británico incurrió en la infracción del art. 267 TFUE.

5. La sentencia, más allá del propio asunto *Micula*, es especialmente importante por una cuestión. La *Supreme Court* había elaborado la fórmula jurídica que permitiría a otros muchos Estados miembros, en el futuro, dar ejecución a los laudos CIADI intra-UE, salvando los obstáculos que derivan de la aplicación del régimen de las ayudas de Estado, así como de la jurisprudencia *Achmea* que estableció la incompatibilidad del arbitraje intra-UE con el Derecho de la Unión. Por tanto, la sentencia del TJ es una decisión de largo alcance que impide al arbitraje de inversiones intra-UE agarrarse a su último salvavidas. Siendo debatible hasta qué punto era necesario y adecuado, para resolver su recurso, que el TJ entrara a decidir sobre el sentido y la correcta interpretación de varias disposiciones del Convenio CIADI (ya que no forman parte del Derecho de la UE), lo cierto es que el TJ, siendo consciente de las profundas implicaciones que tenía este asunto (*vid. ap. 80 de la sentencia*), parece haber priorizado su interés por enviar un mensaje claro a los Estados miembros que pudieran tener la tentación de seguir los pasos de la *Supreme Court*: los laudos CIADI intra-UE no crean obligaciones de ejecución frente a terceros Estados y, por tanto, tampoco derechos que estos últimos puedan

reclamar, por lo que, en estas situaciones, no cabe invocar el art. 351.1º TFUE para permitir excepciones a la aplicación del Derecho de la Unión.

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA*

21. NO DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UNA RESOLUCIÓN PRONUNCIADA EN OTRO ESTADO CUYOS TRIBUNALES SE DECLARARON COMPETENTES EN APLICACIÓN DEL CMR (STJ) 1^a 21 marzo 2024, as. C-90/22: *Gjensidige*)

Observaciones: 1. A diferencia de lo previsto en el art. 25 RBibis, el art. 31 del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera de 1956 (CMR) parte de que los acuerdos atributivos de competencia carecen de eficacia exclusiva, de modo que no excluyen que cualquier parte del contrato opte por presentar su demanda ante uno de los otros tribunales designados en esa norma (en síntesis, los de la residencia habitual del demandado, los del lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o los del lugar designado para su entrega). Ante esta disparidad de criterios entre el art. 25 RBibis y el art. 31 CMR, la no afectación del RBibis, prevista en su art. 71, a la aplicación de los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones, como el CMR, puede plantear ciertos interrogantes.

2. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en relación precisamente con la interacción entre esos dos instrumentos, ya había puesto de relieve que la aplicación del CMR como convenio en materia especial no puede menoscabar los principios en que se basa la cooperación judicial civil en la Unión, incluidos los de libre circulación de las resoluciones judiciales, previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes, buena administración de justicia, reducción del riesgo de procedimientos paralelos y confianza recíproca (SSTJUE de 4 de mayo de 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243, aps. 51 ss; 19 de diciembre de 2013, *Nipponka Insurance Co. (Europe)*, C-452/12, EU:C:2013:858, ap. 47; y de 4 de septiembre de 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C-157/13, EU:C:2014:2145, ap. 41).

3. La sentencia ahora reseñada en el asunto *Gjensidige* va referida a un litigio principal en el que una compañía aseguradora ejercita ante los tribunales lituanos una acción de repetición contra el transportista con base en la cláusula de jurisdicción contenida en un contrato de transporte en relación con el cual los tribunales de los Países Bajos (que podían resultar competentes en virtud del art. 31 CMR pero no eran los designados como competentes en el acuerdo de jurisdicción contenido en el contrato a favor de los de Lituania) habían ya declarado que la responsabilidad del transportista era limitada y no podía superar la indemnización establecida en el art. 23.3º CMR. En ese contexto, el Tribunal Supremo de Lituania plantea tres cuestiones. La primera, acerca de la interacción entre el art. 31 CMR y el art. 25 RBibis; la segunda y la tercera, acerca de la interpretación del art. 45 RBibis y la posibilidad de controlar en ese marco el eventual menoscabo de los dispuesto en el art. 25 RBibis en la medida en que se pretendía el reconocimiento de una resolución adoptada por un tribunal distinto al designado en el acuerdo de jurisdicción previsto en el contrato de transporte.

4. Habida cuenta de que el Tribunal de Justicia se limita a responder a las preguntas segunda y tercera, no sorprende que la aportación de esta sentencia al acervo jurisprudencial sea limitada. A nadie debe sorprender que el Tribunal confirme que en el sistema de

* Profesor Agregado de Derecho internacional público. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Este trabajo se ha realizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación del Gobierno Vasco IT1630-22 y del proyecto PID2020-117936GB-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

reconocimiento y ejecución de resoluciones del RBibis no cabe controlar la eventual contradicción de la resolución extranjera con lo dispuesto en el art. 25 RBibis, ni en el marco del art. 45.1º.e) (control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen) ni en el marco del art. 45.1º.e) (control del orden público).

5. Así resulta con claridad del tenor literal de las normas y de su contexto (ap. 59 de la sentencia *Gjensidige*), pues es claro que tanto el control de la competencia del tribunal de origen –en los limitados supuestos en los que se prevé en el art. 45.1º.e) RBibis– y del orden público (con referencia expresa en el art. 45.3º RBibis a que no puede aplicarse a las normas relativas a la competencia judicial el criterio de compatibilidad con el orden público) son mecanismos excepcionales que deben ser objeto de interpretación estricta. Conforme al art. 81.1º TFUE la cooperación judicial civil en la Unión está basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, y el principio de confianza mutua implica que los eventuales errores en la aplicación de normas de la Unión –por ejemplo, el art. 25.1 RBIBis– deben revisarse mediante la utilización en el Estado miembro de origen de todos los recursos disponibles.

6. A modo de ejemplo, cabe recordar la sentencia de 16 de julio de 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, EU:C:2015:471, destacando que los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del actual art. 45.1 RBibis deben ser objeto de interpretación restrictiva en la medida en que son un obstáculo a la libre circulación de resoluciones en el espacio europeo (ap. 41), así como que la circunstancia de que el tribunal de origen hubiera cometido un error manifiesto en la aplicación de una norma jurídica –incluso del Derecho de la Unión– no determina que su resolución pueda considerarse contraria al orden público, ya que en principio el sistema de recursos establecido en el Estado miembro de origen, completado por el mecanismo de remisión prejudicial del art. 267 TFUE, proporciona a los justiciables una garantía suficiente (ap. 49 de la sentencia *Diageo Brands*). La sentencia *Gjensidige* insiste en relación con el principio de confianza mutua en que el órgano jurisdiccional del Estado requerido no está en ningún caso en mejores condiciones que el del Estado de origen para pronunciarse sobre la competencia de este (ap. 46 de la sentencia *Gjensidige*).

7. Cabe recordar, además, que el Tribunal de Justicia ya puso de relieve que la prohibición de controlar en la fase de reconocimiento las normas de competencia aplicadas por el órgano de origen impide también verificar la correcta aplicación de las normas de litispendencia al decidir sobre el reconocimiento de una resolución procedente de otro Estado miembro (aps. 51 y 52 de la STJUE 16 de enero de 2019, *Liberato*, C-386/17, EU:C:2019:24).

8. La eventual inaplicación del art. 25 RBibis no se considera que constituya una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en su ordenamiento, por lo que no cabe que opere el orden público (ap. 66 de la sentencia *Gjensidige* con referencia a la STJUE 7 de septiembre de 2023, *Charles Taylor Adjusting*, C-590/21, EU:C:2023:633, ap 35). El que la inaplicación del acuerdo atributivo de competencia lleve a que se aplique al fondo una ley distinta de la que se aplicaría si se respetara dicho acuerdo tampoco se considera motivo suficiente para que opere el orden público (sentencia *Gjensidige*, aps. 70–73). Cabe recordar que el control de la ley aplicada por el tribunal de origen no se encuentra entre los elementos susceptibles de ser revisados en el Estado miembro requerido en el marco del art. 45 RBibis.

9. Por considerarlo innecesario a la luz de sus respuestas a las cuestiones segunda y tercera, el TJUE no responde a la primera cuestión prejudicial, referida a si el art. 71 RBibis permite la aplicación del art. 31 CMR también en supuestos en los que un litigio comprendido en el ámbito de aplicación del RBibis y del CMR sea objeto de un acuerdo atributivo de competencia. Aunque la consecuencia de una respuesta afirmativa sea la eventual marginación del carácter exclusivo de la competencia del tribunal designado en el acuerdo de elección de foro resultante del art. 25 RBibis, la sentencia no parece cuestionar que también en un supuesto como ese el criterio es el que resulta del art. 71, en el sentido de que procede la aplicación del CMR como

convenio en materia especial, siempre que no menoscabe los principios en que se basa la cooperación judicial civil en la Unión, lo que no hay motivo para pensar que sea el caso por el mero hecho de que prevalezca lo dispuesto en el art. 31 CMR en las situaciones de ese tipo.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

22. COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL ÚLTIMO DOMICILIO CONOCIDO DE UN CONSUMIDOR NACIONAL DE UN TERCER ESTADO CON UN BANCO ESTABLECIDO EN UN ESTADO MIEMBRO (STJ 9^a 11 abril 2024, asunto C-183/23, *Credit Agricole Bank Polska*)

Observaciones: 1. Es conocido la circunstancia de que el RBibis no establezca normas uniformes de competencia, salvo en supuestos específicos, con respecto a los litigios en los que el demandado no está domiciliado en un Estado miembro constituye una anomalía y una notable carencia. En particular, a la luz del contrato con otros instrumentos de la Unión que en materias menos vinculadas al mercado interior regulan la competencia judicial internacional también respecto de demandados no domiciliados en un Estado miembro. Conforme al art. 6.1º RBibis, en tales supuestos la competencia judicial debe determinarse por la legislación del Estado miembro del foro –es decir, en el caso de España, las normas de la LOPJ–, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 18.1º (contratos de consumo), 21.1º (contratos de trabajo), 24 (competencias exclusivas) y 25 (prórroga de jurisdicción).

2. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Credit Agricole Bank Polska* constituye una aportación limitada a la luz de su jurisprudencia previa. No obstante, tiene el interés de proclamar expresamente que el mencionado art. 6.1º RBibis debe ser objeto de interpretación estricta (ap. 42), lo que favorece la aplicación de las normas del Reglamento en detrimento de las normas nacionales de competencia judicial internacional y es coherente con la “anomalía” que representa que cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro esa norma se remita a la legislación del foro en lugar de establecer normas uniformes de competencia. Además, la sentencia constata que la circunstancia de que el demandado tenga nacionalidad de un Estado tercero no afecta al criterio establecido en su jurisprudencia previa en el sentido de que cuando el último domicilio conocido del demandado se encontraba en un Estado miembro, el que no se logre determinar su domicilio actual no excluye la aplicación de las normas de competencia del Reglamento cuando no quepa concluir que está domiciliado fuera de la Unión Europea.

3. El litigio principal iba referido a la demanda interpuesta por una entidad financiera polaca ante un tribunal de ese país en relación con un contrato de crédito al consumo. El consumidor demandado era nacional de un tercer Estado y había tenido su domicilio en Polonia, pero al tiempo de la demanda resultó imposible determinar su domicilio, no pudiendo excluirse que hubiera abandonado el territorio polaco. Como reconoce el propio órgano remitente, el Tribunal de Justicia había ya establecido que la aplicación de las normas de competencia del Derecho nacional en lugar de las normas uniformes del Reglamento con base en su art. 6 sólo procede cuando el órgano judicial que conoce del asunto “dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión”, así como que en tales circunstancias el fuero del domicilio del consumidor demandado (art. 18.2º del Reglamento) comprende el último domicilio conocido del consumidor (aps. 44–45 de la sentencia ahora reseñada, con referencia a las SSTJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, EU:C:2011:745, y de 15 de marzo de 2012, *G*, C-292/10, EU:C:2012:142).

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

4. La peculiaridad del litigio principal en el asunto *Credit Agricole Bank Polska* radica en que el demandado es una persona que, pese a tener su último domicilio conocido en un Estado miembro, no posee la nacionalidad de ningún Estado miembro. A este respecto el Tribunal de Justicia se limita a poner de relieve que el RBibis se basa en el criterio del domicilio del demandado y no en el de su nacionalidad, con referencia al fuero general del domicilio del demandado de su art. 4.1º. Lo anterior le lleva a concluir que el fuero del último domicilio conocido del consumidor previsto en el art. 18.2º del Reglamento se aplica con independencia de su nacionalidad (aps. 47 y 48).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

23. EL NOMBRE PABLO ESCOBAR NO PUEDE REGISTRARSE COMO MARCA DE LA UNIÓN POR ASOCIARSE CON EL NARCOTERRORISMO (STG 17 abril 2024, *scobar/EUIPO – Pablo Escobar-*)

El 30 de septiembre de 2021, la sociedad Escobar Inc., con domicilio social en Puerto Rico (Estados Unidos), solicitó a la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el registro del signo denominativo Pablo Escobar como marca de la Unión para una amplia gama de productos y servicios. El nacional colombiano Pablo Escobar, nacido el 1 de diciembre de 1949 y fallecido el 2 de diciembre de 1993, fue un presunto capo de la droga y narcoterrorista que supuestamente fundó el cártel de Medellín (Colombia), del que era el único dirigente. La EUIPO denegó el registro por considerar que la marca era contraria al orden público y a las buenas costumbres. Se basó en la percepción del público español, ya que este tiene un mayor conocimiento de Pablo Escobar debido a los vínculos existentes entre España y Colombia. La sociedad Escobar impugna esta denegación ante el Tribunal General.

El Tribunal General confirma la denegación del registro de la marca Pablo Escobar. Según el Tribunal General, la EUIPO podía basar su apreciación en la percepción de los españoles razonables, con umbrales medios de sensibilidad y tolerancia y que comparten los valores indivisibles y universales en los que se basa la Unión (la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, los principios de la democracia y del Estado de Derecho y el derecho a la vida y a la integridad física).

La EUIPO estimó correctamente que esas personas asocian el nombre de Pablo Escobar con el tráfico de drogas y con el narcoterrorismo, así como con los crímenes y el sufrimiento derivados de ellos, más que con sus posibles buenas obras a favor de los pobres en Colombia. Por lo tanto, según el Tribunal General, la marca será percibida como contraria a los valores y a las normas morales fundamentales imperantes en la sociedad española.

El Tribunal General añade que no se ha vulnerado el derecho fundamental de Pablo Escobar a la presunción de inocencia, ya que, si bien nunca fue condenado penalmente, en España es percibido públicamente como símbolo de la delincuencia organizada, responsable de numerosos delitos.

24. LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA EN LOS CONCURSOS SECUNDARIOS (STJ 3ª 18 de abril 2024, asuntos C-765/22 y C-772/22: *Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España y Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España*)

Observaciones: 1. Los complejos hechos del asunto *Air Berlin* se pueden resumir en cuatro momentos. El primero se produce el 1 de noviembre de 2017, cuando el Tribunal de lo Civil y Penal de Charlottenburg inició un procedimiento principal de insolvencia contra la compañía

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

áerea. El segundo hecho, en 2018, ocurre cuando varios trabajadores de la sucursal de la empresa en España impugnaron el despido derivado del cese de la actividad y una sentencia de la Audiencia Nacional declara su nulidad, junto con una indemnización y pago de los salarios de tramitación. Al año siguiente, 2019, se produce el tercer hito destacable, ya que se acuerda la transferencia de 1.061.291,86 euros a la cuenta fiduciaria del administrador concursal, en concepto de pago a *Air Berlin* de un crédito con garantía real sobre unas fincas en España. La transferencia desconoce el embargo preventivo que existía sobre los bienes y derechos de *Air Berlin*, trabado precisamente para asegurar el pago de los créditos laborales antes citados. Como cuarto momento relevante, en 2020, el Juzgado Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca abre en España un concurso secundario, que solo afectaba a los bienes localizados en España y al que podían concurrir todos los acreedores.

2. Pese a la yuxtaposición de cuestiones prejudiciales, en el asunto *Air Berlin* podría decirse que subyace una problemática sobre la composición de las masas pasiva y activa del concurso secundario. Respecto de la masa pasiva, es bienvenido un *obiter dictum* aclaratorio de que el juez del concurso en aplicación de su propia ley reconocerá y calificará los créditos, así como su prelación, sin perjuicio de que el juez del establecimiento al que se adscribían los trabajadores tenga competencia para establecer los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo, en aplicación de la ley que rige estos contratos. A ello debería unirse que el papel de los representantes de los trabajadores en el marco del concurso se rige por la ley del establecimiento en el marco del cual dichos representantes ejercen sus funciones.

Siguiendo con cuestiones de la masa pasiva, la Sentencia analiza el régimen de los créditos posteriores a un concurso principal pero anteriores a un concurso secundario. A mi juicio, la Sentencia no debió plantear una delimitación de normas de conflicto, en particular, entre la ley del concurso principal y la ley del concurso secundario. Desde la literalidad y sistemática del Reglamento (UE) 2015/848 no hay duda de la aplicación de la ley del concurso secundario al reconocimiento y calificación de estos créditos en dicho procedimiento. El planteamiento debería haberse referido al efecto útil del reconocimiento mutuo europeo, que exige que la ley del concurso secundario considere que los créditos posteriores a un procedimiento principal pero anteriores al secundario son ya post-concursales a todos los efectos. Ciertamente, el Tribunal de Justicia parece asumir una suerte de "efecto nacionalizador": como la norma de conflicto remitía a la ley española, se presume que toda alusión a una declaración concursal lo es a la de un juez español, como si fuera un supuesto puramente interno. Se obvia cualquier declaración concursal por un juez extranjero, de forma que en España se califican los créditos como "pre-concursales". Frente a este "efecto nacionalizador", el Juez de lo Mercantil proponía algo parecido a un "análisis en dos escalones", a mi modo de ver mucho más acertado: tras aplicar la ley española pensada para una declaración concursal de juez español, se plantea la idoneidad de tomar en consideración la declaración concursal alemana previa, es decir, de reintroducir el elemento internacional en nuestro Derecho material. De este modo, los créditos posteriores al concurso alemán de 2017 también serían créditos contra la masa post-concursales, aunque fueran anteriores al concurso español de 2020. Y es que la empresa alemana ya está concursada desde el momento en el que se abre el concurso principal en Alemania y este concurso produce efectos en España. Es la esencia del principio de reconocimiento mutuo de decisiones y no hay que esperar, pues, a que se abra un concurso en España. Además, el entonces art. 242, ap. 1, nº 8º, de la Ley Concursal (actual ap. 11º en unos términos muy similares), se refería genéricamente a una "declaración de concurso", pero en modo alguno a que fuera dictada por juez español.

3. Aparte de cuestiones relacionadas con la masa pasiva, la Sentencia también realiza pronunciamientos de interés respecto de la masa de activos en los concursos secundarios. En este punto, es pacífico el planteamiento del Tribunal sobre que al concurso secundario se adscriben los activos localizados en el Estado de apertura en el momento de producirse esta. También lo es el derecho del administrador del concurso principal a trasladar los activos

presentes en el Estado del establecimiento del deudor antes de la apertura del concurso secundario. Más matices admiten las excepciones a este principio general, en lo que respecta a traslados abusivos, traslados que afecten a activos con cargas reales, traslados contrarios a medidas cautelares, o traslados vinculados a compromisos unilaterales del administrador principal. En el caso, la cuestión es si ha podido haber un abuso de derecho en el traslado por parte del administrador concursal alemán, habida cuenta de lo dispuesto en el considerando 46 del Reglamento, cuando indica que el administrador principal no puede liquidar o trasladar los activos situados en el Estado del establecimiento "*de manera abusiva*" ni, en particular, con el objeto de frustrar los intereses locales "*si posteriormente se abre un procedimiento de insolvencia secundario*". Hay aquí dos ideas difíciles de conciliar: a la literalidad del Reglamento, que da plenas facultades al administrador principal para trasladar activos antes de la apertura del concurso secundario, se une un considerando, que no deja de ser una parte de un preámbulo, que básicamente impide que el traslado se haga de una forma abusiva. El Tribunal no entra en detalle en este tema y, en mi opinión, no queda otra que estar a las circunstancias del caso y a una sobremanera: el traslado de bienes por el administrador del concurso principal se hizo desatendiendo un embargo preventivo trabado por un tribunal español. Por una vía de derecho, el administrador concursal podría haber tratado de revocar dicho embargo, si no se ajustase a la ley concursal alemana, tal y como expresó el TJUE en el asunto *MG Probud*. Pero lo que no podía era desconocer el embargo por una vía puramente de hecho, algo a lo que parece invitar el Tribunal con sus conclusiones.

Igualmente, es dudosa la interpretación del TJUE de que el traslado de activos por el administrador concursal principal puede someterse al régimen de impugnación de actos perjudiciales para la masa. El Tribunal concluye que es posible el ejercicio de una acción revocatoria contra los actos del administrador principal, sobre la base de la literalidad del ap. 2 del art. 21, cuando, en referencia a un concurso secundario, señala que el administrador podrá también ejercitarse "*cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores*". La referencia a "*cualquier acción*" parece despejar cualquier duda y lleva al Tribunal a concluir que una acción revocatoria puede ejercitarse contra el administrador concursal principal si se considera que la acción redunda en interés de los acreedores del procedimiento secundario. Lamentablemente, el Tribunal no entra en las consecuencias de su conclusión en cuestiones como la competencia judicial o la ley aplicable para ejercer estas acciones. Al margen de ello, discrepo de esta calificación del traslado, ya que este es un acto de administración procesal, no un acto en fraude de acreedores. Ciertamente se trata de un acto procesal relacionado con la "*apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia*" (art. 7, ap. 2, *ab initio*; también art. 32, ap. 1) y relacionado con las facultades del administrador concursal [art. 7, ap. 2, letra c)]. Un administrador concursal no puede ser tratado como un tercero, como un testaferro, al que se le transfieren activos para despatrimonializar el concurso. Por si esto fuera poco, no puede perderse de vista cierta contradicción en la Sentencia. Si en ella se ha señalado claramente que procede el traslado de activos en aplicación de las normas materiales del Reglamento europeo, una ley nacional no debería establecer los motivos de impugnación de dicho acto.

En resumen, se trata de una Sentencia técnicamente compleja y de gran impacto para la interpretación del Reglamento europeo de insolvencia y la composición de las masas activa y pasiva. Con alguno de sus pronunciamientos se puede hacer más difícil la "convivencia" y coordinación entre concursos principales y secundarios.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

25. RETIRADA DEL PERMISO DE RESIDENCIA, SOBRE LA BASE DE INFORMACIÓN CLASIFICADA, A UN NACIONAL DE UN PAÍS TERCERO QUE TIENE A SU CARGO A UN MENOR (STJ 1^a 25 abril 2024, ass. c-420/22 y c-528/22: *NW y PG*)

Dos nacionales de países terceros, de nacionalidad turca y nigeriana, respectivamente, residen legalmente en Hungría desde hace varios años. Uno de ellos está casado con una nacional húngara junto con la que se ocupa del cuidado de su hijo de nacionalidad húngara. El segundo convive con su pareja de hecho húngara y sus dos hijos, que también tienen esta nacionalidad. En 2020 y 2021, la Oficina para la Protección de la Constitución de Hungría declaró, mediante sendos dictámenes no motivados, que la presencia de ambas personas en territorio húngaro representaba una amenaza para la seguridad nacional. Asimismo, calificó de confidencial la información en la que se basó para emitir dichos dictámenes. En consecuencia, la Dirección General Nacional de la Policía de Extranjería se vio obligada a retirar al primero la tarjeta de residencia permanente y a ordenarle que abandonara el territorio húngaro. Del mismo modo, denegó la solicitud de permiso de establecimiento nacional que había presentado el segundo. Ni esta autoridad ni las personas afectadas tuvieron acceso a la información confidencial en la que se habían basado los dictámenes iniciales. El Tribunal General de Szeged (Hungría), que conoce de los recursos interpuestos por ambos afectados contra las respectivas resoluciones de la Dirección General Nacional de la Policía de Extranjería, pregunta al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de la normativa húngara con el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia señala que las autoridades de un Estado miembro no pueden retirar o denegar la concesión de un permiso de residencia a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión sin evaluar previamente si hay una relación de dependencia entre ese miembro de la familia y ese ciudadano de la Unión que obligaría a este último a abandonar el territorio de la Unión para acompañar al miembro de su familia a un país tercero. A continuación, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una normativa que obligue a las autoridades nacionales a retirar o denegar la concesión de un permiso de residencia a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión por motivos de seguridad nacional basados en un dictamen no motivado de un órgano especializado, sin que dichas autoridades puedan examinar rigurosamente las circunstancias individuales pertinentes y la proporcionalidad de su resolución. Por último, el Tribunal de Justicia declara que es contraria al Derecho de la Unión una normativa nacional que impida que se comunique a un miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, al que se haya retirado o denegado el permiso de residencia sobre la base de información confidencial, el contenido esencial de los Dirección de Comunicación Unidad de Prensa e Información curia.europa.eu ¡Siga en contacto con nosotros! motivos en los que se basan dichas resoluciones y, en cualquier caso, que este utilice dicha información a efectos de un procedimiento administrativo o judicial. Sin embargo, el Derecho de la Unión no obliga a que un tribunal competente en materia de residencia disponga de la competencia para comprobar la licitud de la clasificación de esa información como confidencial o para autorizar el acceso a información clasificada.

26. PÉRDIDA AUTOMÁTICA DE LA NACIONALIDAD ALEMANA EN CASO DE RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD TURCA (STJ 4^a 25 abril 2024, ass. C-684/22 a C-686/22: *Stadt Duisburg*)

Varios nacionales turcos impugnaron ante un órgano jurisdiccional alemán la pérdida de su nacionalidad alemana, adquirida por naturalización en 1999. Para convertirse en alemanes, tuvieron que renunciar a su nacionalidad turca. No obstante, tras su naturalización en Alemania, y más concretamente con posterioridad al 1 de enero de 2000, adquirieron de nuevo, a petición propia, la nacionalidad turca. Ahora bien, en virtud de una modificación de la legislación alemana que entró en vigor el 1 de enero de 2000, esta recuperación de la

nacionalidad turca supuso la pérdida automática de la nacionalidad alemana. El órgano jurisdiccional alemán alberga dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de esta pérdida automática de la nacionalidad alemana. En efecto, al no poseer los interesados la nacionalidad de otro Estado miembro, ello implica también la pérdida de la ciudadanía de la Unión y, por tanto, del derecho a circular y residir libremente en todo el territorio de la Unión Europea. En consecuencia, el órgano jurisdiccional alemán pregunta al respecto al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia recuerda que la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es competencia de cada Estado miembro. No obstante, si, como en el caso de autos, la pérdida de la nacionalidad también implica la pérdida de la ciudadanía de la Unión, deben respetarse determinadas exigencias del Derecho de la Unión y, en particular, el principio de proporcionalidad. El Derecho de la Unión no se opone, por principio, a que una persona que adquiere voluntariamente la nacionalidad de un Estado tercero pierda automáticamente la nacionalidad del Estado miembro de que se trate y, en consecuencia, también la ciudadanía de la Unión. A este respecto, es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. No obstante, el interesado debe tener la posibilidad de dirigirse a las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales para que se examine si la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión tiene consecuencias desproporcionadas para él. Si es así, debe poder conservar su nacionalidad y, por tanto, la ciudadanía de la Unión o, en su caso, recuperarla con efecto retroactivo.

27. NORMATIVA NACIONAL QUE REQUIERE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL Y SEPARADA DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA POR EL TERCERO TENEDOR DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (STJ 6^a 25 abril 2024, ass. C-345/22 a C-347/22: *Maersk*)

Observaciones. 1. La sentencia *Maersk* viene a ser una nueva entrega de una jurisprudencia de largo recorrido del TJUE respecto de los acuerdos de sumisión insertos en conocimientos de embarque y su oponibilidad a terceros adquirentes del título. Al igual que en supuestos anteriores (*Asuntos Tilly Russ y Coreck Maritime*, por citar dos ejemplos), las cuestiones prejudiciales vuelven a incidir esencialmente sobre dos puntos: la subrogación en las obligaciones derivadas del título y la determinación del Derecho aplicable a esa subrogación. El escenario concreto de este asunto, sin embargo, es sustancialmente diferente al de casos previos, pues introduce dos elementos a mayores: la presencia de una norma de conflicto en el Reglamento Bruselas I bis, anteriormente inexistente, y la concurrencia de un Derecho nacional, en este caso el español, que regula esta materia de forma expresa. Es en estos dos aspectos en los que la sentencia *Maersk* se muestra novedosa, puesto que en lo esencial mantiene la línea establecida anteriormente y, de hecho, intenta preservar la coherencia con ella. Además, fruto de esto, la sentencia presenta la ya habitual confusión entre la cuestión de la oponibilidad del acuerdo de jurisdicción y la de la subrogación, haciendo un uso indistinto de ambos a raíz de la vinculación que ha establecido entre ellos.

2. Respecto del primero de esos aspectos novedosos, la sentencia valora la posible aplicación de la norma de conflicto para la validez material de los acuerdos de jurisdicción contenida en el art. 25.1º Bruselas I bis a la cuestión de la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción frente a terceros adquirentes del título. La conclusión a la que llega es negativa, pues señala, de forma acertada, que la oponibilidad frente a terceros no es una cuestión de validez, sino de efectividad del acuerdo de jurisdicción (ap. 48 de la sentencia). Poco se puede objetar a esta conclusión, que además mantiene la doctrina jurisprudencial previamente establecida por el tribunal, que remitía a las normas de conflicto nacionales del órgano jurisdiccional que conoce del asunto para determinar el Derecho aplicable a la subrogación y,

en virtud de cómo dicha subrogación se materialice, valorar la oponibilidad del acuerdo de jurisdicción a ese tercero adquirente.

Así, el TJUE parece optar por una interpretación restrictiva de la regla del art. 25 Bruselas I-bis y descarta su extensión analógica a la cuestión de la oponibilidad de la cláusula. Haber optado por extender su aplicación hubiese simplificado la cuestión al establecer una norma de conflicto común para la cuestión a escala europea. De hecho, la cuestión se planteaba en tales términos que hubiese supuesto desvincular la oponibilidad de la cláusula de la cuestión de la subrogación en el conjunto de obligaciones del contrato de transporte en el que se haya inserta, dando un trato homogéneo a escala europea a la primera cuestión y no a la segunda. Esa vía, en cualquier caso, queda ahora cegada, salvo rectificación futura del alto tribunal respecto de esta cuestión.

3. Respecto del segundo aspecto novedoso de la cuestión, el TJUE se pronuncia en lo referente a la compatibilidad entre el art. 251 LNM, que exige una negociación separada de la subrogación en el acuerdo de jurisdicción, y el régimen de prórroga de la jurisdicción del art. 25 Bruselas I-bis. Como señala acertadamente el TJUE (ap. 59 de la sentencia) la aplicación de este precepto dependerá de que el Derecho español sea el aplicable a la subrogación en los derechos y obligaciones recogidos en el conocimiento de embarque. En ese escenario la conclusión del tribunal es negativa, entendiendo que se trata de una norma incompatible con el Derecho europeo. Esta conclusión muestra, no obstante, ciertos déficits en su presentación.

La sentencia declara incompatible esa norma nacional con el Derecho derivado de la UE a través de una oportuna invocación de la necesidad de preservar la eficacia del ordenamiento europeo (ap. 65 de la sentencia), dando a entender que el art. 251 LNM pondría en entredicho la efectividad real de los acuerdos de jurisdicción. Sin embargo, lo hace poco después de señalar que la cuestión de la transmisibilidad de la cláusula no está regulada por lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis (ap. 47 de la sentencia). Ambas posiciones son compatibles, pero pueden aparentar ser contradictorias: si el ordenamiento nacional puede determinar si se produce o no la transmisión de todas las obligaciones inherentes al contrato por la transmisión del conocimiento de embarque, eso incluye establecer excepciones o límites, como puede entenderse que hace el art. 251 LNM con los acuerdos de jurisdicción. Esa aparente contradicción es especialmente visible tras una lectura continuada de los aps. 56 a 60 de la sentencia, en los que el TJUE parece decir una cosa: que el Derecho español establece una excepción a la subrogación, posibilidad que había sido reconocida de forma implícita a todos los derechos nacionales lo que parece asumir implícitamente la existencia de resultados divergentes en la materia; y, acto seguido, la contraria: que dicha excepción no es acorde al Derecho de la UE, pese a que se había señalado en el ap. 47 que ese precepto no regula la cuestión.

Esa aparente contradicción es salvable tomando en consideración el carácter separado de la cláusula respecto del resto del contrato en el que se haya inserta, entendiendo que la reflexión contenida en el ap. 57 de la sentencia se refiere a las obligaciones propias del contrato de transporte, y que la cláusula ha de seguir el camino de ese conjunto, no pudiendo ser excepcionada por separado, lo que supondría además una ampliación de derechos del adquirente subsiguiente respecto del precedente, posibilidad que el propio TJUE se encarga de señalar como inaceptable. Sin embargo, ninguna referencia a ese posible razonamiento se hace en la sentencia, sino que debe ser inferido, resultando en una simplificación que da lugar a una explicación escasa y confusa de la causa de incompatibilidad del art. 251 LNM con el art. 25 Bruselas I bis.

4. En resumen, esta nueva resolución del TJUE viene a completar su doctrina respecto de la oponibilidad frente a terceros de los acuerdos de jurisdicción insertos en conocimientos de embarque sin variar su esencia: la cláusula es oponible si el tercero que adquiere el título se subroga en todos los derechos y obligaciones del transmitente, y dicha subrogación se evaluará conforme al Derecho designado por las normas de conflicto del ordenamiento nacional del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Las dos aportaciones que realiza la

sentencia no vienen a resolver el problema de fondo, que es la de la ausencia de una norma de conflicto común para esa cuestión, sino que, incluso, añaden confusión respecto de los límites de la potestad de los Estados miembros para legislar materialmente respecto del alcance de la subrogación.

José NÚÑEZ CERVIÑO*

28. LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS DEBEN DISFRUTAR DE LAS MISMAS VENTAJAS SOCIALES QUE LOS TRABAJADORES RESIDENTES (STJ 3^a 16 mayo 2024, as. C-27/23: *Hocinx*)

29. DERECHOS DE LOS PASAJEROS AÉREOS: LA FALTA DE PERSONAL AEROPORTUARIO PARA LA CARGA DE EQUIPAJES QUE CAUSÓ UN (STJ 9^a 16 mayo 2024, as. C-405/23: *Touristic Aviation Services*)

30. CONCEPTO DE DOMICILIO EN UN PROCESO MONITORIO, RESPECTO A UN NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO CUYA DIRECCIÓN PERMANENTE SE HALLA EN DICHO ESTADO MIEMBRO MIENTRAS QUE SU DIRECCIÓN ACTUAL SE HALLA EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 4^a 16 mayo 2024, as. C-222/23: *Toplofikatsia Sofia EAD*)

Observaciones: 1. En esta sentencia se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal búlgaro que pregunta al TJUE si puede fundar su competencia, para realizar un requerimiento de pago en un procedimiento monitorio, en el concepto de domicilio ofrecida por la normativa interna. Las dudas que asaltan al tribunal nacional se fundan en la existencia de una norma que obliga a todos los nacionales a tener una dirección permanente en Bulgaria –que no tiene por qué coincidir con la dirección actual– inscrita en el registro de habitantes, hasta el punto de que, si por residir fuera carecen de ella, se les asigna una de oficio en el registro de la ciudad de Sofía. El tribunal tiene dudas puesto que el requerido comunicó a las autoridades una dirección en otro Estado miembro, sin poder detallar todos los datos al impedirlo el derecho búlgaro.

2. Dada la importancia que en el sistema del RBI bis tiene el concepto de “domicilio” como criterio general de conexión que permite determinar la competencia internacional con independencia de la nacionalidad, el TJUE se ve obligado a analizarlo de nuevo en esta sentencia.

3. Si bien el TJUE parte de la premisa que los estados miembros son competentes para determinar el domicilio de una persona física según su propio derecho (ap. 54), recuerda a continuación que las normas procesales de un Estado miembro no pueden menoscabar la eficacia del régimen previsto en el Reglamento (STJ de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C-420/07, EU:C:2009:271). En este sentido, considera que el hecho de que se presume que los nacionales búlgaros siempre tienen su domicilio en Bulgaria –al equipararse la noción de domicilio con la dirección permanente– hace inoperante el régimen previsto en el art. 4.1º RBIbis al producirse, de facto, su sustitución por el criterio de la nacionalidad (ap. 60) conduciendo a la inaplicación del régimen pergeñado por el Reglamento. Sobre todo, porque en el asunto que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, existía la presunción de que el deudor tenía su residencia habitual en otro Estado miembro puesto que lo había notificado al correspondiente registro. Es por este motivo por el que concluye que la dicha normativa nacional es contraria al derecho de la Unión europea.

* Doctorando de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

4. Ahora bien, aunque la competencia de los tribunales búlgaros no pudiese fundarse en el domicilio del demandado, nada impide que su competencia derive, de conformidad con el art. 5 ap. 1º RBI bis, de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del Capítulo II de dicho Reglamento en las que se contienen normas de competencia especial en determinadas materias. Sólo en estos casos, se permite que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tengan competencia internacional para conocer de un asunto contra un demandado que está domiciliado en el territorio de otro Estado miembro.

5. En segundo lugar, el tribunal proponente plantea al TJUE si, para el caso en el que se pudiese fundar su competencia internacional en otro de los fueros establecidos en el RBI bis y, por tanto, procediese realizar el requerimiento de pago, para poder efectuar la notificación a la que está obligado sería de aplicación el art. 7 del Reglamento 2020/1784, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”), con el objeto de averiguar la dirección del deudor que se presume reside en otro Estado miembro.

6. La aplicación del Reglamento 2020/1784, exige que se trate de documentos judiciales o extrajudiciales, que tengan naturaleza civil y mercantil y que tengan que ser trasladados o notificados transfronterizamente. Aunque el Reglamento no incluye una definición de lo que deba entenderse por el carácter transfronterizo, la jurisprudencia del TJUE (STJ 19 de diciembre de 2012, asunto C-325/11, *Alder*, EU:C:2012:824) ha sido clara al establecer que la determinación de la situación transfronteriza se producía por el hecho de tener que transmitir o trasladar un documento a otro Estado miembro, excluyendo expresamente que la decisión de la aplicación del Reglamento quedase en manos de los Estados al prohibir la remisión a la *lex fori* para la determinación de la situación transfronteriza. Por otro lado, el propio Reglamento recoge sólo dos situaciones que excluyen su aplicación: que el domicilio del destinatario sea desconocido o que el destinatario hubiese designado un representante en el Estado del foro para recibir las notificaciones.

7. La sentencia concluye que –partiendo de que el órgano jurisdiccional remitente considera que es competente con base en las reglas espaciales de la sección 2 a 7 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, y que puede realizar el requerimiento de pago frente a un deudor domiciliado en el territorio de otro Estado miembro– procede la aplicación del Reglamento 2020/1784. Efectivamente nos encontramos ante el ámbito material de aplicación del Reglamento y no concurre ninguna de las circunstancias que lo excluyen (el desconocimiento del domicilio o lugar de residencia habitual del destinatario o el nombramiento de un representante legal) por lo que se avala la procedencia de la aplicación de dicho instrumento para averiguar la dirección del requerido.

8. La búsqueda de la dirección del requerido no opera, en este momento, para fundar la competencia del tribunal, sino para favorecer el derecho de defensa de la parte pasiva del proceso y garantizar el reconocimiento de la resolución que se pueda llegar a dictar. En efecto, para que exista una lesión del orden público que justifique la denegación del reconocimiento de una resolución en la Unión Europea no es suficiente con la falta de personación del demandado, sino que, además, es preciso que el tribunal requerido verifique que existió una indefensión material y no meramente formal. Es por ello por lo que las notificaciones ficticias –aquellas que son formalmente correctas, pero que materialmente no llegan a su destinatario– no se admiten. Ahora bien, para la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento 2020/1784 en cuanto a la notificación de resoluciones judiciales, es imprescindible que la dirección para la notificación no sea desconocida. Es por ello por lo que, el art. 7 del mencionado Reglamento impone la obligación de asistencia entre Estados para la búsqueda de dicha dirección.

8. Así pues, el art. 7 del Reglamento 2020/1784 articula tres sistemas de colaboración consistentes bien, en designar autoridades a las que los organismos transmisores puedan dirigir solicitudes para determinar la dirección de la persona a la que haya de notificarse o

trasladarse el documento; bien permitir que personas de otros Estados miembros presenten solicitudes de información, o, bien, proporcionar información detallada a través del Portal europeo e-justicia sobre cómo encontrar direcciones de las personas a la que ha de notificarse o trasladarse el documento.

9. En el asunto del que trae causa la cuestión prejudicial se contaba con el dato del Estado miembro en el que el deudor tenía su domicilio por lo que resulta aplicable cualquiera de los mecanismos previstos en el art. 7 del Reglamento 2020/1784. No entra el TJUE en el análisis de cada uno de ellos.

Milagros LÓPEZ GIL*

31. SITUACIONES DE LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD EN EL REGLAMENTO (CE) N° 4/2009 SOBRE MATERIA DE OBLIGACIONES DE ALIMENTOS (STJ 9^a 6 junio 2024 asunto C-381/23: ZO y JS)

Observaciones: 1. Se cuestiona la posible existencia de una situación de litispendencia del art. 12 Reglamento 4/2009 en cuanto a sus exigencias de identidad de partes y objeto (no de identidad de causa) en un caso de demanda primera ante el Tribunal de *première instance d'Eupen* (Bélgica) interpuesta por la madre de una menor que reclama al padre de la menor una indemnización por el alojamiento y la manutención de dicha menor frente a otra reclamación posterior, presentada ahora por esa menor ante el *Amtsgericht Mönchengladbach-Rheydt* (Alemania), por la que solicita, habiendo alcanzado la menor la mayoría de edad en este tiempo, el pago de una pensión alimenticia a su madre.

2. La operatividad del art. 12 Reglamento 4/2009 a efectos de litispendencia exige la concurrencia acumulativa de los requisitos de identidad de partes, objeto y causa, de interpretación autónoma.

3. Con independencia de la posición procesal que ocupe cada parte en ambos procesos (ap. 34; C-523/14, *Aannemingsbedrijf*, ap. 41), existirá identidad de partes cuando los participantes en los procesos paralelos de alimentos sean las mismas personas. Así sucede cuando los cónyuges discuten de su pensión alimenticia en el marco de un proceso de crisis matrimoniales o cuando eventualmente reclamen por los alimentos de los hijos (C-386/17, *Liberato*, siendo la esposa, no obstante, quien en ambos procesos reclamaba los alimentos para el hijo, actuando incorrectamente el Tribunal rumano, segundo). En otras situaciones, al menos formalmente, las partes no coinciden, como el caso que nos ocupa: mientras que el litigio ante el Tribunal de Eupen enfrenta a la madre y al padre de la menor, el litigio del que conoce el Tribunal alemán enfrenta a la menor y a su madre. Los distintos ordenamientos jurídicos recogen la posibilidad de que sean los mismos hijos los que actúen en su propio nombre a la hora de solicitar alimentos (arts. 203 y 203 *bis* Cc belga; en Derecho español, art. 93.2º Cc, arts. 143 y 142 Cc).

4. En principio, no existiría identidad de partes, más cuando nadie actúa en el proceso como mero representante procesal o subrogándose en la posición de una de las partes (C-351/96, *Drouot*, ap. 19), como sería la participación de un organismo público de prestaciones sociales legalmente subrogado en los derechos de tal acreedor, que no es el caso. Operaría, en consecuencia, la conexidad del art. 13 Reglamento 4/2009. No obstante, no parece ser ésta la opinión del TJUE, que, apoyándose en su jurisprudencia anterior del asunto *Drouot*, opta por un tratamiento más flexible de esta exigencia (ap. 36 y 37): consideración como una única e idéntica parte a efectos del art. 12 Reglamento 4/2009 en caso de tener un interés hasta tal punto idéntico e indissociable que una sentencia dictada contra una de esas partes pueda tener fuerza de cosa juzgada con respecto a la otra (ap. 37). Entiende que distintos procesos dirigidos

* Profesora Titular Derecho Procesal. Universidad de Málaga.

a la reclamación de alimentos de un menor pueden estar indisolublemente vinculados desde el momento en el que ambos procesos, aun cuando participen distintos actores, se hallan unidos íntimamente por el interés del menor afectado como acreedor de alimentos. Aplicando lo expuesto, de verificarce este interés idéntico e indisociable, y en tanto que ambos procesos se hallan dirigidos a la reclamación de alimentos de la menor, podría existir identidad de partes entre el proceso que enfrenta a madre de la menor frente al padre de la menor y aquel otro que enfrenta a la menor (ahora mayor de edad) frente a su madre (de otra opinión, Sent. BGB 9 octubre 1985, *IPRax*, 1987, p. 134: proceso de separación en Italia discutiendo alimentos de la hija común del matrimonio e hija reclamando estos alimentos en Alemania, en un caso en el que, ex Derecho italiano, la madre ejerce *ex iure proprio* el derecho a obtener alimentos para su hijo, no siendo una simple representante procesal; también, críticas vinculadas a la indefinición del interés idéntico e indisociable del asunto *Drouot*: evitar que un supuesto de pluralidad de partes con identidad de objeto y causa pueda re conducirse hacia otro de unidad de partes). A nuestro entender, no debería descartarse esta interpretación flexible. Primero, porque el TJUE reduce la indefinición del concepto de interés idéntico e indisociable al vincularlo al “interés del menor afectado como acreedor de alimentos” (ap. 37). Y, segundo, porque se ajusta a la teleología del art. 12 Reglamento 4/2009 vinculado a la evicción de decisiones inconciliables, especialmente relevante en materia de alimentos en tanto que, por sus características, resulta habitual la participación de distintas personas en nombre de un hijo menor de edad o un acreedor de alimentos, como uno u otro de sus progenitores o un organismo público de prestaciones sociales legalmente subrogado en los derechos de un concreto acreedor. No debe olvidarse que la estructura competencial del Reglamento 4/2009 facilita la participación de estas distintas personas (ap. 37 y 38): se ocupa de las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art. 1.1º Reglamento 4/2009), refiriéndose con frecuencia a los créditos alimenticios de un hijo menor de edad, ofertando un art. 3.c Reglamento 4/2009 que permite el ejercicio de una acción de alimentos en el marco accesorio de una acción relativa al estado de las personas (divorcio...), donde las partes son necesariamente los progenitores del menor afectado y en el que al menos uno de esos progenitores representa los intereses del menor en la acción de alimentos. Convence menos que el TJUE deje en manos del órgano jurisdiccional nacional asegurarse de la existencia de ese interés idéntico o indisociable, esto es, que los intereses de la hija demandante son tan indisociables de los de su padre, demandado ante el Tribunal belga, que una sentencia dictada en uno de estos procesos contra una de esas partes pueda tener fuerza de cosa juzgada frente a la otra parte: casa mal con el objetivo de interpretación autónoma de los requisitos de litispendencia del art. 12 Reglamento 4/2009.

5. Por lo que se refiere a la identidad de objeto, no se cuestiona respecto de reclamaciones realizadas con base en la misma petición formal: cuando las partes reclaman ante diferentes jurisdicciones alimentos entre sí en calidad de acreedor y/o deudor, o cuando una parte realiza la misma reclamación de alimentos ante una pluralidad de órganos jurisdiccionales (asunto *Liberato*: esposa reclama en Italia y en Rumanía la contribución del padre a los alimentos de su hijo en común). No es el caso del supuesto comentado, donde las reclamaciones vinculadas con la deuda alimenticia difieren: mientras que la menor, como acreedora de alimentos, reclama a la madre los alimentos que entiende que le corresponden, la madre solicita del padre de la menor una indemnización por el alojamiento y la manutención de dicha menor. La disparidad de peticiones no significa, no obstante, y en todo caso, la ausencia de identidad de objeto. La práctica del TJUE entiende su existencia no sólo a partir de la identidad formal de *petitum*, también en caso de peticiones opuestas que sustancialmente se excluyan: la identidad no vendría determinada por el *petitum* o la *causa petendi*, ni por la coincidencia del alcance de la cosa juzgada en ambas reclamaciones, sino por su sustancialidad, esto es, por el hecho de estar discutiendo esencialmente lo mismo a riesgo de alcanzar resoluciones inconciliables (en otra materia, C-144/86, *Gubisch*). Tampoco el caso que nos ocupa es un supuesto de identidad sustancial, habida cuenta de las pretensiones respectivas de los

demandantes en cada uno de los litigios (ap. 40; C-111/01, *Gantner*, ap. 25 y 26) deben tener la misma finalidad y éstas no la tienen (ap. 42; en otra materia, C-39/02, *Mærsk*). La madre reclama al padre ante el Tribunal de Eupen el reembolso de los gastos de alojamiento y manutención de su hija, soportados entre el 1/8/2017 y el 31/12/2018, mientras que la hija del matrimonio reclama frente a la madre, por su parte y ante el *Amtsgericht Mönchengladbach-Rheydt*, el pago en efectivo de una pensión alimenticia por el período comprendido entre el 1/11/2017 y una fecha no determinada, que puede ser perfectamente posterior al mes de noviembre de 2019, que el mes en el que la menor demandante en el litigio principal alcanzó la mayoría de edad. Son, por tanto, cuestiones diferentes: reclamación de una pensión alimenticia por un lado y, por otro, solicitud de indemnización por el alojamiento y la manutención de dicha menor. La solicitud de alimentos que pretende la menor respecto de su madre responde a la reclamación de aquella prestación establecida en la norma en relación con ciertos parientes o personas dirigida a paliar las necesidades económicas del acreedor (C-120/79, *De Cavel*; C-295/95, *Farrel*, ap. 14), mientras que lo que pretende la madre en su demanda frente al padre es una indemnización por el alojamiento y manutención de la hija del matrimonio que entiende que no le correspondían. Ahonda en esta ausencia de identidad el hecho de que no se refieran tampoco a un mismo período, esto es, las pretensiones de ambas partes demandantes no se solapan desde un punto de vista temporal (ap. 42).

6. La ausencia de identidad de objeto aleja la situación del ámbito de la litispendencia para ubicarla en el de la conexidad, siempre que las demandas en cuestión, referidas de manera genérica al pago de los alimentos, se hallen vinculadas entre sí por una relación lo suficientemente estrecha como para que puedan considerarse conexas (art. 13.3 Reglamento 4/2009). De entenderlo así, el órgano jurisdiccional ante el que haya presentado la segunda de las reclamaciones, y de acuerdo con las exigencias de este artículo, podría suspender el proceso (aps. 43 y 44).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ*

32. CONDENA A HUNGRÍA POR NO HABER EJECUTADO UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA POR LA QUE SE DECLARA UN INCUMPLIMIENTO POR NO CUMPLIR CON LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (STJ 4^a 13 junio 2024, as. C-123/22: *Comisión/Hungría*)

33. EXENCIÓN DE LA COMPENSACIÓN A LOS PASAJEROS EN CASO DE GRAN RETRASO O DE CANCELACIÓN DE UN VUELO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS (STJ 8^a 13 junio 2024, as.C-385/23: *Finnair Oyj*)

Observaciones: 1. El Reglamento (CE) nº 261/2004 sobre derechos de los pasajeros aéreos reconoce el derecho a una compensación a tanto alzado en determinadas circunstancias, para los casos de denegación de embarque, cancelación y —en virtud de su interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— gran retraso en la llegada. En las dos últimas situaciones, sin embargo, el transportista se ve exonerado si prueba que la cancelación o el retraso se deben a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables.

2. La sentencia *Finnair* parte de una cancelación que desemboca en una llegada tardía al destino final, con un retraso de veinte horas, motivada por un fallo técnico en el indicador del nivel de combustible. Las investigaciones posteriores permitieron conocer su causa, a saber, un vicio oculto de diseño que afectaba a todas las aeronaves del mismo tipo. Pues bien, el Tribunal de Justicia determina que un fallo técnico imprevisto e inédito que afecta a un nuevo

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

modelo de aeronave recientemente puesto en servicio —cinco meses antes de la avería— está comprendido en el concepto de circunstancias extraordinarias, cuando el fabricante de la aeronave reconoce con posterioridad a esa cancelación que el referido fallo se debió a un vicio oculto de diseño del que adolece la totalidad de las aeronaves del mismo tipo y que afecta a la seguridad del vuelo.

3. La noción de circunstancias extraordinarias debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en la medida en que constituye una excepción a una norma que tiene por objeto proteger a los pasajeros aéreos. Ahora bien, aunque este último sea el objetivo primordial, el Reglamento también pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses de pasajeros y transportistas. Así, la coherencia con el objetivo mencionado debe identificarse desde una perspectiva amplia. Una ilustración de este enfoque es que la posibilidad de exonerarse del pago de una compensación estandarizada, en casos excepcionales como el acaecido, hace que los transportistas no tengan incentivos para mantener vuelos operados por aeronaves que sufren un problema técnico no impeditorio. Con ello se favorece la seguridad del transporte aéreo.

4. Desde la STJUE *Wallentin-Hermann*, quedó claro que la mayoría de los problemas técnicos no son circunstancias extraordinarias en el sentido del Reglamento 261/2004. Sin embargo, la propia sentencia mantuvo que podían quedar englobadas en la noción ciertos eventos excepcionales. Entre ellos, los daños causados a las aeronaves por actos de sabotaje o de terrorismo, y los problemas técnicos derivados de vicios ocultos de fabricación que no son revelados por el fabricante o una autoridad competente hasta un momento posterior al de la puesta en servicio de la aeronave. El Tribunal de Justicia confirma ahora esta lectura del Reglamento. Para ello, mantiene los dos criterios tradicionales que servían para caracterizar el concepto de circunstancias extraordinarias: evento de carácter no inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista, y que escapa (totalmente) de su control efectivo. Pero, además, añade la distinción entre factores internos y externos que, desarrollada progresiva e implícitamente, se consagró en 2021 con la STJUE *Airhelp* (C-28/20). Desde entonces, la distinción estaba bastante vinculada a la ausencia de control, pero en *Finnair* parece cobrar una nueva dimensión, más transversal y con incidencia sobre el otro factor del enfoque clásico dual.

5. Frente a los problemas técnicos y averías, que son inherentes a la actividad de un transportista aéreo debido a la complejidad y sofisticación tecnológicas de las aeronaves con las que operan, los vicios ocultos de diseño se sitúan en otro plano. El TJUE no explica de manera detallada el porqué. La habitualidad, que parecería subyacer en ciertos pasajes, no es un factor que deba considerarse. En realidad, la clave podría situarse en el carácter externo o interno al transportista. Así, un problema técnico regular o usual, aun cuando no sea previsible ni evitable, de alguna manera se encuentra en la esfera de riesgo del prestador del servicio de transporte. No sucede así cuando aparece un elemento ajeno a él, como una actividad de sabotaje o un defecto de fabricación. Conectada con esta última idea aparece la ausencia de control por parte del transportista. En relación con los problemas técnicos y averías, no cabría decir que escapan totalmente a dicho control, tal y como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si lo harían los eventos con un componente exterior o más alejado, entre los que se encuentran los defectos de fabricación: el transportista no ha intervenido en este proceso, y no tiene la capacidad de detectar y subsanar percances de semejante naturaleza. En definitiva, la distinción entre factores internos y externos inspira la valoración con respecto a los dos criterios clásicos, y la gran interrelación existente resulta en un análisis de carácter global que, por motivos obvios, no puede evitar en ocasiones un cierto grado de circularidad.

6. Hay una cuestión que no queda resuelta en la sentencia *Finnair*. Se trata de saber si, para que constituya una circunstancia extraordinaria, el vicio de diseño debe afectar a todos los aviones del mismo tipo, o si basta con que afecte a la aeronave concreta con la que se pretendía hacer el vuelo cancelado o retrasado. En la referida sentencia, el fallo menciona esa afectación

total, pero esto podría ser —y creo que así sucede— una simple descripción de la situación fáctica de partida. En otra sentencia dictada el mismo día, *D. (Vicio de diseño del motor)*, también se identifica un vicio oculto de diseño y se constata que afectaba a todos los motores del mismo tipo; pero en el fallo no se alude a este hecho a la hora de calificarlo como una circunstancia extraordinaria. En esta última sentencia, no obstante, el defecto se había descubierto varios meses antes del vuelo afectado, y la aeronave había continuado operando porque el fabricante no había recomendado lo contrario, al no poder saberse si el vicio desembocaría en una avería efectiva en algún momento o no.

7. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que, para exonerarse del pago de la compensación estandarizada prevista en el Reglamento 261/2004, no basta con que la cancelación o retraso se deban a circunstancias extraordinarias. También es preciso que, en el momento de la disruptión, el transportista aéreo haya adoptado “todas las medidas razonables”. Es decir, que haya utilizado todos los recursos —materiales y personales— de los que disponía para evitar que aquella desembocase en una cancelación o gran retraso; con el límite de que al transportista no se le exige que haga sacrificios insoportables en relación con sus capacidades técnica y patrimonial en el momento de referencia. Es más, al transportista se le exigen no solo medidas reactivas, sino también de carácter preventivo (STJUE *Eglītis y Ratnieks*), aunque en la STJUE *Finnair* esto no se plantea porque, como es lógico, no puede exigírsele que anticipé el riesgo de un vicio oculto de diseño de todas y cada una de las piezas de la aeronave. Por el contrario, cuando el fabricante o una autoridad competente comunican la existencia de un vicio que podría traducirse en un problema técnico en un momento posterior, el transportista sí puede reaccionar y tomar las medidas que mitiguen el riesgo (STJUE *D. (Vicio de diseño del motor)*).

Ricardo PAZOS CASTRO*

34. LA CONCESIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO EN UN ESTADO MIEMBRO SE OPONE A LA EXTRADICIÓN DEL INTERESADO A SU PAÍS DE ORIGEN (STJ GS 18 junio 2024, as. C-352/22: *Generalstaatsanwaltschaft Hamm (Solicitud de extradición a Turquía de un refugiado)*)

35. POSIBILIDAD DE CONTROLAR LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS SUELTO EN EL MARCO DE UNA ACCIÓN COLECTIVA QUE COMPRENDA A TODO EL SISTEMA BANCARIO DE UN PAÍS (STJ 4^a 4 julio 2024, as. C-450/22: *Caixabank y otros*)

36. EL ART. 18 DEL REGLAMENTO 1215/2012 DETERMINA TANTO LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL COMO LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO EN UN VIAJE COMBINADO (STJ 2^a 29 julio 2024, asunto C-774/22, FTI *Touristik*)

El 15 de diciembre de 2021, JX, un particular domiciliado en Núremberg (Alemania), celebró un contrato de viaje combinado con FTI Touristik, una organizadora de viajes con domicilio social en Múnich (Alemania). La reserva de dicho viaje se realizó por medio de una agencia de viajes con domicilio en Núremberg que no es parte en el contrato ni es un establecimiento vinculado a FTI Touristik. Al considerar que no había sido suficientemente informado sobre los requisitos de entrada y los visados necesarios para su viaje al tercer Estado de que se trata, JX presentó una demanda de indemnización por daños y perjuicios por un importe de 1 499,86 euros ante el órgano jurisdiccional del lugar de su domicilio, a saber,

* Profesor Propio Adjunto. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. ORCID ID: 0000-0003-0547-5788.

el Amtsgericht Nürnberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Núremberg, Alemania). Según JX, la competencia territorial de este órgano jurisdiccional se deriva de los arts. 17 y 18 del Reglamento nº 1215/2012.

FTI Touristik alega la falta de competencia territorial del órgano jurisdiccional remitente y defiende que el Reglamento Buselas I no se aplica a situaciones meramente internas como la que es objeto del presente asunto, en la que el viajero y la organizadora de viajes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro. A su entender, ante una situación de esta naturaleza, no concurre el elemento de extranjería exigido para que el mencionado Reglamento sea aplicable. En estas circunstancias, el *Amtsgericht Nürnberg* (Tribunal de lo Civil y Penal de Núremberg) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia si el art. 18 del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que dicho precepto determina la competencia tanto internacional como territorial del órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuya demarcación judicial está domiciliado el consumidor cuando este somete al referido órgano jurisdiccional el litigio que lo enfrenta a una organizadora de viajes a raíz de la celebración de un contrato de viaje combinado y ambas partes contractuales tienen su domicilio en ese Estado miembro, pero el destino del viaje está situado en el extranjero.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia, el concepto de «extranjería» permite delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1215/2012 y su apreciación debe realizarse de manera idéntica, sin importar el carácter general o excepcional de la regla de competencia de que se trate. De todo lo anterior se infiere que un litigio relativo a un contrato de viaje está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1215/2012, incluso si ambas partes contratantes, a saber, el consumidor y su cocontratante, tienen su domicilio en el mismo Estado miembro, siempre que el destino del viaje esté situado en el extranjero.

Por lo que respecta a la cuestión de si el art. 18 del Reglamento nº 1215/2012 determina la competencia tanto internacional como territorial del órgano jurisdiccional de que se trate, del propio tenor del ap. 1 de dicho artículo se desprende que las reglas de competencia judicial que emplea esta disposición cuando la acción es entablada por un consumidor se refieren, por un lado, a «los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada [la otra] parte» y, por otro lado, al «órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor».

Considera el Tribunal de Justicia que la primera de las dos reglas así enunciadas se limita a conferir competencia internacional al sistema jurisdiccional del Estado designado, considerado en su conjunto, la segunda regla confiere directamente competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar del domicilio del consumidor. Esta segunda regla determina no solo la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional en cuestión, sino también su competencia territorial, designando directamente un órgano jurisdiccional concreto dentro de un Estado miembro, sin remitirse a las normas de reparto de la competencia territorial vigentes en ese Estado miembro. Esta interpretación tiene refrendo, en opinión del Tribunal de Justicia, en los objetivos perseguidos por las disposiciones del art. 18 del Reglamento nº 1215/2012. En efecto, como se desprende del considerando 18 del citado Reglamento, el ámbito de los contratos celebrados por los consumidores se caracteriza por cierto desequilibrio entre las partes que las disposiciones del art. 18 de aquel pretenden corregir estableciendo, en favor de la parte más débil, reglas de determinación de la competencia judicial más favorables a sus intereses que las reglas generales.

Considera el Tribunal de Justicia que la regla especial de competencia contemplada en el art. 18 del Reglamento nº 1215/2012 tiene por objeto garantizar que la parte más débil que pretende demandar a la parte más fuerte pueda hacerlo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro fácilmente accesible. Esta regla protege al consumidor facilitando el acceso a la justicia y muestra la preocupación del legislador de la Unión de que el consumidor pudiera verse disuadido de emprender una acción judicial si el órgano jurisdiccional competente, aun encontrándose en el Estado miembro donde vive, no fuera el de su domicilio.

Por consiguiente, el art. 18 del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que dicho precepto determina la competencia tanto internacional como territorial del órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuya demarcación judicial está domiciliado el consumidor cuando este somete al referido órgano jurisdiccional el litigio que lo enfrenta a una organizadora de viajes a raíz de la celebración de un contrato de viaje combinado y ambas partes contractuales tienen su domicilio en ese Estado miembro, pero el destino del viaje está situado en el extranjero.

37. DIAGNOSIS DEL COMPONENTE “INTERNACIONAL” DIMANANTE DE UN CONTRATO DE VIAJE COMBINADO CON PARTES DOMICILIADAS EN IDÉNTICO ESTADO MIEMBRO (STJ 2ª 29 julio 2024: as. C-774/22: FTI Touristik JX y FTI)

Observaciones. 1. La internacionalidad de una situación privada internacional puede venir dada o bien, por elementos personales o subjetivos referidos a las partes o bien, por los aspectos objetivos de la relación jurídica internacional. En principio, todas las situaciones privadas que incluyen un rasgo de extranjería constituyen el objeto del Derecho internacional privado cualquiera que sea su relevancia en tanto que el factor internacional sea susceptible de modulación. Magna fundamentación ofrecida por J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 13ª ed., Madrid, Civitas, 2024, pp. 25–26. Teniendo en cuenta lo expuesto, el asunto objeto de este estudio presenta ciertos desafíos en torno al carácter “internacional” al objeto de aplicar el Reglamento (UE) 1215/2012. A este respecto, el único vector de “extranjería” resulta ser el destino del vuelo cuya razón de ser emerge de un contrato de viaje combinado celebrado entre D. JX, con domicilio en Alemania y la compañía FTI Touristik, con domicilio en idéntico Estado miembro.

2. Así las cosas, conviene conocer las líneas básicas de la situación fáctica resultante del litigio en cuestión. A finales del año 2021 la parte demandante, el Sr. JX con domiciliado en Núremberg (Alemania) y, en su condición de particular celebró un contrato de viaje combinado con la empresa FTI Touristik cuyo domicilio social se sitúa en Múnich (Alemania). El fundamento de la *litis* queda sustentado en la escasez de información recibida por el consumidor acerca de los requisitos de entrada y, por consiguiente, la necesidad de poseer visado en vigor para poder acceder legalmente a un tercer Estado, dicho sea de paso, no especificado en el pronunciamiento. Dadas las circunstancias, JX presentó una demanda de indemnización por daños y perjuicios por un importe de 1.499,86 euros ante el órgano jurisdiccional del lugar de su domicilio bajo los auspicios del foro del art. 18 Reglamento (UE) 1215/2012 pues, según esta parte la competencia territorial de tal órgano jurisdiccional queda suficientemente probada a la luz de la norma indicada. Ahora bien, la parte demandada alega ausencia de competencia territorial de dicho tribunal en tanto en cuanto el Reglamento *supra* mencionado no se aplica a situaciones meramente internas ya que, el viajero y la organizadora de viajes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro. Por ende, ante una situación de inexistencia del ingrediente “extranjería” exigido por el Reglamento (UE) 1215/2012 occasionaría su inaplicación.

3. La intrincada cuestión de justificar la puesta en escena del elemento internacional ha quedado apuntada en determinados asuntos del Alto Tribunal Europeo. A saber, en su paradigmática STJ 14 de noviembre de 2013, asunto C-478/12, *Maletic*, EU:C:2013:735, el Tribunal entendió que, el carácter internacional de la relación jurídica no tiene que derivar necesariamente de que, debido al fondo del litigio o al domicilio respectivo de las partes, estén implicados varios Estados contratantes. Sobre este particular, resulta clave tener en consideración que, su interpretación requiere no solamente atender al tenor de la disposición de que se trate, sino situar el contexto en el que se inscribe, así como los objetivos que persigue el acto del que forma parte. De tal forma, ha quedado latente en el asunto C-24/19, de 25 de junio de 2020, *A y otros*: EU:C:2020:503. Incluso, ha de tenerse en

consideración que, la génesis de una disposición de Derecho de la Unión también puede revelar catalizadores pertinentes para su interpretación. De este modo, queda aseverado en la archiconocida STJ 9 de octubre de 2019, asunto C-548/18, *BGL BNP Paribas*, EU:C:2019:848. En esta misma línea, a la luz del asunto C-566/22, de 8 de febrero de 2024, *Inkreal*, EU:C:2024:123 el Juez europeo precisa que el pacto expreso de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto al que están establecidas las partes contratantes demuestra, por sí misma, la incidencia transfronteriza del litigio principal. Paralelamente, el Tribunal luxemburgués va más allá, al afirmar que, presenta una dimensión transfronteriza la existencia de un derecho legítimo sobre invenciones –materia exclusiva del Reglamento (UE) 1215/2012– situado en el territorio de un país tercero tal y como queda descrito en la STJ 8 de septiembre de 2022, asunto C-399/21, *IRnova*, EU:C:2022:648.

4. En vista de lo expuesto, llamativamente procede advertir que el Reglamento (UE) 1215/2012 en sus considerandos 3 y 26 evoca las expresiones “materia civil con repercusiones transfronterizas” y “litigios transfronterizos” pero no brindar una definición del componente de extranjería cuya existencia condiciona, sin duda, la aplicabilidad del Reglamento (UE) 1215/2012. Sobre este particular se hace eco la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-280/20, *Generalno konsulstvo na Republika Bulgaria*, EU:C:2021:443. Sea como fuere, la espina dorsal sobre la que se afianza el asunto *FTI Touristik* habita en el rico planteamiento de concebir que, en los litigios derivados de obligaciones contractuales cuyo cumplimiento deba llevarse, o bien en un tercer Estado, o bien en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que las dos partes tienen su domicilio, alcanza, evidentemente, la exigencia del “factor de extranjería” preceptivo e incuestionablemente para que el litigio quede comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE)1215/2012.

5. La controversia suscitada se enmarca en la Sección 4^a, del Capítulo II, del Reglamento (UE) 1215/2012 “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores” toda vez que, la relación contractual se ajusta al conjunto de los severos requisitos regulados por su art. 17.1º. Cabe recordar que, el foro de competencia recogido en su art. 18.1º –el consumidor ocupa la posición de demandante en el proceso– instituye la regla procesal “con independencia del domicilio de la otra parte”, de modo que, los consumidores pueden invocarla frente a profesionales domiciliados no solo en otros Estados miembros, sino también en el mismo Estado miembro que el del domicilio del consumidor. Es decir, no todo contrato en el que participa un eventual consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012. El engranaje procesal diseñado por la norma europea se apoya en la desigualdad axiomática entre consumidor y empresario. Así pues, para lograr un cierto equilibrio en las posiciones de las partes, la política de protección de los consumidores en este sector conduce, de un lado, a la posibilidad de que se abra un foro próximo a los mismos y, por otro lado, se limitan los efectos de las cláusulas de sumisión a favor de los tribunales de un Estado que, con frecuencia, son impuestas por el empresario como parte fuerte en el contrato. Esta protección jurisdiccional tiene su verdadero fundamento en que la mayoría de los contratos de consumo constituyen “fórmulas de adhesión”. Ello conlleva, como efecto directo, la escasa o nula negociación de las diversas cláusulas que puede contener el mismo, entre las que suele detectarse la sumisión a determinados tribunales, lógicamente dónde está radicado el empresario o su actividad empresarial.

6. En definitiva, no se debe ignorar la situación de especial fragilidad en la que se encuentra el consumidor transfronterizo derivándose la necesidad de un sistema específico de protección. Realmente, en él concurren muchos ingredientes que agravan la desigualdad que, por naturaleza, caracteriza a la relación que entabla con el empresario; estos aspectos derivan, en cierta medida, de la complejidad de las relaciones jurídicas y circunstancias que se generan en este ámbito y, además del hecho de que el cumplimiento de las prestaciones pactadas se produzca fuera del lugar de origen. De este modo, perder de vista que el consumidor presenta unas características particulares convirtiéndole en una parte especialmente necesitada de

tutela legal, se torna como craso error. En cualquier caso, el progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación, pero, por el momento, en la UE no es previsible la desaparición de los Derechos contractuales nacionales, manteniéndose la diversidad jurídica en este sector como una característica inherente a este modelo de integración. Con todo, en una economía europea eficiente e integrada, como es el mercado interior, los consumidores necesitan tener garantías de que sus derechos estarán protegidos ante el surgimiento de eventuales obstáculos en la adquisición de bienes o servicios en otros países del espacio judicial europeo. Cabe concluir que, en el asunto C-774/22, a pesar de que el consumidor y su cocontratante cuentan con su domicilio en el mismo Estado miembro, el destino del viaje se sitúa en el extranjero. Este último ítem ha de ser considerando el objeto del contrato de viaje combinado ocasionando el afloramiento del elemento internacional. De manera insoslayable, la implementación del Reglamento (UE) 1215/2012 cobra pleno sentido, por cuanto su misión radica en proveer el foro de protección a la parte débil, otorgando la competencia territorial al órgano del Estado miembro donde está situado su domicilio y, con ello se da cumplimiento al sacro principio *pro consumatore* en el contexto *internacional privatista* donde impone el pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la unidad de mercado.

David CARRIZO AGUADO*

38. PROHIBICIÓN DE PRESTAR, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SERVICIOS DE ASESORAMIENTO JURÍDICO AL GOBIERNO DE RUSIA O A PERSONAS JURÍDICAS, ENTIDADES U ORGANISMOS ESTABLECIDOS EN RUSIA: AUTENTICACIÓN Y EJECUCIÓN POR UN NOTARIO DE UN CONTRATO DE COMPROVANTERA DE UN BIEN INMUEBLE (STJ 2^a 5 septiembre 2024, asunto C-109/23: *Jemerak*)

Un notario en Berlín (Alemania) se negó a autenticar un contrato de compraventa relativo a un apartamento situado en dicha ciudad y propiedad de una sociedad rusa. A su juicio, no puede excluirse que dicha autenticación infrinja la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico a personas jurídicas establecidas en Rusia. La Unión Europea estableció esta prohibición general en 2022 con el fin de aumentar la presión sobre Rusia para que pusiera fin a su guerra contra Ucrania. El Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Berlín solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre esta cuestión.

El Tribunal de Justicia responde que la autenticación de un contrato de compraventa de un bien inmueble, propiedad de una persona jurídica establecida en Rusia, no está comprendida en la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico. Mediante la autenticación, el notario realiza, de manera independiente e imparcial, una función de servicio público que le encomienda el Estado. Más allá de esta autenticación, no parece que preste un asesoramiento jurídico destinado a promover los intereses específicos de las partes. Además, tampoco parece que las tareas que un notario alemán lleva a cabo para ejecutar un contrato de compraventa autenticado de un bien inmueble (como la transferencia del importe del precio de la compraventa al vendedor, la cancelación de las cargas que gravan ese bien y la inscripción de la transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad) impliquen la prestación de asesoramiento jurídico. Por otro lado, un intérprete que asiste en una autenticación notarial no presta asesoramiento jurídico, por lo que sus servicios tampoco están comprendidos en dicha prohibición. De conformidad con el Tribunal de Justicia:

“56. (...) no parece que la autenticación, por un notario alemán, de un contrato de compraventa de un bien inmueble situado en Alemania propiedad de una persona jurídica

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Acreditado a la figura de Profesor Titular de Universidad (david.carrizo@unileon.es). Estudio realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado ULE «Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales» –EUROHIST.org– cuyo autor es el IP.

establecida en Rusia esté comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico, prevista en el art. 5 quindecies, ap. 2, del Reglamento n.º 833/2014.

57. En segundo lugar, al órgano jurisdiccional remitente le surgen dudas sobre si las tareas, contempladas en la legislación alemana, que el notario lleva a cabo para garantizar la ejecución de un contrato de compraventa autentificado de un bien inmueble situado en Alemania propiedad de una persona jurídica establecida en Rusia están incluidas en esa prohibición.

58. Según la resolución de remisión, estas tareas consisten, en particular, en garantizar la custodia y el pago del precio de la compraventa, en cancelar las cargas que gravan ese bien inmueble y en inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión de la propiedad de este.

59. Correspondrá al órgano jurisdiccional remitente apreciar, en relación con cada una de esas tareas, si implican la prestación por el notario de asesoramiento jurídico a las partes, conforme a la interpretación del concepto de 'servicios de asesoramiento jurídico' (...).

60. A este respecto, e, igualmente, sin perjuicio de la apreciación que en última instancia realice el órgano jurisdiccional remitente, no parece que las tareas de que se trata, impliquen la prestación, por parte del notario, de asesoramiento jurídico a las partes del contrato de compraventa de un bien inmueble.

61. En tercer y último lugar, las preguntas del órgano jurisdiccional remitente se refieren a los servicios de traducción prestados por un intérprete con ocasión de la autenticación de un contrato de compraventa de un bien inmueble situado en Alemania, propiedad de una persona jurídica establecida en Rusia, para asistir al representante de esa persona jurídica que no posee conocimientos suficientes de la lengua del procedimiento de autenticación.

62. Dado que la profesión de intérprete no es de naturaleza jurídica, los servicios de traducción prestados por un intérprete con ocasión de la autenticación de un documento no presentan las características de 'asesoramiento jurídico', entendido según el sentido habitual de la expresión, evocado en el ap. 38 de la presente sentencia, aun cuando la prestación de servicios de que se trate consista en asistir a un profesional del Derecho que actúe en un ámbito jurídico. Por otro lado, como se desprende del ap. 56 de la presente sentencia, no parece que la autenticación, por un notario alemán, de un documento de compraventa de un inmueble como el controvertido en el litigio principal esté comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico prevista en el art. 5 quindecies, ap. 2, del Reglamento n.º 833/2014. De ello se deduce que, al prestar servicios de traducción en el marco del procedimiento de autenticación notarial de un documento de esas características, para asistir al representante de esa persona jurídica que no posee conocimientos suficientes de la lengua del procedimiento de autenticación, el intérprete no le presta «servicios de asesoramiento jurídico» en el sentido de la referida disposición. Por lo tanto, estas últimas prestaciones a que se ha hecho referencia no están comprendidas en la prohibición establecida en la mencionada disposición.

63. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 5 quindecies, ap. 2, letra b), del Reglamento n.º 833/2014 debe interpretarse en el sentido de que

– ni la autenticación, por un notario de un Estado miembro, de un contrato de compraventa de un bien inmueble situado en el territorio de ese Estado miembro y propiedad de una persona jurídica establecida en Rusia,

– ni los actos de ejecución de dicho contrato autentificado llevados a cabo por el notario para la cancelación de las cargas que gravan el inmueble, el pago del precio de la compraventa al vendedor y la inscripción de la transmisión de la propiedad en el registro de la propiedad,

– ni los servicios de traducción prestados por un intérprete con ocasión de dicha autenticación para asistir al representante de esa persona jurídica que no posee conocimientos suficientes de la lengua del procedimiento de autenticación,

están comprendidos en la prohibición de prestar servicios de asesoramiento jurídico a dicha persona jurídica, prevista en esa disposición».

39. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL SUFRIDO POR LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DE UNA PERSONA FALLECIDA EN UN ACCIDENTE DE TRÁFICO DEBE SER DETERMINADA ATENDIENDO A CRITERIOS DE EQUIDAD (STJ 4^a 5 septiembre 2024, asunto C-86/23: *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*)

Observaciones: 1. Incluso en el seno de la Unión y en ámbitos objeto de normas de armonización, subsisten profundas diferencias entre las legislaciones nacionales en lo relativo a la determinación de los daños morales, lo que tiene importantes implicaciones en la litigación relativa a reclamaciones de responsabilidad que presentan conexiones con varios países. Un ejemplo significativo en relación con la indemnización por daños morales que puede concederse a familiares cercanos de víctimas de accidentes de tráfico, lo proporciona la comparación entre la situación en Alemania y en Bulgaria. Mientras que la legislación búlgara permite con carácter general conceder una indemnización por el dolor y el sufrimiento anímico padecidos por familiares cercanos de la persona fallecida, la legislación alemana sólo admite una indemnización en tales situaciones cuando el hecho dañoso haya causado un daño patológico a los familiares. En la práctica eso supone que en situaciones en las que típicamente ciertos familiares tienen derecho a recibir unos 60.000 euros de indemnización conforme a la legislación búlgara, en caso de resultar de aplicación la legislación alemana pueden no tener derecho a recibir indemnización alguna o a lo sumo unos 5.000 euros. Este contraste se encuentra en el origen de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II* (*vid. aps. 50–52*).

2. En el litigio principal ante los tribunales búlgaros, las reglas de conflicto armonizadas conducen a la aplicación del Derecho alemán. Los demandantes son los padres búlgaros y domiciliados en Bulgaria de la víctima búlgara del accidente acaecido en Alemania entre búlgaros establecidos en Alemania, estando el causante asegurado por una compañía alemana. Pese a la determinación de la ley alemana –lugar del accidente– como aplicable al fondo del asunto con base en el art. 4 del Reglamento Roma II, para los familiares demandantes resulta clave la eventual aplicación con carácter excepcional de las reglas búlgaras sobre indemnización del daño moral.

3. El litigio principal de este asunto va referido al mismo accidente de tráfico que se encontraba en el origen del litigio –que implicaba a otros familiares de la víctima–, que dio lugar a la STJUE de 15 de diciembre de 2022, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung, C-577/21, EU:C:2022:992*. Cabe recordar que en aquella ocasión el Tribunal de Justicia básicamente estableció que si bien de la Directiva 2009/103 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, deriva que la indemnización del daño moral sufrido por los familiares cercanos de las víctimas de accidentes de tráfico debe estar cubierta por un seguro obligatorio equivalente, como mínimo, a ciertos importes, esa Directiva no regula el alcance de la indemnización que debe concederse a tales víctimas indirectas sobre la base de la responsabilidad civil del asegurado, cuestión que sigue regida por el Derecho nacional.

4. Incluso en un marco en el que la determinación de la ley aplicable está en gran medida unificada entre los Estados miembros (como consecuencia del mencionado Reglamento Roma II –o, en su caso, el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera, conforme a lo dispuesto en el art. 28 RRII–), la subsistencia de diferencias tan profundas en las legislaciones nacionales sobre responsabilidad civil va unida

a elementos específicos de incertidumbre, en un contexto en el que no es extraño que la parte demandante pueda optar entre varios Estados miembros al presentar su demanda con base en lo dispuesto en el RBibis. En particular, esa incertidumbre se vincula con que ese contraste tan intenso puede reflejar que las legislaciones nacionales se basan en “concepciones totalmente diferentes por lo que respecta al derecho a indemnización” (ap. 51 de la sentencia ahora reseñada). A su vez, esa constatación se vincula a la eventual posibilidad de recurrir en estas situaciones a mecanismos excepcionales que distorsionan el normal funcionamiento de las reglas de DIPr destinadas a proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica en el marco de la Unión.

5. Tales mecanismos excepcionales son básicamente los vinculados a la consideración de algunas de esas normas como integrantes del “orden público internacional” del Estado miembro en cuestión. Se trata de una circunstancia que tiene importantes implicaciones, tanto en materia de ley aplicable –como consecuencia de la aplicación imperativa de la “leyes de policía” del foro (art. 16 RR II y también art. 9.2º RR I) y de los límites del orden público a la aplicación de normas extranjeras (arts. 26 RR II y 21 RR I)–, como eventualmente en materia de obstáculos a la libre circulación de resoluciones judiciales en el seno de la Unión (art. 45.1º.a RBibis).

6. Como es sabido, conforme al art. 16 RR II relativo a las “leyes de policía” –y equivalente del art. 7.2º RR I–, las reglas de conflicto del Reglamento “no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual.” Por consiguiente, en el litigio principal resulta clave concretar si las normas búlgaras relevantes tienen carácter de leyes de policía y su aplicación no debe verse afectada porque la ley aplicable al fondo conforme a las reglas de conflicto del Reglamento Roma II sea la alemana. En este contexto, la sentencia reseñada aborda ciertas cuestiones relativas a la eventual calificación de normas reguladoras de la indemnización del daño moral del Estado miembro del foro como leyes de policía a los efectos del art. 16 RR II (art. 7 RR I) y los condicionantes de su aplicación en tanto que excepción al normal funcionamiento de las normas armonizadas sobre ley aplicable. En general, la sentencia sigue muy de cerca los planteamientos del AG Szpunar en sus conclusiones (EU:C:2024:242).

7. Más allá de las implicaciones del carácter excepcional del mecanismo del art. 16 Reglamento Roma II y la consiguiente necesidad de aplicación restrictiva, aspectos destacados ya por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia previa sobre las leyes de policía; como primer elemento reseñable, la nueva sentencia subraya la exigencia, no recogida expresamente en el mencionado art. 16 (ni en el art. 9.2º Reglamento Roma I), de que la situación jurídica de que se trate “presente vínculos suficientemente estrechos con el Estado miembro del foro”, como presupuesto para que sus disposiciones de policía puedan resultar aplicables con base en el art. 16 RRII o 7.2º RRI (ap. 33 de la sentencia).

8. Ciertamente, en defecto de vínculos estrechos normalmente la aplicación excepcional de esas normas del foro no está justificada, ni siquiera desde la perspectiva del propio foro. Típicamente las leyes de policía tienen un ámbito de aplicación espacial limitado que se vincula con que tratan de proteger importantes intereses en relación con el Estado que las adopta, que normalmente no se verán afectados cuando la situación no tiene una conexión suficiente con el Estado en cuestión. Cabe recordar que la definición de “leyes de policía” incluye el que son normas cuya aplicación resulta exigible “a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación” (art. 9.1º RR I). No obstante, en el presente caso las normas cuya calificación como leyes de policía se plantea son normas civiles en materia de responsabilidad que no parecen incorporar expresamente criterios sobre su ámbito de aplicación territorial. Al valorar si concurre la conexión entre la situación y el país que las adopta requerida por el Tribunal resulta claro que esa conexión en principio no tiene que ser tan estrecha como la que el art. 9.3º R II exige cuando se trata de dar eficacia (en el ámbito contractual) a normas de terceros

Estados. Tampoco exige la nueva sentencia que la conexión con el foro sea más estrecha que con cualquier otro de los países con los que la situación esté conectada. Básicamente el Tribunal se limita en el ap. 36 de la sentencia a incluir una enumeración de los elementos relevantes en el litigio principal de cara a que el tribunal nacional valore si concurre la proximidad requerida, incluyendo la nacionalidad y residencia de los demandantes, de la víctima y del causante del accidente, así como el lugar del accidente y el establecimiento de la empresa aseguradora. El Tribunal de Justicia no aporta criterios acerca de la ponderación por el órgano nacional competente ponderar de si los vínculos son suficientemente a los efectos del art. 16 Reglamento Roma II.

9. Un segundo elemento destacable de la sentencia reseñada es el relativo a la interacción entre la posibilidad de aplicar las normas de policía del foro (en este caso, Bulgaria) y el contenido de la ley aplicable al fondo del asunto en virtud de las reglas de conflicto (en este supuesto la ley alemana). El Tribunal reafirma el carácter excepcional del art. 16 RR II (y art. 9.2º RR I), confirmando que junto con la comprobación de que el legislador nacional ha adoptado la norma en cuestión con la finalidad de proteger un interés que el Estado miembro de que se trate considera esencial, el órgano jurisdiccional debe identificar que concurren razones particularmente importantes que justifiquen su aplicación (ap. 40 de la sentencia reseñada con referencia a la sentencia *Da Silva Martins*). Además, el Tribunal destaca que el órgano jurisdiccional debe comprobar que la “aplicación de esa disposición es absolutamente necesaria para proteger el interés esencial de que se trate en el caso concreto” (ap. 42), de modo que no puede recurrir al art. 16 RR II “si el objetivo de protección del interés de que se trate perseguido por la disposición en cuestión de la ley del foro también puede alcanzarse mediante la aplicación de la ley designada en virtud de las normas de conflicto de leyes de dicho Reglamento” (ap. 43).

10. Se trata de un criterio que impone una comprobación adicional por el órgano nacional y contribuye a difuminar la distinción entre el mecanismo de la aplicación de las leyes de policía previsto en el art. 16 RR II y la excepción de orden público establecida en el art. 26 Reglamento Roma II (art. 21 RR I), según el cual solo puede excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento si tal aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. El resultado es coherente con la mención conjunta de los arts. 16 y 26 RR II en el considerando 32 de ese instrumento, como mecanismos de aplicación excepcional para la salvaguarda de intereses semejantes y que se encuentran íntimamente relacionados.

11. En tercer lugar, la sentencia también incluye precisiones acerca de la calificación de una norma nacional como “ley de policía” a los efectos de los arts. 16 RR II y 7 RR I. Cabe recordar que la definición de “ley de policía” en el art. 7.1 RR I –determinante también en relación con el art. 16 RR II– es “disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación...”. La cuestión controvertida en este asunto es si normas, como las relativas a responsabilidad civil, que protegen intereses individuales pueden ser calificadas como leyes de policía a esos efectos. El Tribunal de Justicia, a partir de la referencia en el considerando 32 del RR II a las normas sobre la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos, responde de manera afirmativa, si bien concluye que las normas nacionales dirigidas a proteger intereses individuales solo pueden ser aplicadas como leyes de policía cuando “la protección de los intereses individuales de una categoría de personas, perseguida por dichas disposiciones nacionales, corresponde a un interés público esencial que estas salvaguardan”, debiendo “acreditarse la existencia de una conexión suficiente con un interés público considerado esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro del foro” (ap. 46).

12. Con base en que corresponde a los órganos nacionales apreciar si la norma en cuestión reviste tal importancia en el ordenamiento jurídico nacional que justifica apartarse de la ley

designada de conformidad con el RR II y si concurren razones particularmente importantes que justifiquen su aplicación en el marco del art. 16, en relación con normas relativas a la evaluación de la indemnización de un daño, el Tribunal de Justicia se limita a poner de relieve que si bien tanto la legislación búlgara como la alemana parecen basarse en el "principio de equidad" (ap. 49), parece que ambas se basan en "en concepciones totalmente diferentes por lo que respecta al derecho a indemnización" (ap. 51). Cabe entender que esta constatación facilita que pueda tener lugar el recurso al art. 16 RR II, si bien el órgano búlgaro debe previamente determinar que la aplicación de la ley alemana no permite alcanzar en el caso concreto el objetivo de interés público esencial que pretende salvaguardar la norma búlgara en cuestión, según la cual el órgano jurisdiccional competente debe determinar la indemnización del daño moral atendiendo a criterios de equidad.

13. El Tribunal de Justicia no entra a valorar el objetivo de interés público esencial en cuestión ni impone límites específicos al respecto. Al margen de lo tratado en la sentencia, cabe poner de relieve que la apreciación de que los ordenamientos de los Estados miembros implicados se basan en "en concepciones totalmente diferentes por lo que respecta al derecho a indemnización" (ap. 51), más allá de la aplicación del art. 16 RR II, puede ser también relevante a los efectos de obstaculizar la libre circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros con base en el art. 45.1º.a) RBIBis, sin perjuicio de que el orden público como motivo de denegación del reconocimiento deba ser objeto de un análisis específico.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

40. RECONOCIMIENTO EN UN ESTADO MIEMBRO DEL CAMBIO DE NOMBRE Y DE GÉNERO EFECTUADOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ Gran Sala 4 octubre 2024, asunto C-4/23 *Mirin*)

Observaciones. 1. El tenor del fallo de la STJUE en el caso *Mirin*, objeto de este comentario, era previsible. Lo era por la trayectoria de la propia doctrina del TJ en asuntos vinculados al "estado civil" de las personas y la libre circulación consagrada por el art. 21 TFUE para los ciudadanos de la Unión. Sin duda los arts. 7 (respeto de la vida privada y familiar) y 45 (de nuevo, libertad de circulación y residencia) de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, apuntalaban la respuesta. Por último, la doctrina del TEDH sobre el art. 8 CEDH, que aparece en el razonamiento de forma accesoria, la hacían casi indefectible.

EL TJUE afirma que la "*normativa de un Estado miembro que no permite reconocer y anotar en el certificado de nacimiento de un nacional de ese Estado miembro el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en otro Estado miembro con ocasión del ejercicio de su libertad de circulación y de residencia...*" es contraria al Derecho de la Unión.

Digamos que la "novedad" de lo que intuimos a partir de *Coman* (C-673/16) y de *Pancharevo* (C-490/20) es el tema registral. Tema que en otras versiones lingüísticas aparece más claro que en la española: "*d'inscrire dans l'acte de naissance...*" dice la versión francesa; "*di annotare nell'atto di nascita...*", la italiana; "*inscrever no assento de nascimento...*", la portuguesa; "...*înscrierea în actul de naștere*", la rumana, lengua de procedimiento. El interesado, doble nacional rumano y británico que ha cambiado su nombre y su género en el Reino Unido, pide que se inscriba en el registro civil rumano su nuevo nombre, su nuevo género y su nuevo número de identificación personal (que en Rumanía se atribuye en función de los datos de nacimiento relativos al sexo y a la fecha de nacimiento). Y que se le proporcione un certificado de nacimiento con esas nuevas menciones.

La novedad no es menor, aunque creo que, en este caso, tan importante como la base jurídica descrita lo son las concretas circunstancias del supuesto y las concretas posibilidades

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

que el Derecho rumano proveía para ellas. Elevar a categoría el fallo, en lo que ataña a la obligación de inscribir en el registro civil los cambios de sexo/género acaecidos en otro Estado miembro, me parece excesivo. Yo diría que, aun después de esta sentencia, depende. En el caso concreto, la solución es correcta. Y lo es porque el cambio pedido era un cambio resultado de un proceso en Reino Unido que descarta cualquier posibilidad de tacha o fraude y, además, porque, en Rumanía, es posible en términos registrales. Se pedía que se cambiase el sexo inscrito femenino por el sexo declarado masculino. Y en el registro civil rumano, se pueden inscribir el sexo masculino y femenino y también los cambios de sexo. La negativa de las autoridades rumanas, alegando la necesidad de un nuevo procedimiento posiblemente más rígido, no se sostiene. Pero podría sostenerse en otros casos.

Dos cuestiones me parecen importantes al respecto. Cuestiones que están presentes en las conclusiones del Abogado General y que el TJUE soslaya. Por un lado, la importancia de la organización registral. Por otro, aunque vinculado con este, los efectos que pueda tener la inscripción sobre otras posibles inscripciones relativas a otras personas.

2. Vayamos con la primera. La organización de los registros públicos siempre ha sido uno de los ámbitos "más" reservados de los Estados miembros. Por ello quizá el Abogado General ha exhibido un discurso, si no ambiguo, sí dubitativo en relación con la obligación de inscripción del cambio de género en el registro civil rumano. Como he dicho, no había muchos problemas reales. Y sin embargo las conclusiones del Abogado General llegan a valorar *el reconocimiento sin inscripción*, limitado a la expedición de documentos identificativos (como en *Pancharevo*). Unas Conclusiones que parten de la necesidad de establecer límites "registrales" (puntos 92 ss), pero que claudican con unos límites que, a salvo lo que diré a continuación, realmente no lo son: el Abogado General considera que la inscripción se debe limitar únicamente al asiento de nacimiento del interesado: ¡pero si eso es realmente lo único que estaba en cuestión! Además, en todo el proceso no se hace alusión alguna a que estuviese casado o tuviera hijos y que el asiento de su nacimiento pudiera afectar a otros asientos.

Yo pienso que las cautelas expresadas por el Abogado General son perfectamente manejables, pero que, realmente, puede haber más límites. He hablado en otra ocasión de la "registrodependencia" en esta materia como un elemento negativo. Ahora lo haré como un mero dato, recordando la advertencia que entonces hice de distinguir la realidad y el registro y advirtiendo de los peligros de un "registrocentrismo" (para ambos aspectos en lugares distintos, véase "Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado", *La Ley Derecho de Familia, nº 30, de 1 de abril de 2021*). En un caso más complicado, por ejemplo, en uno en el que el cambio de género se hubiera producido en favor de un tercer o un cuarto género desconocido por la ley del Estado donde se pide la inscripción, y ajeno a la estructura de sus hojas registrales, ¿cabría fallar en el mismo sentido que la sentencia? ¿cabría decir que no inscribir el nuevo género "no binario" o un "no género" sería contrario al Derecho de la Unión? Tengo mis dudas al respecto. Obviamente la evolución de las distintas leyes en este ámbito es importante y, diría, prudente: todavía hoy no hay una multiplicidad de los géneros que una persona puede expresar (con efectos jurídicos) sobre sí misma, aunque sí pueda existir esa multiplicidad en cuanto a su identidad de género (lo que la persona siente). Pero lo cierto es que el alcance de la expresión de género (con autodeterminación o no) lo decide una ley, un ordenamiento jurídico, y lo decide de forma autónoma y potencialmente (más que potencialmente) diferente. No es más que la esencia del DIPr.

Llevando esta idea a un ejemplo real e ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 8 de junio de 2023 rechazó la inscripción del cambio de nombre y sexo operado por un nacional suizo en Alemania. El rechazo versó solamente sobre el cambio de género, no por una cuestión de orden público, sino por una cuestión estrechamente registral: el interesado pretendía que se eliminase la mención de su género en el registro civil suizo. En Suiza se inscriben los cambios de sexo (de masculino a femenino o viceversa) y de nombre. También

los acaecidos en el extranjero. Pero no las decisiones extranjeras sobre un tercer género ni la eliminación de información sobre el género. *“La transcription du nom dans les registres de l'état civil a lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres”*, dice el art. 40 de la Ley suiza de DIPr. Y su art. 40a declara aplicable tal regla al sexo de una persona. Es especialmente significativo que el Tribunal Federal afirme que la violación del orden público no necesita ser ni siquiera discutida, simplemente porque no se cumplen los requisitos para la inscripción o la eliminación de la inscripción de género. Probablemente también dice implícitamente (aunque esto es una interpretación personal) que no hay contrariedad con el orden público suizo en ese cambio de género. Que se reconoce (esto vuelvo a decirlo yo), pero que no se inscribe, por exigencias de la estructura (más rígida, y vuelvo a ser yo quien interpreta) y la llevanza del registro.

Pienso que este ejemplo es una llamada de atención sobre los problemas registrales que aumentarán cuando se pase de exigir que se trate o no se trate a uno como hombre o mujer a exigir que se le trate como tal o tal otra realidad que pueda definirse, por una ley extranjera, como “género”. Sin duda, es más fácil dejar en blanco un apartado del registro, o incluir uno nuevo genérico (“otro” “no binario”) que aceptar cualquier mención desconocida.

Y sin duda es más fácil actuar sobre otros registros u otros datos registrados que sobre el registro civil: la STS Andalucía 23 enero 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2023:792) acepta la constancia de sexo “indeterminado” en el Registro de Ciudadanos de la UE, respecto de un alemán; constata que así aparece también en los registros de sanidad de Andalucía, y asume la cautela de que “No se trata de que a los efectos del Registro Civil español conste como sexo una mención no admitida por la legislación reguladora del mismo como es el de ‘indeterminado’”.

3. La segunda cuestión se puede condensar en la propuesta que hacen las Conclusiones (y que obvia totalmente la Sentencia): “...el Derecho de la Unión no restringe la competencia de los Estados miembros para regular en su Derecho nacional los efectos de tal reconocimiento e inscripción sobre otros asientos del registro civil y en materia de estado de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación”. El Abogado General alerta de que un cambio de sexo de una persona puede determinar un cambio en el estatus de otra: que pasa de tener un esposo a tener una esposa; de tener un padre a tener una madre, o viceversa en ambos casos. Nada de lo que no nos hayamos hecho eco con anterioridad (“Una visión de las propuestas de regulación del género...”, cit., en el contexto de la nota 39), pero nada que dependa exclusivamente de la inscripción en el registro civil del cambio de género. Estos efectos potenciales se producen al margen de que el cambio esté inscrito o no, siempre que esté reconocido. No obstante, es cierto que la modificación registral afecta directamente al resto de las menciones que puedan existir en el mismo registro. La evidencia es inmediata, respecto, por ejemplo, del hijo inscrito sobre el que consta una persona como “padre”, que en otro asiento pasa a aparecer como de género femenino. De nuevo aquí confluyen las exigencias de la llevanza registral con lo que decidan unas u otras leyes aplicables y los derechos fundamentales de las personas implicadas. Un buen cóctel.

Pero, como digo, el problema se plantea tanto al margen del registro como dentro de él respecto de inscripciones presentes o *futuras*: se reconoce el cambio de género, se inscribe o no, y el interesado llega a ser progenitor de un nacido que ha de inscribirse con la mención potencial de padre o madre, sin que ello esté claro. La STEDH 4 de abril de 2023, *O.H. y G.H contra Alemania* (ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818) en un supuesto doméstico y la *Sentencia Kammergericht de 12 de enero de 2021* (), en uno internacional, son buenos ejemplos: en ambas, se considera que el cambio de género del progenitor no tiene por qué tener correspondencia registral con su naturaleza (padre/madre) respecto de la inscripción del nacido.

4. Por motivos de espacio, que no por ganas ni por ausencia de otras interesantes cuestiones por comentar, concluyo con una mera observación: la sentencia no hace ni una sola mención al “orden público” ni a la “identidad nacional”. Si en *Pancharovo* su tratamiento fue

superficial e indiferenciado, a pesar de las interesantes observaciones en las Conclusiones de la Abogada General, en *Mirin* ni siquiera existen.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

41. ACCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL RECONOCIMIENTO EN FRANCIA DE UNA CONDENA MANIFIESTAMENTE DESPROPORCIONADA A UN PERIÓDICO Y A UNO DE SUS PERIODISTAS POR MENOSCABO DE LA REPUTACIÓN DEL REAL MADRID (STJ GS 4 octubre 2024, as. C-633/22: *Real Madrid Club de Fútbol Libertad de expresión*)

Observaciones. 1. Dice el TJ que el reconocimiento en Francia de una resolución española que condene a un medio de difusión francés y a uno de sus periodistas al pago de dos indemnizaciones en concepto de daños morales a una persona jurídica (el Real Madrid C.F.) y a una persona física (uno de los médicos del club), "debe denegarse en la medida en que entraña la vulneración manifiesta de la libertad de prensa del art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales y, por ende, la violación del orden público del Estado miembro requerido [Francia]". Nada que objetar. La verdad es que cualquier pregunta que partiera de esa hipótesis (la hipótesis de una vulneración manifiesta de la libertad de prensa) conduciría a la misma respuesta. Es como si alguien pregunta si una sentencia extranjera que vulnera manifiestamente el derecho de tutela efectiva del demandado atenta contra el orden público español: parece que sí. La cuestión problemática, la de verdad, es saber cuándo nos encontramos ante una vulneración manifiesta de la libertad de prensa del art. 11 de la Carta y cuándo no. Y me temo que a la hora de aclararnos ese tema, el TJ ha escaqueado una respuesta convincente. Eso sí, lo ha hecho arropándose con un arsenal de precedentes del propio TJ y del TEDH que abruman. Mas todos ellos no alcanzan a arrojar la suficiente luz sobre cuándo, bajo qué circunstancias, existe esa "vulneración manifiesta de la libertad de prensa". Creo que el TJ, no obstante, se inclina a pensar que sí se ha producido en el caso contemplado. Pero no lo asegura tan tajantemente, como lo hizo el Abogado General en sus conclusiones. Siempre dentro de la construcción de hipótesis generalizables (y no resolviendo el caso de fondo) pero muy, muy apoyado al supuesto analizado, las interesantes, detalladas y profusamente documentadas conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar proponían que

"Existe tal vulneración [vulneración manifiesta de la libertad de prensa] cuando la ejecución de la resolución produce un *efecto disuasorio potencial* por lo que respecta a la participación en el debate sobre un asunto de interés general tanto para las personas a las que se ha impuesto la condena como para otras sociedades editoras de prensa y periodistas del Estado miembro requerido. Tal efecto disuasorio potencial se produce cuando la *suma total* que se ha de pagar es *manifestamente irrazonable* teniendo en cuenta la condición y la situación económica de la persona afectada. En el caso de un periodista, el efecto disuasorio potencial se produce, en particular, cuando esa suma corresponde a varias decenas de veces el salario mínimo del Estado miembro requerido. En el caso de la sociedad editora de un periódico, el efecto disuasorio potencial debe entenderse como una amenaza clara para el equilibrio financiero del periódico. El tribunal del Estado miembro requerido puede tener en cuenta la gravedad del acto dañoso y la magnitud del perjuicio solo para determinar si, a pesar del carácter *a priori* manifiestamente irrazonable de la suma total de una condena, esta es adecuada para contrarrestar los efectos de las declaraciones difamatorias" (los énfasis son añadidos).

2. El caso bien conocido comenzó con la publicación por el periódico *Le Monde* de un artículo, redactado por EE, periodista de su plantilla, en el que se afirmaba que el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona habían recurrido a los servicios de un también muy conocido

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

promotor de una red de dopaje en el ciclismo. El procedimiento judicial incoado en España por el Real Madrid y un profesional de su equipo médico concluyó con sentencia condenatoria, por vulneración del honor, en cuantía de 300000 euros a favor del Real Madrid y 30000 a favor del profesional. Las posteriores resoluciones, incluyendo la casación del Tribunal Supremo, ratificaron la sentencia de instancia. Por dos autos de 2014 un Juzgado de Madrid ordenó la ejecución de dichas cantidades con sus intereses y gastos. No nos consta que hubiera habido recurso ante el Tribunal Constitucional alegando violación de derecho alguno. Tampoco que el tema vaya a ser conocido por el TEDH (de hecho, el muy interesante comentario de F. Marchadier, "CJEU Clarifies the Influence of Fundamental Rights on the Operation of the Public Policy Exception", en el blog de <https://eapil.org/>, entrada de 19 de noviembre, apunta que no lo será, al haber sido inadmitido el recurso contra España).

Solicitada ejecución en Francia, a la inicial concesión (el marco jurídico fue el del Reglamento 44/2001), le siguió el recurso y el rechazo de la ejecución por considerar que sentencia y autos españoles eran manifiestamente contrarios al orden público francés.

En las cuestiones prejudiciales que la *Cour de cassation* eleva al TJUE ya se atisba uno de los elementos capitales, omnipresente en la resolución del TJ: cuatro de las siete preguntas se refieren al "efecto disuasorio" de la condena sobre la libertad de prensa en general y sobre los condenados en particular. En el cuerpo de las Conclusiones del Abogado general la idea (mejor dicho, la locución, ilustrando la idea) aparece cuarenta y tres veces.

3. La argumentación del TJ o, más bien, su exposición hasta llegar a su verdadera argumentación (a partir del ap. 66 –de 75) es aparentemente neutra. Con idas y venidas poniendo de manifiesto polos opuestos, de sobra conocidos, como puedan ser la confianza recíproca que gobierna todo el sistema Bruselas I, la consiguiente interpretación restrictiva de las causas de denegación del reconocimiento, especialmente el orden público, la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, la presunción de respeto equivalente de los derechos fundamentales en todos los Estados miembros y el reparto de "funciones" entre el Tribunal de Justicia y los Estados miembros en la definición de la operatividad del orden público. Un reparto amparado en la ya casi típica cláusula que apareció en la sentencia *Krombach* (STJ de 28 de marzo Asunto C-7/98) y que, a mi juicio, suena bien, pero no se corresponde con la realidad. Recordémosla: "*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada en otro Estado miembro*" (ap. 35 de la sentencia que reproduce, el ap. 23 de *Krombach*, donde solo cambia Estado contratante, por el actual Estado miembro). De hecho, tras *Krombach*, no pasaron más de dos meses para que el texto se quedase en una mera fórmula de estilo (STJ 11 de mayo de 2000, Asunto C-38/98, *Renault*). Las Conclusiones del abogado general son, en este sentido, más rotundas en la selección y enumeración de aquellos precedentes que, en su opinión, avalarían una respuesta más contundente para el caso concreto. Vamos, una respuesta que afirmase la concurrencia manifiesta del orden público (no se sabe muy bien si francés, europeo, o ambos).

Por otro lado, el TJ se afana en el análisis de la doctrina del TEDH sobre las situaciones en las que una injerencia vulnera manifiestamente en el derecho a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas (art. 11.1º de la Carta). La exposición de esta parte incide, muy especialmente, en cuándo una injerencia es *proporcionada*, introduciendo, ya en el ap. 57, la necesidad existe una "*relación razonable de proporcionalidad entre la cantidad concedida y el menoscabo de que se trate*".

4. Todo esto ya lo conocíamos o podíamos conocer sin esperar al TJ. Y, curiosamente, los que aguardábamos que se alejase de la fórmula ritual de *Krombach* –como ha hecho en ocasiones posteriores– no encontramos una clara y positiva definición de cuándo la falta de proporcionalidad en estos casos es causa de vulneración del orden público. Ello, no obstante, no impide que extraigamos alguna consecuencia implícita y alguna duda relevante.

En primer lugar, el TJ no asume la posición del Abogado General en torno a la ponderación de “la condición y la situación económica de la persona afectada”. Si se me permite la *boutade* no acepta que los medios con menos recursos puedan difamar más libremente que aquellos que tienen más. Pero tampoco reniega de este criterio. El ap. 68 de la sentencia precisa que “...Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, considerando todas las circunstancias del caso de autos, entre las que se cuentan no solo los medios de las personas condenadas, sino también la gravedad de su acto dañoso y la magnitud del perjuicio tal como aparecen constatadas en las resoluciones controvertidas en el litigio principal...”. En el ap. 70, apunta que se puede tener en cuenta “las cantidades concedidas en el Estado miembro requerido por menoscabos comparables”.

En segundo lugar, este es uno de los casos en los que, a mi juicio, la recepción de la doctrina del TEDH por parte del TJUE, para interpretar uno de los derechos consagrados en la Carta, resulta más adhesiva, más incondicional.

En tercer lugar, sin aparecer una toma de posición concluyente, creo, como adelanté, que la sentencia destila una preferencia por privilegiar la libertad de prensa frente a los posibles derechos de las personas que puedan verse afectados o en los que aquélla pueda provocar injerencias. De nuevo, nada que objetar.

La duda relevante deriva de cuanto he expuesto en torno a los criterios utilizables y de la siguiente afirmación contenida en el ap. 73: “De constatar dicho órgano jurisdiccional [órgano francés] una vulneración manifiesta de la libertad de prensa, habría de limitar la denegación de la ejecución de dichas resoluciones a la parte manifiestamente desproporcionada, en el Estado miembro requerido, de la indemnización por daños y perjuicios concedida”. ¿Qué significa esto en el caso concreto? Una potencial reescritura del fallo (*vid. las observaciones de F. Marchadier, loc. cit.*); o simplemente está ofreciendo la posibilidad de reconocer la condena solicitada por una de las partes demandantes o en relación con solo una de las partes demandadas. Es decir, un reconocimiento parcial “clásico” (ap. 72). La descripción que el TJ hace en estos pasajes y, en general, en la argumentación del fallo se parece más a una revisión del fondo que a otra cosa.

5. Para concluir, diremos que el supuesto enjuiciado –que no quizá la sentencia– nos ilustra de un problema de difícil manejo hoy en día y que recuerda Pedro de Miguel Asensio en su primer comentario a esta misma decisión (<https://pedromiguelasensio.blogspot.com>, entrada de 4 de octubre de 2024): la falta de unificación de la ley aplicable a los litigios en el ámbito de los derechos de la personalidad (*vid. la exclusión expresa del RR II en su art. 1.2.g*). Tal cual parece articularse la decisión del TJ, quizá esa unificación tampoco hubiera aliviado el problema del caso concreto, pues, en realidad, todo gira en torno a la cuantía de la indemnización otorgada. Ningún problema probablemente hubiera habido si esta fuera el resultado de la valoración del daño patrimonial realmente producido (aunque la indemnización fuese mucho más elevada y los recursos de *Le Monde*, los mismos). Piénsese en los que puede producir, en horas, cualquier información difamatoria en relación con una sociedad cotizada. Pero el daño moral conlleva una intrínseca dificultad de valoración donde lo que resulta proporcionado para la jurisdicción española, valorando y ponderando todos dos derechos enfrentados, no lo es para la francesa: con igual propiedad y certeza.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Santiago de Compostela.

TRIBUNAL GENERAL

42. EL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA CONFIRMA LA NEGATIVA DE LA EUIPO A REGISTRAR LA CESIÓN DE LA MARCA LA MARCA DIEGO MARADONAA EN FAVOR DE LA SOCIEDAD ARGENTINA SATTVICA (ATG 2^a 7 noviembre 2023, as. T-299/22: *Sattvica/EUIPO — Maradona y otros*)

Sattvica es una sociedad con domicilio social en Buenos Aires (Argentina), perteneciente al antiguo abogado del jugador de fútbol Diego Armando Maradona. En julio de 2001, Maradona solicitó ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) el registro como marca de la Unión del signo denominativo "Diego Maradona". El registro se solicitó para varios productos de higiene personal y droguería, así como para vestidos, calzados y sombrerería, incluidos ropa y calzado deportivos. La solicitud también incluía una amplia y variada gama de servicios, que iba desde los servicios de restauración y hostelería a los servicios de informática y gestión de derechos de autor. La marca fue registrada en enero de 2008. Maradona falleció en noviembre de 2020. En enero de 2021, al considerar que se le había cedido la marca, Sattvica solicitó a la EUIPO el registro de dicha cesión, sobre la base de dos documentos otorgados por Maradona a su favor: una autorización para la explotación comercial de marcas de 26 de diciembre de 2015 y un convenio de autorización de uso de marca, sin fecha. En un primer momento, la EUIPO inscribió la cesión en el registro. La inscripción de la cesión de la marca fue cancelada posteriormente a instancias de los herederos de Maradona. En efecto, en una resolución de marzo de 2022, la EUIPO consideró que Sattvica no había aportado documentos que acreditaran debidamente la cesión de la marca a su favor.

Sattvica solicitó al Tribunal General que anulara dicha resolución de la EUIPO, pero dicho Tribunal desestimó el recurso confirmado la apreciación de la EUIPO: los documentos aportados por dicha sociedad no justifican formalmente una cesión de la marca a su favor en el marco de un contrato firmado entre las dos partes (Sattvica y Maradona). Además, debido a que Maradona falleció antes de que se presentara la solicitud de registro de la cesión

43. APLICACIÓN O EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL EN MATERIA DE INVERSIONES COMO AYUDA DE ESTADO INCOMPATIBLE CON EL MERCADO INTERIOR (STG 2 noviembre 2024, as. T-624/15 RENV, T-694/15 RENV y T-704/15 RENV: *European Food y otros/Comisión*)

Observaciones: 1. La STG 2 de octubre de 2024 en el asunto *European Food y otros/Comisión* convalida, casi diez años después, una estrategia iniciada en su día por la Comisión Europea frente al arbitraje de inversiones intra-UE. Junto al argumento de la incompatibilidad entre el arbitraje de inversiones y el principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, consagrado luego por el TJ en el asunto *Achmea*, el laudo del arbitraje *Micula* (2013) –quizás por los numerosos elementos pre-adhesión que presentaba el caso– servía para desarrollar un segundo argumento, en virtud del cual el abono de una indemnización en aplicación o ejecución de un laudo arbitral debía ser considerado una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión. Así lo determinaría la Comisión en su Decisión (UE) 2015/1470, respecto del laudo *Micula*, donde el tribunal arbitral, sobre la base del APPRI sueco-rumano, condenó a Rumanía, adherida a la UE en diciembre de 2007, al pago de una indemnización cercana a los 178 millones de euros por la derogación anticipada, en 2005, de un régimen de ayudas a la inversión, en forma de incentivos fiscales, que Rumanía había previsto para el desarrollo de ciertas regiones desfavorecidas del país; asimismo, esta Decisión establecía la obligación de Rumanía de recuperar los pagos que ya se hubieran realizado.

2. Los inversores acudían al TJUE solicitando la anulación de esta Decisión. En una primera sentencia, de 18 de junio de 2019, el TG decidía anular en su totalidad la Decisión

controvertida, al entender que la fecha de concesión de la ayuda estatal y, por tanto, la fecha en la que debía valorarse la competencia de la Comisión para ejercer el control previsto en el art. 108.3º TFUE, debía considerarse la de la derogación del régimen de los incentivos fiscales (2005).

La Comisión Europea interponía un recurso de casación y lograba que el TJ, en su S 25 de enero de 2022, anulara la sentencia del TG. En opinión del TJ, la fecha de concesión de la ayuda debe ser la de la emisión del laudo, es decir, el 11 de diciembre de 2013. Tratándose de una fecha posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión, el TJ concluye, por un lado, que la Comisión era competente para la adopción de la Decisión controvertida y, por otro lado, en contra de la opinión del TG, que la sentencia del TJ en el asunto *Achmea* era pertinente en este caso, habida cuenta de que el litigio sometido a arbitraje no estaba circunscrito en todos sus elementos al período pre-adhesión. El TJ sostiene, así, que a partir de la adhesión de Rumanía a la UE el sistema jurisdiccional de los Tratados de la Unión había sustituido al procedimiento arbitral y, en consecuencia, el consentimiento arbitral prestado por Rumanía carecía en lo sucesivo de todo objeto. Respecto de las alegaciones de los demandantes que el TG no examinó en su sentencia de 2019, de forma particular, aquellas relacionadas con el cumplimiento material de los requisitos del art. 107.1º TFUE, el TJ decidía devolverlas al TG para que este se pronunciara sobre las mismas, hecho que ha tenido lugar con la S 2 de octubre de 2024.

3. El TG, en una sentencia compleja y bastante correosa en algunos de sus apartados, ha rechazado todos los motivos de anulación alegados por los inversores contra la Decisión (UE) 2015/1470: 1) la desviación de poder y la infracción del art. 351 TFUE y de los principios generales del Derecho; 2) la infracción del art. 107.1º TFUE; 3) la infracción del principio de protección de expectativas legítimas; 4) el error en la valoración de la compatibilidad de la medida con el mercado interior; 5) la determinación errónea de los beneficiarios de la ayuda y la falta de motivación; 6) el error de Derecho en lo concerniente a la recuperación de la ayuda, y; 7) la vulneración del derecho a ser oído y la infracción del art. 108.3º TFUE y del art. 6.1º Reglamento nº 659/1999.

Respecto de la aplicación del art. 351.1º TFUE, el TG imprime una vuelta de tuerca más a los argumentos que había desarrollado el TJ en el asunto *Comisión/Reino Unido (Arrêt de la Cour suprême)* para rechazar su aplicación a las obligaciones derivadas de los arts. 53 y 54 del Convenio CIADI. Así, el TG, además de asumir el argumento del TJ relativo a la naturaleza bilateral de las relaciones que regula el Convenio CIADI, niega la mayor al afirmar que, tratándose de un laudo arbitral que no puede producir ningún efecto y que obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a no aplicarlo (consecuencia de la aplicación de la jurisprudencia *Achmea*), ni el art. 53 del Convenio CIADI ha creado obligaciones para Rumanía, ni el art. 54 ha creado derechos a favor de terceros Estados que estén comprendidos en el art. 351.1º TFUE. La lógica del TG es sencilla: de obligaciones inexistentes para Rumanía no pueden derivar derechos a favor de terceros Estados. Por tanto, pretender, en virtud del art. 351.1º TFUE, excepcionar la aplicación del Derecho de la Unión para salvaguardar derechos de terceros Estados carece de sentido.

En relación con el cumplimiento material de los requisitos del art. 107.1º TFUE, el TG ha considerado que la Decisión controvertida no ha incurrido en errores de Derecho y, por tanto, que la calificación como ayuda de Estado incompatible con el mercado interior estaba bien fundamentada. Para llegar a tal conclusión, entre otros puntos destacables, el TG ha señalado los siguientes: 1) En cuanto a la existencia de una "ventaja económica", el TG ha precisado, primero, que la "medida de ayuda" es el pago de los importes exigidos como indemnización en el laudo y no el laudo en sí; segundo, que es correcto sostener que el laudo arbitral supone indemnizar a los inversores por las consecuencias de la derogación del régimen de incentivos fiscales, en lugar de considerar la indemnización como la consecuencia del perjuicio sufrido por los inversores por la violación de la obligación de Rumanía de prestar un trato justo y equitativo de conformidad con el APPRI; tercero, que no procede aplicar en este caso la

jurisprudencia del asunto *Asteris y otros*, al rechazar que el pago se refiera a una indemnización por daños y perjuicios en el sentido y con los efectos señalados en el mencionado asunto. 2) La medida de ayuda es “selectiva” en la medida en que la compensación pagada sobre la base del APPRI confiere una ventaja solo a determinadas categorías de agentes económicos, esto es, a los inversores de los países parte en el APPRI y no a todos los inversores de la UE. 3) La medida de ayuda es “imputable” al Estado, porque no se puede considerar, tal y como sostienen los demandantes, que la aplicación o ejecución del laudo sea una consecuencia involuntaria y automática de sus obligaciones legales existentes respecto del resto de los Estados parte en el Convenio CIADI. Bien al contrario, según el TG, “Rumanía estaba obligada a no aplicar el laudo arbitral” (ap. 214).

4. Si bien es cierto que, tras la sentencia del TJ en *European Food y otros*, el auto del TJ en *Romatsa y otros*, y la sentencia del TJ en *Comisión/Reino Unido (Arrêt de la Cour suprême)*, el pronunciamiento del TG había perdido parte de su interés práctico, al ser clara la imposibilidad de ejecución del laudo *Micula* en la UE, también lo es que con esta sentencia, por una parte, Rumanía se encuentra obligada a recuperar las ayudas abonadas hasta el momento y, por otra, el TG ha confirmado la “original” propuesta de la Comisión de calificar el pago de la indemnización prevista en un laudo arbitral como ayuda de Estado de conformidad con el art. 107.1 del TFUE, lo que puede marcar el devenir de otras situaciones similares, como la de las controversias españolas en materia de energías renovables. El argumento de las ayudas de Estado, además, a diferencia de la jurisprudencia *Achmea*, podría alcanzar a los arbitrajes en los que estén involucrados Estados miembros e inversores de terceros Estados; en este último caso, sin embargo, tratándose de arbitrajes CIADI, se debería valorar seriamente la posible aplicación del art. 351.1º TFUE. Por último, a pesar de todo lo señalado, la sentencia del TG deja entrever un resquicio para la ejecución del laudo *Micula*, aunque evita pronunciarse sobre esta posibilidad, cuando señala que Rumanía no tiene obligación alguna de ejecutar el laudo arbitral, ni de aplicarlo, “al margen de cualquier ejecución forzosa”, situación que podría afectar al requisito de la “imputabilidad” de la medida de ayuda (aps. 103 y 219). Esta situación de ejecución forzosa, por supuesto, solo podría darse cuando es un tribunal de un Estado no miembro de la Unión quien procediera al embargo de bienes de Rumanía en el extranjero.

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA*

* Profesor Agregado de Derecho internacional público. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Este trabajo se ha realizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación del Gobierno Vasco IT1630-22 y del proyecto PID2020-117936GB-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.