

Jurisprudencia

Dirección

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS* Y
SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

Comentarios de:

Juan José ÁLVAREZ RUBIO, Vésela ANDREEVA ANDREEVA, David CARRIZO AGUADO, Esperanza CASTELLANOS RUIZ, M^a José CASTELLANOS RUIZ, Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, María del Pilar DIAGO DIAGO, Ángel ESPINIOLA MENÉNDEZ, Albert FONT I SEGURA, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Aurora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mónica HERRRANZ BALLESTEROS, Pilar JIMÉNEZ BLANCO, Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ, Nuria MARCHAL ESCALONA, Javier MASEDA RODRÍGUEZ, Antonio MERCHÁN MURILLO, Gisela MORENO CORDERO, Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDÀ, Milagros OROZCO HERMOSO, Jorge PEDEMONTE MARINO, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, 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. CONTROL DE LAS GARANTÍAS PROCESALES, PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO (STEDH 1ª 20 octubre 2022, caso 20256/20: *Dolenc c. Eslovenia*)

Observaciones: 1. En esta sentencia el TEDH aplica la doctrina que estableció en su célebre sentencia de 20 julio 2001, *Pellegrini c. Italia*, 30882/96, confirmando que el derecho a un proceso justo del art. 6.1 CEDH exige que los tribunales de los Estados contratantes, al decidir sobre el reconocimiento de una resolución judicial extranjera –especialmente si es de gran importancia para las partes– verifiquen que el procedimiento en el que se ha adoptado (con independencia de que proceda de un Estado no vinculado por el Convenio) cumplió con las garantías del mencionado art. 6. Así aparece recogido en los arts. 55 a 60 de la nueva sentencia, en la que el TEDH también confirma incidentalmente su criterio de la conocida sentencia de 23 mayo 2016, *Avotijnš c. Letonia*, 17502/07, en virtud del cual, con base en la presunción de protección equivalente, el nivel de verificación puede ser más limitado entre Estados miembros de la UE, en particular, en el marco del Reglamento 1215/2012.

2. La exigencia de verificación aludida encuentra cabida en nuestro régimen de fuente interna en el art. 46.1 de la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que debe aplicarse también a la luz del art. 24 de la Constitución. Pero, además, la sentencia *Dolenc* presenta también relevancia desde otra perspectiva, cual es la de las exigencias que el art. 6.1 CEDH impone con respecto a la prueba del Derecho extranjero.

3. El asunto *Dolenc c. Eslovenia* tiene su origen remoto en la demanda para reclamar daños por una negligencia médica interpuesta en 1995 ante los tribunales de Israel por un ciudadano israelí en relación con una cirugía que le práctico en Eslovenia en 1992 un neurocirujano de renombre internacional (residente en Eslovenia y aparentemente sin conexiones con Israel, ap. 48 STEDH *Dolenc*), a quien le fue notificada la demanda con motivo de una visita que realizó a Israel (según parece sin vinculación con la cirugía de la que trajo causa la reclamación). El procedimiento ante los tribunales israelíes, que se prolongó durante más de una década, culminó con la condena al neurocirujano al pago de una indemnización por daños de aproximadamente 2.3 millones de euros. Los tribunales israelíes rechazaron la solicitud del demandado de que él y los testigos que proponía –todos situados en Eslovenia– declararan siguiendo el procedimiento establecido en el Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, lo que según el demandado le privó de su derecho de defensa, y tuvo como consecuencia que la decisión se adoptaría sin que fueran oídos el demandado –quien se negó a desplazarse para participar en el proceso en Israel– y los testigos y expertos por él propuestos. Además, durante el proceso el demandado revocó el poder para representarle otorgado a su abogado israelí sin designar un nuevo representante, lo que en la práctica supuso que, debido al modo de proceder de los tribunales israelíes, el demandado no fuera notificado del ulterior desarrollo del proceso, desatendiendo los tribunales israelíes la práctica de las pruebas que podían beneficiar al demandado, incluida la relativa a la acreditación del contenido del Derecho esloveno.

4. Cabe dejar constancia de que el neurocirujano se opuso, sin éxito, a la competencia de los tribunales de Israel (ap. 4 STEDH *Dolenc*). La legislación aplicada al fondo del asunto por los tribunales de Israel fue la israelí, como consecuencia, precisamente, de que no pudo ser probado

en el proceso el contenido de la legislación eslovena, que según el cirujano –demandado en Israel y demandante frente a Eslovenia ante el TEDH– hubiera conducido a que la demanda frente a él no hubiera prosperado por tenerse que dirigir frente al hospital y estar prescrita (véase ap. 20 de la sentencia relevante israelí reproducido al inicio del ap. 20 de la STEDH *Dolenc*).

5. Pese a la oposición del cirujano, los tribunales eslovenos accedieron al reconocimiento de la resolución israelí, considerando que las garantías procesales del demandado no habían sido vulneradas, apreciando en último extremo el Tribunal Constitucional esloveno que el nivel de verificación exigido a la luz de la sentencia *Pellegrini contra Italia* había sido satisfecho.

6. El TEDH concluye que el reconocimiento en Eslovenia de la resolución de los tribunales de Israel supone una violación del art. 6 del CEDH, destacando que resultó injustificado el abandono en el procedimiento israelí del mecanismo del Convenio de La Haya para la obtención de las pruebas relevantes en relación con los testigos y expertos propuestos por el demandado (no así respecto del propio demandado al no justificar éste debidamente su imposibilidad de participar en la vista en Israel). Además, el modo de proceder de los tribunales israelíes una vez que el demandado revocó la representación de su abogado vulneró también las garantías de éste y llevó a que la decisión se adoptara con base únicamente en las alegaciones formuladas y las pruebas propuestas por la parte demandante, desatendiendo la práctica de pruebas propuestas por el demandado.

7. Merece ser destacada la importancia atribuida por el TEDH al modo de proceder por el tribunal de origen con respecto a la prueba del Derecho extranjero para establecer que el reconocimiento de su resolución implica una vulneración del art. 6.1 y del derecho del demandado a presentar las pruebas pertinentes. En concreto, el TEDH concluye su fundamentación previa al fallo, señalando que el tribunal israelí no examinó al experto en derecho esloveno a pesar de que su examen hubiera sido importante para valorar el argumento del demandante de que el derecho esloveno debería haberse aplicado al caso, lo que hubiera conducido a que la demanda hubiera prescrito y, con carácter subsidiario, que el hospital debería ser considerado responsable de cualquier negligencia médica. Al no examinarlo, el tribunal de israelí aplicó sin más la legislación israelí, que era desfavorable para el demandante (ap. 74 de la sentencia). Los órganos jurisdiccionales eslovenos no tuvieron debidamente en cuenta las consecuencias que la falta de interrogatorio de los testigos (incluido el experto en Derecho esloveno) y la consiguiente exclusión de sus declaraciones tuvieron para el derecho del demandante a presentar pruebas. La sentencia pone de relieve que ese derecho es un componente fundamental del derecho a un proceso justo y los tribunales eslovenos deberían haberse cerciorado de que se había respetado en el procedimiento en Israel antes de reconocer la sentencia israelí (ap. 75 de la sentencia).

8. Se trata de consideraciones que en nuestro sistema de DIPr han de resultar relevantes no solo en situaciones relativas al reconocimiento de una resolución extranjera sino también directamente con respecto al modo de proceder en relación con la prueba del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles en el marco de los arts. 281.2º LEC y 33 Ley 29/2015.

9. Pese a ser una cuestión que no se suscita en la sentencia (en la que, no obstante, sí se reproducen las normas de DIPr esloveno que prevén el control de la competencia del tribunal de origen como presupuesto del reconocimiento, ap. 37 STEDH *Dolenc*), desde una perspectiva más amplia cabría plantear en relación con un asunto como este si la vinculación con Israel resultaba suficiente para que los tribunales de otros Estados (en particular, los de Eslovenia, país donde la operación, y cabe entender que todos los hechos relevantes habían tenido lugar, y donde residía el demandado que carecía de conexiones con Israel) reconocieran la resolución. Dejando de lado las particularidades del asunto *Dolenc* (conviene advertir que la sentencia no menciona cuál fue el criterio de competencia en el que los tribunales israelíes basaron su competencia ni analiza cuáles son las conexiones con Israel del litigio), tal vez en el futuro se den las circunstancias para que el CEDH pueda establecer que el reconocimiento de una resolución extranjera que tenga su origen en un fuero que en el supuesto concreto resulte exorbitante puede constituir una

vulneración del art. 6.1 CEDH, en particular en la medida en que fuerce al demandado a tener que defenderse en un país con el que ni los hechos objeto de la reclamación ni el propio demandado presenten una conexión significativa y ello suponga una carga procesal excesiva e irrazonable.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*

2. 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*)

TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

3. DERECHO DE RESIDENCIA DERIVADO DEL PROGENITOR QUE TIENE LA CUSTODIA EFECTIVA DE UN MENOR DE EDAD NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO QUE RESIDE EN OTRO ESTADO MIEMBRO: OBLIGACIÓN DE DISPONER DE UN SEGURO DE ENFERMEDAD (STJ 5^a 10 marzo 2022 (as. C-247/20: VI))

4. COMPETENCIA INTERNACIONAL Y TERRITORIAL EN EL RBIBIS: LA DESIGNACIÓN DIRECTA DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DETERMINADO Y SUS LÍMITES (STJ 8^a 30 junio 2022, C-652/20: Allianz Elementar Versicherung, EU:C:2022:514).

Observaciones: 1. En esta sentencia el Tribunal de Justicia vuelve a pronunciarse sobre ciertas reglas de competencia del RBIBis que cumplen la función no solo de determinar la competencia internacional de los Estados miembros sino también la competencia territorial interna. Básicamente, la sentencia precisa que el art. 11.1.b) RBIBis, que establece la posibilidad de que el asegurador domiciliado en un Estado miembro sea demandado en otro, "cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante", es una norma que, en los términos del fallo, "determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuya demarcación se encuentre el domicilio del demandante".

2. La sentencia pone de relieve que, el empleo de los términos "el lugar" en el art. 11.1.b) RBIBis debe ser interpretado en sentido coincidente, en lo relativo a la doble función reseñada, con su jurisprudencia previa acerca de los arts. 7.1º y 7.2º RBIBis (con respecto a este último, cabe recordar recientemente su sentencia de 15 julio 2021 en el asunto C-30/20, *Volvo y otros*, EU:C:2021:604). La nueva sentencia constata que cuando desempeñan esta doble función las normas de competencia típicamente tienen "por objeto designar directamente un órgano jurisdiccional concreto en el seno de un Estado miembro" (v.gr., aps. 38 y 39 de la sentencia con ulteriores referencias); así como que la posibilidad de *forum shopping* por parte del demandante entre los tribunales del Estado miembro en cuestión no estaría en consonancia con los objetivos perseguidos por el RBIBis (ap. 52).

3. Ahora bien, en ciertas situaciones distintas a las del litigio principal, en particular, algunas a las que resulta de aplicación el art. 7.2º RBIBis, puede que esas afirmaciones deban ser matizadas o, en todo caso, requerirán un análisis adicional.

4. Es cierto que en su mencionada sentencia en el asunto C-30/20, *Volvo y otros*, el Tribunal de Justicia destacó especialmente la importancia, también en relación con el art. 7.2º RBIBis del criterio de que en el plano territorial la norma designe directamente un órgano jurisdiccional

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

concreto del Estado miembro en cuestión. A tal fin, con respecto a las acciones de responsabilidad extracontractual por los daños causados por cárteles en un Estado miembro cuyo mercado ha resultado afectado, y la concreción del lugar del daño como criterio atributivo de competencia, el Tribunal de Justicia estableció que lo determinante es, en primer lugar, el lugar de adquisición del producto por el que se pagó el sobreprecio como consecuencia del cártel. Seguidamente, precisó que ese criterio solo puede ser de aplicación cuando el perjudicado en cuestión ha comprado los bienes afectados por los acuerdos colusorios en la demarcación de un único tribunal. En caso contrario, no cabe identificar un único lugar de manifestación del daño (ap. 40 de la sentencia *Volvo*), lo que llevó al Tribunal a considerar que en tales situaciones resulta determinante el lugar del domicilio social de la empresa perjudicada (ap. 42 de la sentencia *Volvo*).

5. Ahora bien, no cabe desconocer que existen situaciones en las que el art. 7.2º RBibis atribuye competencia a los tribunales de un Estado miembro y la determinación de un órgano jurisdiccional concreto en su seno como territorialmente competente presentará ulteriores dificultades. Tal será típicamente el caso en aquellas situaciones en las que la acción de responsabilidad extracontractual se ejercite respecto de actividades ilícitas desarrolladas a través de Internet ante los tribunales de un Estado miembro en tanto que lugar de manifestación del daño, en el que no se encuentre el domicilio (ni el centro de intereses, en el caso de los derechos de la personalidad) de la víctima (ni, obviamente, del supuesto responsable, pues en este caso operaría el fero general del domicilio del demandado). En estos casos, será preciso un análisis adicional.

6. Por lo demás, se trata de una constatación que no debe sorprender. En situaciones de ese tipo, también cuando resulten de aplicación las normas de nuestro régimen de fuente interna – típicamente en las situaciones en las que el demandado no está domiciliado en un Estado miembro y opera la remisión del art. 6 RBibis a la legislación interna–, cabe apreciar que la formulación de tales normas no facilita la determinación directa de un único órgano como competente en las demandas relativas a la difusión en España de contenidos lesivos a través de Internet (sin que se encuentre en España el domicilio del demandante ni, obviamente, el del demandado) (véanse, en particular, los subaps. 6º, 11º y 12º del art. 52.1º LEC).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

5. DE UNA OPERACIÓN DE TRANSPORTE COMPUESTA DE VARIOS VUELOS QUE CORRESPONDEN A DISTINTOS TRANSPORTISTAS AÉREOS ENCARGADOS DE EFECTUARLOS (STJ 8ª 6 septiembre 2022, as. C-436/21 (*lightright -Transport aérien de Stuttgart à Kansas City-*)

5.bis. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RBIBIS E INTERPRETACIÓN DE SU COMPETENCIA EXCLUSIVA EN MATERIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (STJ 4ª 8 septiembre 2023, as. 399/21: *IRnova*, EU:C:2022:648.

Observaciones: 1. El Tribunal de Justicia se pronuncia básicamente sobre tres aspectos relativos a la interpretación del RBibis, destacando por su interés las precisiones acerca del limitado alcance material de la competencia exclusiva que establece en materia de inscripciones o validez de patentes, cuestión que abordaré en tercer lugar. En primer lugar, el Tribunal confirma que el requisito de la presencia de un elemento de extranjería como presupuesto para la aplicación de las reglas de competencia del RBibis se cumple cuando se trata de un litigio entre dos partes domiciliadas en el Estado miembro cuyos tribunales conocen de un litigio que presenta conexión únicamente por su objeto con otro Estado, incluso si ese Estado es un tercer Estado, ajeno al RBibis.

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

2. En el caso concreto se trata de un litigio ante los tribunales suecos entre dos empresas con sede en Suecia acerca de la declaración de la existencia de mejor derecho sobre invenciones (de modo que es un litigio en materia civil y mercantil a los efectos del Reglamento) objeto de solicitudes de patente estadounidense y china presentadas por la demandada y de patentes estadounidenses expedidas a la demandada sobre la base de esas solicitudes (en realidad, la demanda iba referida también a solicitudes de patentes europeas sobre esas invenciones, pero las dudas de los tribunales suecos acerca de su competencia se limitaban a lo relativo a las patentes o solicitudes de patentes de China y EEUU).

3. Ese pronunciamiento sobre el amplio alcance de las normas de competencia del RBibis, que incluye las situaciones que presentan un elemento de extranjería que se encuentra en el territorio de un país tercero, no sorprende a la luz de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia, en particular su conocida sentencia de 1 de marzo de 2005, en el asunto *Owusu*, a la que se remite la sentencia ahora reseñada (aps. 27 y 29). En la práctica ese criterio supone que la competencia de los tribunales de los Estados miembros en esas situaciones debe determinarse conforme a lo dispuesto en el RBibis y no en sus respectivos regímenes de fuente interna (en nuestro caso, la LOPJ). En segundo lugar, el Tribunal de Justicia constata un elemento sobre el que no se había pronunciado previamente.

4. Se trata de la circunstancia de que las normas sobre competencias exclusivas del art. 24 RBibis no resultan de aplicación respecto de terceros Estados, de modo que cuando las conexiones que establecen para la atribución de competencia exclusiva a los tribunales de un Estado miembro se dan con un tercer Estado, la norma no opera (aps. 32 a 35 de la nueva sentencia). Cabe recordar que el ap. 4 del art. 24 atribuye competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro en el que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro de un derecho de propiedad industrial respecto de los litigios en materia de inscripción o validez de tales derechos. El Tribunal no aborda las implicaciones de esa constatación acerca de las limitaciones del art. 24, habida cuenta de las circunstancias del litigio principal, como se indicará más adelante.

5. Ahora bien, no cabe ignorar que la principal implicación sería que los tribunales de los Estados miembros que puedan ser competentes para conocer del litigio en virtud del Reglamento, por ejemplo, por encontrarse en ese Estado miembro el domicilio del demandado (art. 4 RBibis), no quedarían privados de su competencia, pese a que exista con un tercer Estado una conexión equivalente a la que de existir con otro Estado miembro atribuiría competencia exclusiva a éste, privando a los tribunales de todos los demás Estados miembros de la posibilidad de conocer del asunto. Se trata de una consecuencia que puede resultar problemática y que se proyecta sobre el conjunto de materias para las que el art. 24 RBibis prevé competencias exclusivas, de ahí que en la última revisión del Reglamento algunas voces abogarán por una configuración más amplia del alcance territorial de las reglas sobre competencias exclusivas del art. 24. Ciertamente, la interpretación del Tribunal de Justicia facilita que los tribunales de un Estado miembro conozcan con base en el RBibis de un litigio pese a que tenga una conexión especialmente estrecha –algunas de las previstas en el art. 24 en las materias que comprende– con un Estado tercero. Eventualmente esa circunstancia menoscabarán las perspectivas de que la resolución sea objeto de reconocimiento y ejecución en ese Estado en el que su eficacia resultará típicamente especialmente relevante (*v.gr.*, el Estado tercero de inscripción de la patente) y en los demás terceros Estados.

6. Si bien no aborda las implicaciones de esa constatación acerca del limitado alcance del art. 24.4º RBibis, el Tribunal de Justicia sí analiza, como tercer elemento reseñable de la sentencia, que en el caso concreto no se plantean esas dificultades, habida cuenta de que el litigio principal va referido a una materia que no entra dentro de la competencia exclusiva del art. 24.4º RBibis, al no tratarse de un litigio “en materia de inscripciones o validez” de patentes. Se trata de un pronunciamiento muy significativo acerca del alcance material del art. 24.4º RBibis, coherente

con su jurisprudencia previa, en particular en los asuntos *Duijnstee y Hanssen Beleggingen*, a los que hace referencia la nueva sentencia.

7. El Tribunal pone de relieve que la cuestión controvertida en el litigio principal va referida a la titularidad del derecho sobre las invenciones, es decir a la condición de inventor o a la determinación de a quién pertenecen las invenciones, que es una cuestión previa y diferenciable de la existencia de la presentación de una solicitud de patente, de la validez de tal presentación y de la expedición de la patente, de modo que no queda comprendida en la competencia exclusiva, incluso si en el marco de ese litigio resulta preciso examinar (tomar en consideración) las reivindicaciones de la patente o de la solicitud de patente del tercer Estado. La sentencia expresamente diferencia el supuesto del litigio principal –que equipara a estos efectos a los relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial– de otro tipo de litigios, que en principio sí quedarían comprendidos en la competencia exclusiva, como los relativos a la existencia de la presentación de una solicitud de patente o la expedición de una patente, la validez o la caducidad de una patente, su nulidad (por ejemplo, basada en la falta de derecho sobre la invención o en su no patentabilidad) o la reivindicación de un derecho de prioridad en virtud de una presentación anterior (aps. 42–48).

8. Esta confirmación de la interpretación restrictiva del alcance material de la competencia exclusiva del art. 24.4º RBlbis es coherente con las propuestas tendentes a facilitar la litigación transfronteriza en este ámbito, para contribuir a la eficiencia y la buena administración de justicia. Se trata de un planteamiento que facilita la litigación sobre la titularidad de la invención en los tribunales de un único país, lo que, por cierto, puede ir unido a la necesidad de aplicar una pluralidad de legislaciones, como sucede en materia de infracción de derechos –circunstancia apuntada en el ap. 48 de la sentencia–, si bien en el caso de la titularidad de la invención no sería de aplicación el art. 8 del Reglamento (CE) 864/2007 o Reglamento Roma II (sino, en principio, la norma sobre ley aplicable de fuente interna, en nuestro caso el art. 10.4º Cc). Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer que en la medida en que las resoluciones que puedan adoptarse requieran eventualmente su reconocimiento en terceros Estados (por ejemplo, en el marco de un litigio sobre la validez de la patente del tercer Estado con base en la falta de derecho sobre la invención) su eficacia puede plantear dificultades si en tales Estados prevalece una concepción más amplia acerca del alcance de las competencias exclusivas de sus tribunales en este sector.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

6. COMPATIBILIDAD DE LOS PLAZOS PROCESALES DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO CONFERIDOS AL DEMANDADO PARA PRESENTAR SU ESCRITO DE OPOSICIÓN CON LOS ESTABLECIDOS POR UNA NORMATIVA NACIONAL, ADOPTADA AL PRODUCIRSE LA PANDEMIA DE COVID-19 (STJ 3ª 15 septiembre 2022: as. C-18/21: *Uniqa Versicherungen AG y VU*)

Observaciones. 1. En la última década el legislador europeo ha aprobado –al amparo del art. 81 TFUE – diversos Reglamentos y Directivas con el propósito de mejorar la eficacia de la litigación transfronteriza, necesaria a su vez para avanzar en la construcción de la Unión Europea como un Espacio de Justicia, Seguridad y Libertad. Se han creado procedimientos genuinamente europeos. De hecho, el proceso monitorio europeo fue el primer proceso uniforme que creó en el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (en adelante RPME) –DO nº 399, de 30 diciembre 2006–. A través de este proceso el acreedor puede obtener rápidamente un requerimiento europeo de pago que, ante la falta de oposición del deudor, sea ejecutable en cualquier Estado miembro del Reglamento. Resuelve de una manera rápida, sencilla y económica el cobro de créditos transfronterizos en principio incontestados por el deudor. Sin embargo, se trata de un proceso en el que el legislador europeo no ha llevado a

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

cabo una regulación completa y exhaustiva del mismo, lo que abre la puerta a las divergencias entre los Estados miembros, de importancia no desdeñable. El propio art. 26 RPME precisa que todos los aspectos no tratados expresamente por el Reglamento se regirán por el Derecho nacional. Se excluye una aplicación analógica del Reglamento, como así señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ) en los asuntos C-119/13 y C-120/13 (ECLI:EU:C:2014:2144). El Derecho del foro debe ser aplicado de forma supletoria y complementaria a todos aquellos aspectos no contemplados por el legislador en el desarrollo del PME pudiendo plantearse problemas de compatibilidad entre ambas normativas.

2. De hecho la STJ 15 septiembre 2022 (As. C-18/21: *Uniq Versicherungen AG y VU*), se ocupa de valorar la compatibilidad de una norma procesal austriaca, adoptada con ocasión de la pandemia de COVID-19 -la *Justiz-Begleitgesetz*-, que interrumpió durante aproximadamente cinco semanas los plazos procesales en materia civil, con el RPME y, en particular, con el art. 16.2º del mismo que confiere un plazo de treinta días al demandado para presentar escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago Plazos procesales del proceso monitorio europeo establecidos por una normativa nacional, adoptada al producirse la pandemia de Covid- 19 conferidos al demandado para presentar su escrito de oposición (L. Gómez Amigo, "Aplicación al proceso monitorio europeo de normativa nacional que interrumpió los plazos procesales en materia civil debido a la pandemia del Covid-19: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 septiembre 2022, asunto C-18/21: *Uniq Versicherungen AG/VU*", *La Ley: Unión Europea*, nº 108, 2022)

3. En el presente caso, el *Bezirksgericht für Handelssachen Wien* (Tribunal de Distrito de lo Mercantil de Viena, Austria) emitió, a petición de Uniq Versicherungen, un requerimiento europeo de pago que fue notificado, el 4 abril 2020, a VU, persona física residente en Alemania. Esta presentó el correspondiente escrito de oposición al requerimiento de pago mediante carta enviada el 18 mayo 2020, que fue desestimado por no haber sido presentada en el plazo establecido (ex art. 16. 2º RPME). El Tribunal de apelación (*Handelsgericht Wien*) anuló dicha resolución basándose en el art. 1.1º de la *Justiz-Begleitgesetz*. Uniq interpuso un recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof* que resolvió suspender el procedimiento y plantear al TJ si una norma nacional, que interrumpe los plazos procesales, puede aplicarse para determinar el plazo para presentar un escrito de oposición a un requerimiento europeo de pago, o si el art. 20 de ese Reglamento, que establece el derecho de revisión, excluye su aplicación. La doctrina austriaca sostiene que el art. 20 de dicho Reglamento prevé una posibilidad de revisión del requerimiento europeo de pago que puede dar lugar a la anulación de ese requerimiento, en particular cuando concurren casos de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias, como la crisis vinculada a la COVID-19. Según ese punto de vista, no puede recurrirse al Derecho nacional para tener en cuenta tal caso, ya que este se rige de manera exhaustiva por ese mismo Reglamento.

4. El TJUE zanja este dilema afirmando que no existe ninguna disposición del RPME en la que se contemple las causas de interrupción o de suspensión del plazo para oponerse al requerimiento al pago europeo. Y, por tanto, los Estados miembros están facultados para regular y completar los aspectos procesales no tratados por el Reglamento. Ahora bien, de la lectura de la decisión se deduce que dicha remisión no es absoluta. Tiene límites. Para el TJ, la *lex fori* puede ser aplicada, siempre que dichas normas procesales no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad), como así admitió el TJ en la decisión adoptada en el caso *Randstad Italia* (ECLI:EU:C:2021:1037, ap. 58 y jurisprudencia citada). A continuación, el TJ procede a analizar si la normativa austriaca respeta – o no– tales principios. Así, por lo que atañe, en primer lugar, al respeto del principio de equivalencia, considera que la Ley austriaca se aplica indistintamente a todos los plazos procesales en los asuntos civiles. Por lo tanto, concluye que, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remítente compruebe este

extremo, tal normativa garantiza la igualdad de trato entre los procedimientos monitorios basados en el Derecho nacional y aquellos, similares, basados en el RPME. En lo que respecta, en segundo lugar, al principio de efectividad, para el TJ una normativa procesal nacional debe considerarse conforme con ese principio si no vulnera el equilibrio que el RPME ha establecido entre los respectivos derechos del demandante y del demandado en el marco de un proceso monitorio europeo. Según este, una normativa nacional que tiene por efecto interrumpir el plazo de oposición al requerimiento establecido en el art. 16.2º RPME respeta dicho principio por cuanto está justificada para garantizar el respeto del derecho de defensa del demandado sin hacer, en la práctica, excesivamente difícil el cobro rápido y eficaz de los créditos de que se trate. A tal fin, el período durante el cual tal plazo queda interrumpido debe limitarse a lo estrictamente necesario.

5. Nada que objetar a lo decidido por el Tribunal. Solo decir que resulta extraño que base su decisión en tales principios, en lugar de esgrimir el “efecto útil” de la norma, que es lo que el TJ suele hacer en este ámbito (M. Requejo Isidro, “El inestable edificio del espacio europeo de justicia”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2015, p. 377). El análisis y la decisión del TJ es consecuencia de la regulación parcial e incompleta de este proceso. Es cierto que la aproximación de las normas procesales deviene compleja, al ser el Derecho procesal una materia con fuerte arraigo nacional e integrante del núcleo de la soberanía. Por ello, cabe esperar que las European Rules of Civil Procedure, aprobadas por el European Law Institute y UNIDROIT (F. Gascón Inchausti, “Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?”, *CDT*, 2021, vol. 13, nº 1, pp. 277-297), desplieguen un destacado papel en el futuro. Tales reglas ofrecen un modelo de proceso civil (*best rules*), que pueden ser utilizadas por los legisladores nacionales, para el caso de que decida afrontar una armonización de los procesos civiles nacionales, o bien ser de aplicación por tribunales estatales.

Nuria MARCHAL ESCALONA *

7. NORMATIVA NACIONAL POR LA QUE SE CONFIERE AL ORGANISMO NACIONAL RESPONSABLE DEL CUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PASAJEROS AÉREOS LA FACULTAD DE ORDENAR A UNA COMPAÑÍA AÉREA QUE PAGUE LA COMPENSACIÓN DEBIDA A UN PASAJERO (STJ 3ª 29 septiembre 2022, as. C-597/20: *Polskie Linie Lotnicze “LOT” S.A.*)

8. LA TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE DERECHO NACIONAL EN SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE) NO DEBE REDUCIR LA PARTICIPACIÓN DE LOS SINDICATOS EN LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE CONTROL (STJ GS 18 octubre 2022, as. c-677/20: *IG. Metall y Ver.di*)

9. COMPETENCIA JUDICIAL EN RELACIÓN CON UN ACUERDO DE GARANTÍA CELEBRADO ENTRE EL TRABAJADOR Y UNA TERCERA SOCIEDAD QUE GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE INCUMBEN AL EMPRESARIO FRENTE A DICHO TRABAJADOR (STJ 3ª 20 octubre 2022, as. C-604/20: *ROI Inversiones Terrestres*)

Observaciones: 1. El Tribunal de Luxemburgo ha marcado, con este pronunciamiento, la estela a seguir con una clara interpretación del foro en materia laboral junto con la revisión de las normas de competencia judicial internacional derivadas de las operaciones contractuales de consumo en el marco de un acuerdo de garantía suscrito *inter privatos* directamente vinculado con un contrato de trabajo en el que se aprecia una “actividad dirigida profesional”, ítem este

* Profesora Titular de Derecho internacional privado (nmarchal@ugr.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “(REJURPAT)” PID2019-106496RB-I00.

último de sumo interés en las relaciones contractuales asociadas al Derecho de consumo transnacional.

Un planteamiento básico sobre el que se sustenta esta decisión judicial subyace de garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores con reglas “especiales” de competencia sin tener en consideración la localización del domicilio del demandado, esto es, podrán conocer jueces del espacio de la Unión a pesar de que el demandado esté domiciliado en un país que no forma parte de la UE.

2. En primer lugar, el juez europeo recuerda sobre su propia jurisprudencia que, la relación laboral está caracterizada por la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración. De este modo, precisa que debe existir un nexo de subordinación entre el trabajador y su empresario y que la existencia de tal vinculación debe apreciarse case to case. Así, el concepto de “trabajador” debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas.

Así las cosas, en torno al asunto objeto de esta reflexión se torna necesario tener en consideración el galimatías jurídico existente para poder extraer la conclusión jurídica alcanzada. A saber, FD celebró un contrato de trabajo con R Swiss relativo a su actividad como director, en el que se fijó el importe que debía recibir en concepto de pago por incorporación, así como su salario. A este respecto, FD y ROI Land Investments firmaron un documento –*Patron agreement*–, en el que se incorpora un acuerdo de garantía, cuyo contenido es el siguiente: ROI Land Investments tiene plena responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones relativas a los contratos de R Swiss AG en virtud de la cooperación de su director con R Swiss. En dicho acuerdo de garantía no se aprecia ni cláusula de elección de foro, ni pacto de Derecho aplicable. El lugar habitual de trabajo de FD para R Swiss estaba fijado en Stuttgart (Alemania). Si bien, el 11 julio 2016, R Swiss despidió a FD. Mediante sentencia de 2 noviembre 2016, el *1t -Tribunal de lo Laboral de Stuttgart-*, que conoció de la acción ejercitada por FD, constató de manera definitiva la nulidad de dicho despido. Además, condenó a R Swiss a pagar a FD, según lo acordado en el contrato de trabajo, 255.000 dólares estadounidenses en concepto de pago por incorporación y 212.500 dólares estadounidenses como remuneración correspondiente a los meses de abril a agosto de 2016.

3. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, de conformidad con el art. 20 Reglamento (UE) 1215/2012, en materia de contratos individuales de trabajo, la competencia viene determinada por la sección 5^a, del capítulo II que comprende los arts. 20 a 23. La misma está cimentada en reglas que permiten al trabajador demandar a su empresario ante el órgano jurisdiccional que considere más cercano a sus intereses, reconociéndole legitimación activa ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el empresario o ante el tribunal del lugar en el que desempeñe habitualmente su trabajo o, cuando ese trabajo no se desempeñe en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que esté situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador.

Igualmente, las disposiciones de la señalada sección limitan también la posibilidad de elección del foro por parte del empresario que actúe contra el trabajador y la posibilidad de establecer excepciones a las reglas de competencia fijadas en el Reglamento. Sea como fuere, la reserva relativa a la aplicación del art. 21, ap. 2 Reglamento (UE) 1215/2012 excluye que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda basarse en las normas de ese Estado en materia de competencia judicial cuando se cumplen los requisitos de aplicación de tal precepto, aun cuando dicha normativa sea más favorable para el trabajador.

4. La regla básica contenida en el art. 6.1º Reglamento (UE) 1215/20152, esto es, la regulación de la competencia judicial internacional en relación con demandados no domiciliados en un Estado miembro, tal cual resulta de la matriz de ROI Land Investments domiciliada en Canadá, está afianzada en la regla de reciprocidad. De este modo, los Estados miembro han renunciado a

emplear foros de competencia judicial internacional discriminatorios y exorbitantes recogidos en sus legislaciones internas contra los sujetos domiciliados en otros Estados miembros. En todo caso, el Reglamento (UE) 1215/2012 se ha limitado a indicar que, para garantizar la protección de los consumidores y de los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, deben aplicarse determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el Reglamento incluso si los demandados tienen su domicilio fuera de la UE. Sea como fuere, no es concebible que las normas de competencia de la Unión puedan tener fuera de su ámbito de aplicación un efecto de bloqueo sobre las disposiciones nacionales. De hecho, cualquier otro análisis tendría como consecuencia que, las normas procesales de determinación de la competencia nacionales resultasen inaplicables en todos los casos.

5. Con carácter general, los conceptos utilizados por el Reglamento (UE) 1215/2012, y, en particular, los que figuran en su art. 17, ap. 1, letra c) deben interpretarse de forma autónoma y restrictiva, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para así garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros. Resulta ineludible indicar que sólo serán operaciones de consumo aquellas obligaciones contractuales recogidas en el art. 17, ap. 1. Es decir, no todo contrato en el que participa un eventual consumidor es un contrato de consumo protegido por el Reglamento (UE) 1215/2012.

A la hora de proceder al análisis del art. 17.1º.c) Reglamento (UE) 1215/2012, se debe iniciar teniendo en cuenta dos requisitos esencialmente basados en el comportamiento del empresario. De una parte, que este ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, y de otra, que el cocontratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor. De cualquier manera, sólo hay contrato de consumo si una de las partes es un verdadero profesional y no opera en el tráfico jurídico a título meramente particular, es decir, al margen de cualquier actividad.

6. En lo que respecta a la relación entre el Reglamento (UE) 1215/2012 y el Reglamento (CE) 593/2008, el Tribunal de la Unión advierte que, cada norma persigue objetivos distintos. Así, el Reglamento (CE) 593/2008 se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, con el fin de determinar el Derecho material aplicable, mientras que el Reglamento (UE) 1215/2012 tiene por objeto fijar las normas que permitan determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil.

Al efecto, no debe caer en vano lo determinado por el considerando 7 Reglamento (CE) 593/2008 del cual se desprende que, el ámbito de aplicación material y todas sus disposiciones deben ser coherentes con el Reglamento (UE) 1215/2012.

En atención a la línea trazada por Jean Richard de la Tour, Abogado General del asunto *ROI Land Investments*, un compromiso, aunque sea unilateral, celebrado con un trabajador que tiene por objeto el cumplimiento de las obligaciones marcadas por el empresario, y no que se satisfagan necesidades privadas, está claramente relacionado con el contrato de trabajo. En consecuencia, no se ha celebrado fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional.

En esta nebulosa, procede señalar que, las circunstancias en que se celebró el acuerdo de garantía y su contenido hacen que se considere parte integrante del contrato de trabajo y, por ende, cabe deducir que depende de la "actividad profesional" de FD. Sobre este particular, tal acuerdo de garantía forma parte integrante del contrato de trabajo, en virtud del cual FD es responsable del cumplimiento de sus obligaciones frente al empresario, y, por ese motivo, está comprendido en el concepto de "actividad profesional", tal y como queda referido por el art. 17, ap. 1, del Reglamento (UE) 1215/2012 y del art. 6, ap. 1, del Reglamento (CE) 593/2008.

7. De esta suerte, el modelo competencial establecido por el Reglamento (UE) 1215/2012 en materia laboral puede considerarse, en su formulación y en su evolución, triplemente reforzado en aras al objetivo de protección de los trabajadores. Primero porque su operatividad, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, es cada vez mayor y está mejor orientada a esta finalidad. En segundo lugar, las normas de competencia judicial internacional también han desarrollado y perfeccionado un modelo tuitivo. Y, finalmente, la supresión del exequáтур en sede de eficacia de resoluciones cierra el círculo de seguridad procesal.

Asombrosamente, el juez de Luxemburgo entiende que, ante la inexistencia de un contrato – formal-, si subsiste la relación laboral, a saber, resulta notoria la relación de supeditación del trabajador y su empresario, deben ser aplicadas las normas de protección relativas al contrato individual de trabajo. Tal apreciación no debe ser un criterio general, sino de valoración al caso concreto.

A la luz de esta aseveración, se puede afirmar que en el asunto *ROI Land Investments*, dicha compañía, fruto del acuerdo de garantía formalizado con FD y la existencia de un contrato de trabajo entre FD y R Swiss, así como el hecho de que antes de celebrar el contrato de trabajo en cuestión, FD estuviera ligado con ROI Land Investments mediante otro contrato de trabajo y que este no hubiera existido si ROI Land Investments no se hubiera comprometido con FD mediante tal acuerdo de garantía, el cual ha velado en todo momento por el pago de los créditos salariales de FD, constituyen argumentos suficientes para activar el foro de competencia de contrato individual de trabajo a favor del juez radicado en el Estado miembro donde el trabajador ha desempeñado habitualmente su trabajo.

David CARRIZO AGUADO *

10. RESPONSABILIDAD DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS EN CASO TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO SUFRIDO POR UN PASAJERO CON MOTIVO DE LA EVACUACIÓN DE URGENCIA DE UNA AERONAVE (STJ 3^a 20 octubre 2022, as. C-111/21: *BT y Laudamotion GmbH*)

11. EXPEDICIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL MIENTRAS SE EXAMINA LA SOLICITUD DE UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR RAZONES MÉDICAS (STJ 5^a 20 octubre 2022, as. C-825/21: *UPy Centre public d'action sociale de Liège*)

12. RECONOCIMIENTO EN UN ESTADO MIEMBRO DE UNA DISOLUCIÓN MATRIMONIAL PACTADA MEDIANTE UN ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES Y DECLARADA POR UN FUNCIONARIO DEL REGISTRO CIVIL DE OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ GS 15 noviembre 2022, as. C-646/20: *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*)

Observaciones: 1. La presente Sentencia del Tribunal de Justicia aborda la calificación del acta expedida por una autoridad extrajudicial (funcionario del registro civil italiano) en el contexto del RB II bis, aunque la fecha de la Sentencia es posterior al momento de la derogación de este texto debido a la aplicabilidad desde el 1 agosto de 2022 del RB II ter. La respuesta del Tribunal viene marcada por su relevancia, a la vez que por las importantes aristas que presentan los razonamientos la fundamentan. La interpretación en la base su declaración adolece en unos casos de argumentación, siendo contradictoria en otros. A ello hay que añadir que el desarrollo por el que discurren sus razonamientos no facilita su comprensión y, en ocasiones, no permiten entender la causa a la que obedecen. Todo ello, adornado con ciertas afirmaciones, sorprendentes por inexplicables, son los exponentes que la caracterizan.

2. El caso resuelto se refiere a un divorcio de mutuo acuerdo ante el encargado del registro civil italiano en el que la esposa ostenta la doble nacionalidad alemana e italiana, siendo el esposo

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado. Universidad de León

nacional italiano. En virtud de lo previsto en el ordenamiento italiano (art. 12 Decreto-Ley 132/2014) comparecen los cónyuges para realizar la declaración referida al cumplimiento de los requisitos legales. Tras la doble ratificación personal, el funcionario del registro civil italiano expide el certificado de divorcio previsto en el art. 39 RB II bis. Con este certificado la esposa solicita a la autoridad alemana competente la inscripción del divorcio en el registro alemán. Ante la duda que suscita a esta autoridad la necesidad del reconocimiento de este divorcio con carácter previo a su inscripción, eleva la cuestión al tribunal competente y, tras sucesivos recursos, llega al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*) quien plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. La primera, si "la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 Decreto Ley nº 132/2014 constituye una "resolución judicial" relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis". La segunda, para el caso de respuesta negativa a la primera, si "debe tratarse la disolución del matrimonio en virtud del art. 12 Decreto Ley nº 132/2014 conforme a lo previsto en el art. 46 del Reglamento Bruselas II bis acerca de los documentos públicos y acuerdos".

Como muestran estas cuestiones, la duda del tribunal alemán se refiere a la calificación del acta expedida por el funcionario del registro civil italiano. Solamente su calificación como "resolución judicial" de acuerdo con art. 2.4º RB II bis permitía el reconocimiento automático previsto en su art. 21.1º. La respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial motiva que el Tribunal no se pronuncie sobre la segunda (ap. 68).

3. La respuesta a la cuestión abordada se resuelve en la decisión de la Sentencia al señalar que "(e)l art. 2, punto 4, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (...) debe interpretarse, particularmente a efectos de la aplicación del art. 21, ap. 1, de ese Reglamento, en el sentido de que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil de un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una "resolución judicial" en el sentido del referido art. 2, punto 4". Esta transcripción permite constatar que la única condición que exige el Tribunal para que el acta que extiende el funcionario del registro civil de un Estado miembro sea una "resolución judicial" es la declaración del acuerdo de divorcio de los cónyuges, sin que sea necesario que esta autoridad realice control alguno del fondo del acuerdo referido al consentimiento de los cónyuges.

4. La clave para entender, que no justificar, esta decisión, se encuentra en la prevalencia del resultado al que pretende llegar el Tribunal como solución del caso. La solución predeterminada ha sido antepuesta a cualquier obstáculo que pudiera impedirla. El resultado buscado es que el acta expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro pueda ser reconocida de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 21.1º RB II bis. El obstáculo es el estrecho marco que este precepto presenta en cuanto su operatividad está vinculada a la calificación del título como "resolución judicial". De no permitir esta calificación, la aplicabilidad del art. 46 para los documentos públicos o acuerdos lleva a un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo. En este contexto, la finalidad de la interpretación es salvar la importante traba que supone en el caso de divorcio ante el encargado del registro civil la acreditación de los presupuestos que delimitan el concepto de "resolución judicial", particularmente el que sustenta el carácter decisorio de su intervención relativo al examen de la realidad y de la validez consentimiento de los cónyuges.

5. Como presupuesto imprescindible para resolver la cuestión, el Tribunal aborda la interpretación del concepto de "resolución judicial" (aps. 46 a 57), ante la ausencia de definición en el art. 2.4º RB II bis y de remisión alguna al ordenamiento de los Estados miembros. La Sentencia deja claro que este concepto se articula sobre un doble presupuesto. El primero, que sea adoptada por un "órgano jurisdiccional", término que de acuerdo con el art. 2.1º RB II bis comprende a las autoridades judiciales o extrajudiciales de los Estados miembros que tengan atribuida la competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (aps. 46 a 51). El segundo, que la intervención del "órgano jurisdiccional" tenga carácter decisorio, cuya existencia se constata mediante el elemento del control sobre la declaración del

divorcio. Este control implica, especialmente en los divorcios de mutuo acuerdo, “que lleve a cabo un examen de las condiciones del divorcio a la luz del Derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges que van a divorciarse” (ap. 54).

6. Sobre la base del doble presupuesto que configura el concepto de “resolución judicial” el Tribunal aborda la solución determinando si en el mismo queda comprendida el acta de divorcio del funcionario del registro civil italiano expedida de acuerdo con lo previsto en el art. 12 DL 132/2014 de su legislación (aps. 63 a 66). En virtud de este precepto considera acreditado el primero de aquellos presupuestos al constatar que este funcionario es una autoridad legalmente instituida al venirle atribuida por esta norma la competencia para declarar el divorcio. En lo que respecta al segundo presupuesto, el precepto italiano también permite constatar que dicha autoridad examina el cumplimiento de los requisitos previstos en su legislación (ap. 65). Sin embargo, y esto es lo relevante, no permite acreditar que realice el examen del fondo del acuerdo referido al consentimiento de los cónyuges que requiere el carácter decisivo de la intervención de la autoridad competente. El derecho italiano únicamente exige que los cónyuges declaren ante el funcionario del registro civil su voluntad de divorciarse. Esto lleva al Tribunal de Justicia a actuar por la vía de la interpretación con el objeto de llegar al resultado pretendido, que de otro modo no hubiera sido posible en el contexto del RB II bis.

7. Entiende el Tribunal que el control del fondo del acuerdo referido a la realidad y validez del consentimiento de los cónyuges se deriva de la exigencia que impone el art. 12 DL 132/2014 al funcionario del registro civil italiano de recabar la declaración de voluntad de divorcio de cada cónyuge, porque considera, y aquí radica la relevancia, que ello “implica que se asegura de que consienten de forma válida, libre e informada en divorciarse (ap. 64). En esta única afirmación de este único apartado se encuentra el eje central sobre el que sustenta la declaración de la Sentencia. La equiparación entre la simple declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse y el control del fondo del acuerdo que ha de realizar la autoridad competente le permite señalar que el acta de divorcio que expide el funcionario del registro civil italiano es una “resolución judicial”. Esta equiparación carece de argumentación a pesar de la relevancia que presenta en la solución del caso. Y es que, realmente, la declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse no es equivalente al control del fondo que pueda permitir a la autoridad asegurarse de la realidad y validez, o del carácter libre e informado de su consentimiento para el divorcio. La declaración de los cónyuges es solo el presupuesto que abre la posibilidad del control del consentimiento (validez, realidad, información), pero este se produce en un segundo escalón. El resultado de esta equiparación es la pérdida de relevancia del examen del consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, del carácter decisivo con el que ha de intervenir la autoridad competente y ello, a pesar de que se trata de un presupuesto esencial en la configuración del concepto de “resolución judicial” de acuerdo con la interpretación que, también en la Sentencia, ha realizado el Tribunal. Nos encontramos ante la muestra de la prevalencia del resultado pretendido, para el que “todo vale”, incluida una respuesta que no está a la altura de la relevancia que presenta como núcleo de la solución. La afirmación en la que se basa va más allá de la labor interpretativa como refleja su imposible justificación, su carencia de argumentación y su incompatibilidad con el resto de los parámetros sobre los que se fundamenta la misma Sentencia. Sus resultados tampoco actúan como freno para la respuesta.

8. Mención aparte requiere la referencia de la Sentencia a la continuidad normativa del RB II ter respecto al RB II bis referida al concepto de “resolución judicial” (aps. 58 y 59) y al sistema de reconocimiento (aps. 60 y 61). En este contexto destacan las sorprendentes afirmaciones que realiza el Tribunal mediante las que reconduce la novedad introducida por el RB II ter en el sistema de reconocimiento a una mera “clarificación”, cuando desde luego no es esto lo que muestra su normativa. El art. 65. 1º RB II ter introduce una de las más importantes novedades respecto a su predecesor al dotar de eficacia constitutiva y equiparar con las “resoluciones”, a los efectos del procedimiento, a los acuerdos de divorcio comprendidos en un “documento público” o en un “acuerdo”. Esta equiparación implica la aplicación del sistema de reconocimiento

automático con independencia de la calificación del título en cualquiera de estas categorías que recoge en su art. 2. En todo caso, más allá de la negativa valoración que merecen estas injustificadas afirmaciones, lo cierto es que no se encuentra la incidencia que puedan tener para la solución del caso planteado, motivo por el que no se puede comprender la razón a la que obedece la consideración de la continuidad normativa de estos Reglamentos como argumento de la interpretación que basa su declaración. La Sentencia no la ofrece, al introducir esta referencia con la expresión “por lo demás” (ap.58). Tampoco aporta la respuesta su ubicación, tras la delimitación del concepto de “resolución judicial”. La respuesta al caso que aborda ha de basarse en el RB II bis como texto normativo en el que se plantea y no conforme a una reglamentación posterior. La ausencia de causa que justifique esta referencia, únicamente contribuye a empañar la comprensión del desarrollo por el que discurre el razonamiento en el que el Tribunal basa su declaración.

9. Las consecuencias que presenta la decisión de esta Sentencia se han de medir en atención al impacto que puedan tener en el ámbito del RB II ter como texto actualmente aplicable. En sentido negativo se puede señalar que no presenta incidencia alguna desde la perspectiva del sistema de reconocimiento. La equiparación del tratamiento a los efectos del procedimiento automático entre “resoluciones”, “documentos públicos” y “acuerdos”, implica la pérdida de relevancia de la categoría en la que se comprenda el acta de divorcio expedida por la autoridad, judicial o extrajudicial, del Estado miembro de origen. Distinto es, sin embargo, el impacto que presenta fuera de este ámbito. La incidencia de la Sentencia se puede constatar, en primer lugar, respecto al concepto de “resolución” al que se refiere el art. 2 RB II ter. Este precepto introduce una importante novedad al definir las “resoluciones”, “documentos públicos” y “acuerdos” y establecer, como elemento que identifica a la primera y marca la diferencia respecto a los demás, el carácter decisorio de la intervención de la autoridad competente. La pérdida de relevancia de este elemento propio de la “resolución” como resultado de la decisión de la Sentencia, difumina el contorno con el que este precepto la delimita, rompiendo así el esquema sobre el que articula la calificación de las distintas categorías de títulos susceptibles de reconocimiento. En segundo lugar, es también relevante la incidencia que en la aplicación del RB II ter presenta la Sentencia por la calificación como “resolución judicial” del acta del funcionario del registro. La vinculación entre “resolución” y “órgano jurisdiccional” (art. 2.1º) implica que este título solo puede ser expedido por un “órgano jurisdiccional”. El resultado es que esta autoridad actúa como “órgano jurisdiccional”. En el sector de la competencia judicial internacional implica que el encargado del registro civil queda vinculado a las normas de competencia comprendidas en el Capítulo II del RB II ter, lo que exige considerar la dificultad que pudiera plantear a las legislaciones nacionales a los efectos de la organización registral. Por otra parte, también este resultado afecta a las comunicaciones realizadas por los Estados miembros en virtud de lo previsto en el art. 103. Puesto que el Tribunal de Justicia no asume de manera automática el valor de estas comunicaciones (SSTJUE 23 mayo 2019, C-658/17, WB y 16 julio 2020, C-80/19, E.E), la declaración de la Sentencia supone la confirmación del que presentan aquellas que hubieran incluido al encargado del registro civil entre el listado de autoridades que pueden expedir el certificado de las “resoluciones” previsto en el art. 36.1 a).

10. En este sentido, particular mención requiere la constatación de la incidencia que presenta la Sentencia respecto a la comunicación realizada por España al precisar que las autoridades competentes para emitir el certificado previsto en el art. 36.1º.a) son los Letrados de la Administración de Justicia, en tanto que los notarios pueden expedir el relativo a los “documentos públicos” y los “acuerdos”. El resultado de esta delimitación es que la autoridad notarial no es considerada como “órgano jurisdiccional” en el contexto del RB II ter. Esta comunicación no responde a lo previsto en nuestra legislación (arts. 82 a 90 Cc) que atribuye competencia al notario para conocer del divorcio de mutuo acuerdo y su función muestra el carácter decisorio de su intervención como consecuencia del control de legalidad y lesividad que tiene que realizar en la tramitación de la escritura pública. En este contexto la Sentencia tiene especial relevancia en cuanto afecta al valor de la comunicación de España. La mayor amplitud que tiene la

intervención de la autoridad notarial española que la exigida por el Tribunal de Justicia para calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio del encargado del registro civil de un Estado miembro (vinculada al mero hecho de que los cónyuges declaran su voluntad de divorciarse ante esta autoridad), permite sustentar que la decisión de divorcio del notario español es una “resolución” y como tal ha de circular en el ámbito europeo. Este reconocimiento implícito que cabe derivar del pronunciamiento de la Sentencia ha motivado la retirada de la cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes el 10 mayo 2022, en el asunto C-304/22 (DO C 318 de 22.8.2022) en la que preguntaban al Tribunal de Justicia si la decisión de divorcio de la autoridad notarial española puede ser calificada como “resolución judicial”. Cabe señalar, por todo ello, que esta Sentencia ha desvirtuado el valor de la comunicación española, lo que no obsta a la necesidad de su modificación para dejar constancia de que los notarios pueden expedir el certificado propio de las “resoluciones” en materia matrimonial

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ *

13. MATRIMONIO INFANTIL NO RECONOCIDO EN UN ESTADO MIEMBRO: SITUACIÓN DE REFUGIADO MENOR CASADO EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA EN EL TERRITORIO DE ESE ESTADO (STJ 3^a 17 noviembre 2022, as. C-230/21: *Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)*)

Observaciones: El caso *X. c Belgische Staat* pone de relieve la desconexión entre los planteamientos de Derechos humanos, Derecho internacional privado y Derecho de extranjería en relación con una cuestión particularmente polémica como el matrimonio infantil. La hija de X, de quince años de edad, contrajo matrimonio en diciembre de 2016 en el Líbano con Y.B. de diecinueve años, que era titular de un permiso de residencia en vigor en Bélgica. La normativa de extranjería belga impedía a Y.B. solicitar la reunificación familiar de su cónyuge, la hija de X, por ser menor de edad. Se trata de una normativa conforme con el art. 4 Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 septiembre 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar que permite que los Estados exijan, “con el fin de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados” que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima”.

Ello no impidió no obstante que de facto la hija de X se reuniera con Y.B. El 28 agosto de 2017, ocho meses después de la celebración del matrimonio en Líbano, la hija de X llegó a Bélgica. Un día después, el 29 agosto de 2017, el Servicio Público Federal de Justicia belga consideró que era una menor extranjera no acompañada y le asignó una tutora. El 26 de septiembre las autoridades belgas reconocieron a la hija de X la condición de refugiada. En esa misma fecha la Oficina de Extranjería belga le comunicó su negativa a reconocer su matrimonio, por tratarse de un matrimonio infantil contrario al orden público belga. Pocos meses después, la madre, X, presentó ante la Embajada de Bélgica en el Líbano una solicitud de visado con fines de reagrupación familiar con su hija, así como visados por razones humanitarias para otros dos hijos menores. Estas solicitudes fueron denegadas, con fundamento en que la familia nuclear está constituida únicamente por los cónyuges e hijos menores de edad solteros. Se concluyó que al estar la hija de X casada ya no pertenecía a la familia nuclear de sus padres, por lo que no procedía la reagrupación.

En el recurso prejudicial se formulan dos preguntas. De una parte, se pregunta si un refugiado menor de edad no acompañado debe no estar casado para poder ser considerado “menor no acompañado” según el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86 y poder así beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar con su ascendiente (art. 10.3º.a) de la Directiva). Adicionalmente se

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia. El presente comentario se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración» financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

pregunta si puede considerarse “menor no acompañado” no casado a un refugiado menor de edad cuyo matrimonio no es reconocido por razones de orden público.

La primera cuestión puede resolverse fácilmente con referencia al art. 2 f) de la Directiva que define el concepto de ‘menor no acompañado’ y establece únicamente dos requisitos, a saber, que ha de tratarse de un menor y que este menor ha de estar no acompañado. El estado civil no se menciona ni en este precepto ni en el art. 10 de la Directiva. El TJUE pone de relieve en el FJ 28 de la sentencia comentada que el derecho a la reagrupación familiar de los menores refugiados no se supedita a ningún margen de apreciación ni a ningún otro requisito establecido en otros preceptos de la Directiva 2003/86, por lo que está vedado a los Estados miembros introducir requisitos adicionales por vía interpretativa. Por consiguiente, el hecho de que la hija de X esté casada es irrelevante de cara a la reagrupación familiar con su madre y sus hermanos.

El Tribunal de Justicia consideró innecesario responder a la segunda cuestión prejudicial. En este punto son de interés las consideraciones del Abogado General, quien en aras de la exhaustividad analiza si puede considerarse ‘menor no acompañado’ a un refugiado menor de edad cuyo matrimonio no se reconoce en virtud de las normas de DIPr. El Abogado General recuerda que en el estado actual del Derecho de la Unión no existe una definición autónoma del concepto de matrimonio. Corresponde, por tanto, a los Estados miembros determinar si existe o no un matrimonio conforme a sus propias normas de Derecho internacional privado. La operatividad de las normas de extranjería europeas depende de la resolución de una cuestión previa, la validez del matrimonio, sujeta a normas de Derecho internacional privado no uniformes. El Abogado General establece en sus Conclusiones un límite a la resolución de la cuestión preliminar que recuerda al que se exige respecto a la aplicación de la excepción de orden público en el contexto europeo. Se ha de respetar la efectividad del Derecho de la Unión y los objetivos de la Directiva 2003/86. Que un Estado se niegue a reconocer el matrimonio de un menor por razones de orden público y al mismo tiempo lo considere casado a efectos de reagrupación familiar iría en contra de los citados objetivos pues privaría al niño del derecho a la reagrupación familiar con sus ascendientes incrementando su dependencia del cónyuge no reconocido.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS *

14. CONDICIONES QUE DAN LUGAR AL APLAZAMIENTO DE LA EXPULSIÓN DE UN NACIONAL DE TERCER PAÍS AQUEJADO DE ENFERMEDAD GRAVE CON TRATAMIENTO MÉDICO PALIATIVO (STJ GS 22 noviembre 2022, as. C-69/21: *Xy Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*)

15. CONDICIONES GENERALES QUE PUEDEN CONSULTARSE E IMPRIMIRSE A PARTIR DE UN ENLACE HIPERTEXTO MENCIONADO EN UN CONTRATO CELEBRADO POR ESCRITO (STJ 7^a 24 noviembre 2022, as. C 358/21: *Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG*)

Observaciones: 1. Esta sentencia se pronuncia acerca de la eficacia de una vía para la incorporación de cláusulas de jurisdicción frecuente en la práctica. Se trata de la remisión en el texto de un contrato formalizado por escrito (cabe entender, en este caso, que en papel) a un URL (localizador uniforme de recurso) que da acceso a las condiciones generales del predisponente entre las que se incluye la cláusula de jurisdicción. En el litigio principal la parte que se oponía a la jurisdicción de los tribunales designados en el acuerdo de jurisdicción invocaba que esta situación no es equiparable a la que concurría en la célebre sentencia del Tribunal de Justicia de 21 mayo 2015, *El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334. Cabe recordar que en ese precedente el Tribunal de Justicia aclaró que la exigencia de forma escrita en el actual art. 25.1º.a) y 2 RBibis

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona.

(que se corresponde con el art. 23.1º.a y 2º del Convenio de Lugano, al que va referida la nueva sentencia) puede satisfacerse cuando se contrata mediante una página web aceptando mediante un clic en el botón correspondiente las condiciones generales (técnica conocida como *click wrapping*), aunque en el proceso de contratación el texto de las condiciones generales que incluye la cláusula de jurisdicción no se abra de manera automática sino que tan solo se ponga a su disposición mediante un enlace, de modo que si el adherente opta por no pulsar sobre el enlace correspondiente puede aceptar las condiciones generales mediante un clic sin haber accedido previamente a ese contenido.

2. Frente a la posición de esa parte, el Tribunal avala que la inclusión de la URL que hace posible el acceso a las condiciones generales en el texto del contrato firmado por las partes – obviamente, no siendo una de ellas un consumidor de modo que no resulta aplicable el régimen específico de los contratos de consumo– pueda ser suficiente para que se entienda válidamente celebrado el acuerdo atributivo de competencia recogido en las condiciones generales a las que se remite expresamente el contrato. Se trata de un planteamiento muy razonable y acorde con las necesidades de la contratación internacional. El Tribunal de Justicia destaca expresamente en el ap. 55 de la sentencia *Tilman* que el litigio en el que se plantea la cuestión se refiere a relaciones entre empresas comerciales, de modo que no afecta a la aplicación de las restricciones a la eficacia de los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo. No obstante, pese a la aparente rotundidad del fallo de la sentencia y la solidez de los argumentos para avalar esa posición, en la sentencia se incluyen ciertas consideraciones que pueden ser fuente de confusión.

3. Comenzaré por el final. El fallo de la sentencia establece que el art. 23, aps. 1 y 2 del Convenio de Lugano “debe interpretarse en el sentido de que se ha estipulado válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web…, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web”. Cabe entender que en este texto la expresión “contrato celebrado por escrito” incluye los celebrados en soporte tangible (papel) y el término “enlace hipertexto a un sitio web” comprende la inclusión en tales contratos de la URL (“mención del enlace de hipertexto” dice el ap. 51 de la sentencia) que permite acceder a las condiciones generales y guardarlas, aunque para ello, al margen del documento en el que se recoja el contrato deba emplearse un dispositivo que haga posible el acceso al sitio web donde se ubican las condiciones generales.

4. La argumentación que permite llegar a ese resultado de manera coherente con la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia aparece recogida básicamente en los aps. 47 a 54 de la sentencia. En síntesis, el Tribunal considera que esa vía satisface la exigencia de forma escrita del art. 25 RBibis (23 Convenio de Lugano), en la medida en la que el texto del contrato contenga una remisión expresa a las condiciones generales en las que se incluye el acuerdo de jurisdicción y que éstas hayan sido efectivamente comunicadas a esa parte. Este requisito se considera cumplido “siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal” (ap. 51 de la sentencia). Basta para ello con que “el acceso a dichas condiciones generales sea posible antes de la firma del contrato y la aceptación de esas condiciones se produzca con la firma de la parte contratante afectada”, siempre que las condiciones puedan guardarse o imprimirse, de modo quepa entender que se proporciona un registro duradero del acuerdo de jurisdicción (ap. 52-54).

5. Esta argumentación del Tribunal resulta plenamente coherente y lleva a considerar que esa vía de incorporación de la cláusula de jurisdicción incorporada en las condiciones generales permite satisfacer la exigencia de que el acuerdo atributivo de competencia se haya celebrado por escrito, conforme a lo dispuesto en la letra a) art. 23.1º Convenio de Lugano (art. 25.1º RBibis) en relación con la previsión específica respecto del uso de medios electrónicos de su ap. 2.

6. Ahora bien, lo que puede ser fuente de confusión es que, tras ese análisis, sin ulterior argumentación, más allá de la mera constatación de que se trata de un acuerdo entre

comerciantes, el Tribunal en los arts. 56 a 58 de la sentencia proceda a valorar la eventual validez formal del acuerdo a la luz de las opciones recogidas en las letras b) y c) del ap. 1 del art. 23 del Convenio de Lugano (art. 25 RBibis). Esas opciones requieren apreciar que el acuerdo se ha celebrado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas (letra b) o que es una forma conforme a un uso del comercio internacional que les resulte aplicable (letra c). Además, el Tribunal concluye que corresponde al órgano remitente "comprobar si las partes en el litigio principal han estipulado una cláusula atributiva de competencia en una de las formas previstas en el art. 23, ap. 1, letras b) y c), del Convenio de Lugano." Por último, pese a que la cuestión prejudicial iba referida únicamente a la interpretación de la letra a) del ap. 1 (en combinación con el ap. 2), el pronunciamiento del Tribunal declarando que esa vía cumple las exigencias formales va referido genéricamente al ap. 1 –no específicamente a su letra a)– en combinación con el ap. 2.

7. En realidad, si la técnica de contratación y de remisión a las condiciones generales analizada satisface la exigencia de forma escrita conforme a la letra a) del ap. 1 (en combinación con el ap. 2), no resulta preciso acudir a las letras b) y c) del art. 23.1 del Convenio de Lugano (art. 25.1º RBibis) (que, por cierto, son opciones de forma que, al menos de modo expreso, no aparecen mencionadas en el texto del art. 3 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, disposición, no obstante cuya interpretación debe ser uniforme y diferenciada de la del art. 25 RBibis y 23 CL). Cuestión distinta, que no aborda el Tribunal, es que la eficacia de tales cláusulas conforme a la mencionada letra a) puede requerir que el predisponente pruebe que el enlace hipertexto funcionaba, pudo ser abierto por la otra parte antes de celebrar el contrato aplicando una diligencia normal, y permitía obtener un registro duradero de las condiciones generales en cuestión.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

16. EL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA DEBE RETIRAR LOS ENLACES A INFORMACIÓN QUE FIGURA EN EL CONTENIDO INDEXADO CUANDO EL SOLICITANTE PRUEBA QUE ES MANIFIESTAMENTE INEXACTA (STJ GS 8 diciembre 2022, as. C-460/20: TU;RE y Google LLC)

17. ANUNCIOS PUBLICADOS EN INTERNET POR TERCEROS VENDEDORES QUE UTILIZAN EN ESOS ANUNCIOS UN SIGNO IDÉNTICO A UNA MARCA AJENA PARA PRODUCTOS IDÉNTICOS A AQUELLOS PARA LOS QUE ESTA ESTÁ REGISTRADA (STJ GS 22 diciembre 2022, as. C-148/21 y C-184/21: Louboutin)

18. LOS VIAJEROS CUYO VIAJE COMBINADO SE HAYA VISTO AFECTADO POR LAS MEDIDAS PARA CONTENER LA PANDEMIA DE COVID-19 PUEDEN TENER DERECHO A UNA REDUCCIÓN DEL PRECIO DEL VIAJE (STJ 2ª 12 enero 2023, as. C-396/21: FTI Touristik)

19. EL TRIBUNAL GENERAL CONFIRMA LAS FACULTADES REFORZADAS DE LA AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA COOPERACIÓN DE LOS REGULADORES DE LA ENERGÍA (ACER) PARA ADOPTAR DECISIONES INDIVIDUALES SOBRE CUESTIONES TRANSFRONTERIZAS (STG 2ª ampl. 15 febrero 2023, asuntos T-606/20 y T-607/20: Austrian Power Grid y otros/ACER)

20. EL DERECHO DE LA UNIÓN SE OPONE A QUE AUTORIDADES NACIONALES PUEDAN OBTENER SIN JUSTIFICACIÓN LA SUSPENSIÓN DE UNA RESOLUCIÓN FIRME DE RESTITUCIÓN DE UN MENOR (STJ 3ª 16 febrero 2023, as. C-638/22 PPU: Rzecznik Praw Dziecka y otros)

Observaciones: 1. En el asunto C-638/22 el TJ se pronuncia sobre tres cuestiones planteadas por el Tribunal de Apelación de Varsovia. En primer lugar, sobre la compatibilidad del art. 388.1º del Código

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

de Procedimiento Civil, modificado por Ley de 2022 (en adelante, CPC) con las exigencias de celeridad previstas en el art. 11.º Reglamento 2201/03 y en los arts. 22, 24, 27.º y 28.º y 2º Reglamento 2019/1111. En segundo lugar, sobre la conformidad de las disposiciones polacas con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, la Carta). Y, por último, se cuestiona si, en el supuesto de confirmar que el Reglamento europeo se opone a lo dispuesto en el art. 388.1 CPC, el tribunal nacional estaría obligado a dejar de aplicar las disposiciones nacionales, de conformidad con el principio de primacía del Derecho europeo.

Los hechos que originan la decisión del TJ son los siguientes: Una familia, de nacionalidad polaca, integrada por el padre, la madre y dos hijos menores, residen durante varios años en Irlanda, donde los padres han trabajado de forma estable. En el verano de 2021, la madre de los menores, con el consentimiento del padre, se traslada de vacaciones a Polonia. En septiembre informa al padre que ha decidido quedarse de forma permanente en su país natal. Frente a este hecho, en noviembre, el padre solicita ante el tribunal polaco competente la restitución de los menores a Irlanda con base en el Convenio de La Haya de 1980. Mediante Auto de 15 junio 2022 el tribunal polaco, considerando que no existe ningún peligro para los menores, ordena su restitución a Irlanda, Estado de residencia habitual anterior al traslado. Frente a dicho auto la madre interpone recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Varsovia que, mediante Auto de 21 septiembre 2022, resuelve desestimando el recurso interpuesto y considerando que no ha lugar para denegar la restitución. Con fecha 28 de septiembre, la resolución adquiere firmeza y, no cumpliendo la madre la resolución para garantizar el regreso de los menores a Irlanda, el padre solicita una copia del auto junto con una declaración relativa a su ejecutoriedad. El 30 de septiembre y el 5 de octubre, respectivamente, con base en el art. 388.1º CPC, el Defensor de los derechos del niño y el Ministerio Público, autoridades autorizadas tras la reforma del citado precepto operada por la Ley 2022, solicitan al Tribunal de Apelación de Varsovia la suspensión de la ejecución de las órdenes definitivas de restitución de fechas 15 de junio y 21 de septiembre. Y, posteriormente, con fecha 21 de noviembre, interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Polonia.

2. En relación con la primera cuestión, el TJ delimita, en primer lugar, el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111 afirmando que, como se desprende de su art. 100.2º, el Reglamento 2201/03 sigue aplicándose, tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111, a acciones interpuestas antes del 1 agosto de 2022. En el presente asunto, con fecha 18 noviembre 2021, el padre solicita ante el Tribunal Regional de Wroclaw la restitución de los menores a Irlanda con base en el Convenio de La Haya del 80, siendo aplicable el Reglamento 2201/03. La solicitud de ejecución de la orden de restitución, solicitada con fecha 21 septiembre 2022, aunque es posterior a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, no constituye un procedimiento independiente sino una etapa del procedimiento de restitución iniciado en noviembre de 2021. En consecuencia, el Reglamento 2019/1111 no resulta aplicable temporalmente por lo que procede determinar únicamente la compatibilidad del reformado art. 388 C.P.C. con el art. 11.3º Reglamento 2201/03.

Del tenor literal del art. 11.3º del texto europeo se desprende la obligación de los Estados miembros de adoptar una decisión de restitución del menor en un plazo especialmente breve y estricto. En principio, dicha decisión debe adoptarse a más tardar en el plazo de seis semanas, utilizando los procedimientos más rápidos previstos por la legislación nacional. Regla de la que solo es posible apartarse en "circunstancias excepcionales". El contexto en el que se encuentra el art. 11.3º Reglamento 2201/03 avala esta interpretación. Dicho precepto complementa y especifica las normas del Convenio de La Haya de 1980, constituyendo un conjunto indivisible de normas aplicables a los procedimientos de retorno de menores desplazados ilícitamente dentro de la Unión de tal modo que las normas convencionales inciden sobre el significado, alcance y eficacia de las disposiciones europeas. Además, el objetivo de ambas disposiciones es el retorno inmediato del menor. Para ello se requiere a los Estados y sus autoridades la utilización de procedimientos de emergencia para resolver la restitución y solo en circunstancias excepcionales, en caso de grave riesgo para el menor, puede denegarse la restitución. Este imperativo de eficacia y rapidez que rige la adopción de una decisión de retorno se impone a las autoridades nacionales también en el marco de la ejecución de tal decisión pues, de otro modo, si la legislación nacional permitiera la ejecución de una decisión final que ordenara la suspensión de la restitución de un niño, el art. 11.3º Reglamento se vería privado de su efecto útil. De ahí que el Tribunal

haya afirmado que la aplicación de normas nacionales de Derecho sustantivo y procesal no puede menoscabar el efecto útil del Reglamento 2201/2003.

Asimismo, esta interpretación garantiza el respeto a los derechos fundamentales del niño, en particular, el derecho al respeto de la vida privada o familiar y la necesidad que tiene el niño de mantener regularmente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, conforme a lo dispuesto en los arts. 7 y 24 de la Carta. Derechos cuya interpretación no puede limitar o afectar a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales Libertades, suscrita en Roma el 4 noviembre 1950. Este texto, de acuerdo con la interpretación ofrecida por el TEDH, exige en el marco de su art. 8 que en supuestos relativos a decisiones dictadas sobre la base del Convenio de La Haya de 1980, la idoneidad de una medida deba evaluarse, en particular, en función de la velocidad de su aplicación. Estos casos requieren un tratamiento urgente ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los hijos y el progenitor que no reside con ellos.

3. Sobre la conformidad de las disposiciones polacas con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta, la cuestión planteada se sustenta en que aquellas disposiciones facultan a determinadas autoridades, no judiciales, para solicitar la suspensión de la ejecución de una decisión judicial firme, sin que dicha facultad esté sometida a control judicial alguno. El CPC permite que la ejecución de una decisión de retorno se suspenda automáticamente, por un período de al menos dos meses, cuando el Defensor de los derechos del niño o el Ministerio Público lo solicita ante el Tribunal de Apelación, en un plazo de dos semanas a partir de la fecha en que la decisión sea definitiva. Además, si, tras la presentación de esta solicitud, la citada autoridad interpone un recurso ante el Tribunal Supremo polaco, la suspensión de la ejecución se prorroga automáticamente hasta el final del procedimiento.

Conforme a una reiterada jurisprudencia, el derecho a un recurso efectivo consagrado en el art. 47 de la Carta se opone a que una autoridad pueda impedir la ejecución de una decisión judicial y no puede servir para justificar que una decisión judicial firme y vinculante siga siendo ineficaz en perjuicio de una parte. No se admiten, en este marco, las alegaciones presentadas por el Gobierno polaco justificando las disposiciones polacas en la necesidad de garantizar la protección de los menores frente a daños irreparables derivados de la ejecutoriedad de la decisión de restitución. Entiende el TJ que tal protección está garantizada por la existencia de un recurso ante un órgano judicial cuando concurren los supuestos contemplados en el art. 13 Convenio de La Haya de 1980. Además, la suspensión de una decisión firme de retorno por un período de al menos dos meses o más, cuando las autoridades interponen recurso extraordinario, excede el plazo en el que la decisión de retorno debe adoptarse conforme a lo dispuesto en el art. 11.3º Reglamento 2201/03. En consecuencia, de los arts. 11.3º Reglamento 2201/03 y 47 de la Carta no se deriva la obligación de los Estados miembros de prever un nivel adicional de competencia contra la decisión de retorno cuando esta decisión ha sido adoptada en el marco de un procedimiento que ya prevé dos niveles de competencia y el procedimiento permite al órgano judicial valorar la existencia de riesgos para el menor en caso de restitución. Conforme a los preceptos citados el retorno del menor al lugar de su residencia habitual solo puede suspenderse en circunstancias específicas y casos excepcionales y, en cualquier caso, no permiten otorgar un efecto suspensivo automático a los recursos interpuestos contra la decisión de retorno si tal suspensión, como ocurre en el marco de la legislación polaca, no está debidamente justificada.

4. Confirmada, de acuerdo con cuanto antecede, la incompatibilidad del reformado art. 388 CPC con el art. 11.3º Reglamento 2201/03, el TJ resuelve acerca de la obligación o no del tribunal nacional de dejar de aplicar las disposiciones nacionales de conformidad con el principio de primacía del Derecho europeo. Dicho principio impone al juez nacional, encargado de aplicar las normas del Derecho de la Unión, la obligación de garantizar el pleno efecto de las exigencias de las disposiciones europeas en el litigio que conoce, dejando, en su caso, sin aplicación cualquier norma o práctica nacional que sea contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo, sin solicitar o esperar su eliminación por la vía legislativa o por cualquier otro proceso constitucional. En el supuesto, el Reglamento 2201/03, disposición que goza de aplicabilidad inmediata y efecto directo, por su propia naturaleza y su función en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión, es capaz de conferir a los particulares derechos que los tribunales nacionales tienen la obligación de proteger. En su art. 11.3º

impone a los Estados miembros la exigencia de celeridad en los procedimientos destinados a la adopción de una decisión de retorno en el sentido del Convenio de La Haya de 1980, esto es, una obligación de resultado, clara y precisa. Los órganos nacionales están obligados a garantizar su pleno efecto, en su caso, sin aplicar la legislación nacional que afecte a la consecución de su efecto útil, como ocurre en el supuesto resuelto por el TJ.

María Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ*

21. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN CERTIFICADA COMO TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES (STJ 4^a 16 febrero 2023, as. C-393/21: *Lufthansa Technik AERO Alzey*)

Observaciones: 1. El Reglamento (CE) 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados responde a un modelo que ha tenido una limitada influencia en la evolución posterior de los instrumentos sobre cooperación judicial civil elaborados en el seno de la Unión. Así lo ilustra especialmente el que la supresión del exequáatur en el marco del RB1bis tuviera lugar mediante un modelo sustancialmente diferente. El establecimiento en el Reglamento (CE) 805/2004 de un mecanismo en el que se contempla un único motivo de denegación de la ejecución (incompatibilidad con una resolución previa) como establece su art. 21, lo que se vincula con los peculiares requisitos del procedimiento para la adopción de la resolución y su certificación como título ejecutivo europeo y contrasta con los motivos de denegación de la ejecución previstos en el art. 45 RB1bis, dota de singular interés en el marco del Reglamento (CE) 805/2004 a lo dispuesto en su art. 23 con respecto a la suspensión o limitación de la ejecución. La sentencia reseñada aborda determinados aspectos de la suspensión de la ejecución de resoluciones certificadas como títulos ejecutivos europeos.

2. Tal vez la principal aportación de la sentencia sean sus precisiones acerca de cómo debe entenderse la expresión “en circunstancias especiales”, en tanto que presupuesto que debe concurrir según el art. 23 letra c) para que se pueda suspender el procedimiento de ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo cuando ha sido impugnada en el Estado miembro de origen o cuando se ha solicitado la rectificación o la revocación del certificado de título ejecutivo europeo ante el órgano jurisdiccional de origen. El Tribunal de Justicia destaca que debe tratarse de circunstancias excepcionales en un marco en el que los órganos jurisdiccionales o autoridades del Estado miembro de ejecución tienen un margen de apreciación limitado.

3. En concreto, la sentencia establece que tales circunstancias concurrirán cuando la continuación del procedimiento de ejecución de la resolución en cuestión exponga al deudor “a un riesgo real de sufrir un perjuicio especialmente grave cuya reparación sea imposible o extremadamente difícil en caso de anulación de la referida resolución o de rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo”, precisando además que tales “circunstancias especiales” no son relativas al procedimiento judicial en el Estado miembro de origen contra la resolución o contra el certificado de TEE (ap. 46 y punto 1 del fallo de la sentencia).

4. La constatación de que la resolución objeto de ejecución no puede en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro de ejecución (ap. 41 de la sentencia) no es algo específico del Reglamento 805/2004, como resulta del empleo de esa misma expresión en el art. 52 RB1bis. Ahora bien, no sorprende que precisamente con respecto al funcionamiento del Reglamento 805/2004 el Tribunal de Justicia, en línea con la eliminación de controles –incluido el orden público– que ese instrumento llevó a cabo, destaque la especial relevancia del principio de confianza recíproca entre Estados miembros en la Administración de justicia en cada uno de

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura.

ellos en el reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución (aps. 42 y 43 de la sentencia).

5. Por otra parte, la sentencia aborda la interacción entre las tres posibilidades de suspensión o limitación de ejecución previstas en las letras a) –limitarla a medidas cautelares–, b) –subordinarla a la constitución de una garantía– y c) –suspenderla– del art. 23 Reglamento 805/2004, cuando la resolución que pretende ejecutarse ha sido impugnada en el Estado miembro de origen o cuando se ha solicitado la rectificación o la revocación del certificado de título ejecutivo europeo ante el órgano jurisdiccional de origen, para abordar si cabe la adopción simultánea de varias de esas medidas. Tras hacer referencia a su jurisprudencia previa, según la cual el uso de la conjunción “o bien” entre las tres medidas susceptibles de ser adoptadas no resulta determinante de su carácter alternativo, pues el sentido alternativo o acumulativo de ese término varía según las versiones lingüísticas, la sentencia constata que por su contenido la medida de la letra c) –suspender la ejecución– es incompatible con las otras dos, de modo que no cabe su adopción simultánea (aps. 50 y 51 de la sentencia). Por el contrario, las medidas previstas en las letras a) y b) no son mutuamente excluyentes, de modo que es posible su aplicación simultánea, subordinando la aplicación de medidas de ejecución provisionales a la constitución de una garantía por el acreedor (aps. 52 y 53 y punto 2 del fallo).

6. Por último, el Tribunal constata que cuando se ha suspendido la ejecutividad de una resolución y el correspondiente certificado del Estado miembro de origen ha sido presentado ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución, éste se encuentra obligado a suspender el procedimiento de ejecución. Se trata de una respuesta coherente con la extensión de efectos como presupuesto del reconocimiento y ejecución de resoluciones más allá del Estado de origen, lo que se corresponde con que una obligación semejante aparezca expresamente prevista en el art. 44.2º RBlbis (lo que tiene su reflejo en el segundo inciso del ap. 4.3ª de la disp. final vigésima quinta de la LEC). La ausencia de una previsión específica al respecto en el Reglamento 805/2004 (al igual que en la disp. final vigésima primera de la LEC) no es obstáculo para que el Tribunal de Justicia constate (aps. 58 a 63 de la sentencia) que la obligación de suspensión deriva de lo dispuesto en sus arts. 6.1.a), 6.2º y 11; en concreto, este último, en coherencia con la mencionada extensión de efectos como presupuesto de la eficacia transfronteriza de las resoluciones, establece que el título ejecutivo europeo “surtirá efecto únicamente dentro de los límites de la fuerza ejecutiva de la resolución”.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

22. LEY APPLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES QUE REMITE AL PAÍS EN EL QUE SE HA COMETIDO LA INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL (STJ 5ª 3 marzo 2022, as. C-421/20: *Acacia*)

23. COMPORTAMIENTO DE LA PERSONA QUE REIVINDICA LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR QUE PUEDE CAUSAR LA IMPRESIÓN A LA OTRA PARTE CONTRATANTE DE QUE ACTÚA CON FINES PROFESIONALES (STJ 9ª 9 marzo 2023, as C-177/22: *Jay Wurth Automotive GmbH*)

Observaciones: 1. La normativa de protección de los consumidores en la contratación va asociada a significativos costes empresariales, tanto desde la perspectiva meramente interna –piénsese, por ejemplo, en los costes asociados a las garantías adicionales o a las posibilidades de desistimiento de que se benefician imperativamente los consumidores–, como en el plano internacional. Reflejo de estos últimos son los costes asociados a la imposibilidad de que el empresario concentre los litigios derivados de sus contratos de comercialización de bienes a

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

consumidores ante los tribunales que designe (normalmente, los de su establecimiento), en particular, como consecuencia de que el art. 19 RBibis restringe en gran medida esa posibilidad, a diferencia de lo que sucede en la contratación entre empresas (art. 25 RBibis). La existencia de tales costes asociados específicamente a la contratación con consumidores es uno de los factores que explica que los empresarios en ocasiones ofrezcan sus productos a precios (y otras condiciones) diferentes a sus clientes consumidores, por una parte, y a quienes no lo son, por otra, de modo que con frecuencia a los primeros se les exigen precios más elevados.

2. En este contexto, presenta singular relevancia el tratamiento de las situaciones en las que la calificación como consumidor resulta controvertida con respecto a un cliente cuyo comportamiento pudo causar la impresión a la otra parte de que actuaba con fines profesionales, lo que pudo contribuir a que se beneficiara de un mejor precio, pero posteriormente invoca su pretendida condición de consumidor, por ejemplo, para demandar ante los tribunales de su propio domicilio, con base en el art. 18 RBibis, al empresario con el que contrató y que está domiciliado en otro Estado. En esta sentencia el Tribunal de Justicia proporciona precisiones adicionales acerca de la calificación como consumidor a los efectos del régimen de protección de los arts. 17 a 19 RBibis, en particular, con respecto al tratamiento de las situaciones en las que con su comportamiento el pretendido consumidor ha podido causar la impresión a la otra parte de que actuaba con fines profesionales.

3. Para exponer el contexto de esta resolución cabe señalar que el litigio principal va referido a la demanda interpuesta ante los tribunales de su propio domicilio (Austria) con base en los arts. 17 y 18 RBibis por la compradora –que sostiene ser consumidora– de un vehículo frente la empresa domiciliada en Alemania vendedora del vehículo. La pareja de hecho de la demandante es concesionario de automóviles y director de una plataforma *on line* de venta de automóviles, en cuya página de inicio figuraba la demandante como diseñadora gráfica y de páginas web. La pareja de hecho se encargó de la búsqueda del vehículo para la demandante y de ponerse en contacto con la demandada, enviándole “un correo electrónico, desde su dirección profesional, en el que formulaba una oferta de precio de compra, gravada según el régimen del margen de beneficio... Se mencionaba que el contrato de compraventa debía celebrarse en nombre de la demandante” (ap. 6 de la sentencia). La demandada “remitió a la pareja de hecho, por correo electrónico, el contrato de compraventa que identificaba como comprador a la “empresa JA” y recogía un epígrafe titulado “Acuerdos especiales: operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago [...]” (ap. 7), siendo firmado por la demandada sin formular objeciones a esas menciones. El contrato no incluía la cláusula de garantía ni ciertas menciones que el vendedor solo emplea en los contratos con particulares (ap. 9).

4. En primer lugar, el Tribunal de Justicia, a partir de su jurisprudencia previa, constata que lo determinante para la calificación como consumidor a los efectos del art. 17.1º.c) RBibis es la finalidad privada y, por lo tanto, ajena a su actividad profesional –con independencia de que esta actividad sea por cuenta propia o por cuenta ajena–, perseguida con la celebración del contrato por la persona de que se trate (aps. 26 y 28).

5. Con respecto a la relevancia a los efectos de su calificación como consumidor de la impresión que el comportamiento de la persona en cuestión causó a su cocontratante, el Tribunal confirma, como punto de partida, la doctrina que estableció en la sentencia *Gruber*, C 464/01, EU:C:2005:32. De hecho, el ap. 31 de la nueva sentencia debe interpretarse en conexión con los apartados 48 y 49 de la sentencia *Gruber*, a los que se remite expresamente. Si bien en la nueva sentencia se afirma que si los elementos de prueba que de manera objetiva resulten de los autos “son suficientes para que el órgano jurisdiccional pueda deducir de ellos la finalidad del contrato, resultará vano examinar si el cocontratante podía o no conocer el uso profesional o privado” (ap. 31 de la nueva sentencia), su remisión a la sentencia *Gruber* permite apreciar que esa afirmación solo opera en la medida en que dichos elementos sean suficientes para “deducir que el contrato satisfacía en gran medida necesidades relacionadas con la actividad profesional de la persona

interesada" (ap. 49 –y también 50– de la sentencia *Gruber*), pues esta circunstancia basta para excluir por completo su calificación como consumidor en tales casos.

6. Fuera de esas situaciones, sí resulta preciso "comprobar si, por su propio comportamiento respecto de su cocontratante, el supuesto consumidor dio la impresión a este último de que, en realidad, actuaba con fines profesionales, de modo que el cocontratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación en cuestión" (ap. 32 de la nueva sentencia con remisión al ap. 51 de la sentencia *Gruber*). Además, se admite que quien contrata únicamente para una finalidad privada pueda de hecho renunciar a la aplicación del régimen de protección específica de los arts. 17 a 19 RBibis, en la medida en que dé la impresión a su cocontratante de buena fe de que actúa con fines profesionales, de modo que el cocontratante pueda ignorar legítimamente la finalidad privada del contrato (aps. 32 a 34 de la nueva sentencia con ulteriores remisiones a la sentencia *Gruber*).

7. Aunque el Tribunal no aborda la cuestión desde esta perspectiva, su criterio de que la impresión que el supuesto consumidor causa a la contraparte cuando aparece actuar con fines profesionales es relevante para eventualmente excluir su calificación como consumidor, resulta coherente con la circunstancia de que, por sus menores costes para los comerciantes, los contratos a empresas pueden incluir condiciones –por ejemplo, de precio– más beneficiosas que los contratos de consumo. El criterio adoptado por el Tribunal de Justicia se corresponde con que no debe beneficiarse de las ventajas propias de la condición de consumidor –como la posibilidad de demandar ante los tribunales de su propio domicilio con base en los arts. 17 y 18 RBibis– quien con su actuación ha determinado que fuera tratado como un empresario o profesional por la otra parte, beneficiándose eventualmente de esa condición, por ejemplo, al pagar un precio por el producto menor del que se hubiera exigido a un consumidor.

8. La sentencia reseñada establece que de cara a valorar si con su comportamiento el supuesto consumidor causó la impresión de que actuaba con fines profesionales, el órgano competente "debe atender a todas las circunstancias que concurrieron al celebrarse el contrato" (ap. 37). En particular, aunque la falta de reacción por parte del supuesto consumidor a estipulaciones contractuales que lo designan como empresario no es en sí misma determinante a esos efectos, el Tribunal de Justicia establece que, corroborada por otros datos, puede constituir un indicio de que su comportamiento ha podido causar en la contraparte la impresión de que actuaba con fines profesionales (ap. 38). Ahora bien, el valor probatorio de las diversas informaciones o circunstancias relevantes para determinar la condición de consumidor a esos efectos no viene determinado por el Derecho de la Unión sino debe establecerse conforme al Derecho nacional (ap. 45), lo que es coherente con el alcance de la *lex fori* como ley rectora del proceso y la ausencia de normas armonizadas al respecto en el seno de la Unión. La sentencia aclara que ese criterio resulta de aplicación también para determinar si ha de concederse el beneficio de la duda a la persona que invoca la condición de "consumidor", pues debe apreciarse según las normas de Derecho nacional (ap. 48).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO^{*}

Observaciones: En la sentencia objeto de este comentario se analiza un contrato de consumo con doble propósito en el que la demandante, persona física, en el momento de su celebración actúa de tal modo que crea en la otra parte la impresión de que es una profesional, pero posteriormente alega su condición de consumidora. El TJUE sostiene que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda ha de valorar las circunstancias particulares del caso, las pruebas presentadas por las partes y el comportamiento de éstos para poder decidir, a los

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

efectos de la competencia judicial internacional, si el contrato se puede calificar como un contrato celebrado con consumidores.

2. Las cuestiones prejudiciales que el TJUE resuelve se plantean en el marco de un contrato celebrado entre JA, nacional austriaca, parte compradora en el contrato y demandante en el litigio, y Wurth Automotive GmbH, sociedad alemana que es la vendedora y la parte demandada. A través de su correo electrónico profesional JA negocia las condiciones de compra de un vehículo que vende la empresa Wurth Automotive GmbH. El 11 de marzo 2019 la demandante envía un correo electrónico desde su cuenta profesional en el que hace una oferta de precio de compra de un automóvil con matrícula alemana que propone pagar en efectivo y la especificación de que en el contrato como parte compradora constará su nombre. La empresa alemana envía el contrato al mismo correo electrónico en el que consta como parte compradora la "empresa JA" y que contiene, entre otros, un epígrafe titulado "Acuerdos especiales: operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago". La demandante firma el contrato sin hacer objeción alguna. Su pareja de hecho lo remite a la vendedora a través de su correo electrónico profesional y recoge el automóvil adquirido dos días más tarde, el 13 de marzo 2019. El automóvil se registra en Austria a nombre de la demandante. En la factura que Wurth Automotive GmbH emite se especifica que no procede a la mención del impuesto de valor añadido (IVA), previsto en la ley alemana. Unas semanas más tarde JA presenta una demanda contra la vendedora exigiendo el pago de 3 257,52 euros en concepto de derechos de garantía ante el Tribunal de Distrito de Salzburgo basando su competencia judicial internacional al art. 17 ap. 1, letra c) Reglamento 1215/2012. La empresa alemana declina su competencia judicial internacional alegando que la demandante celebró el contrato en el marco de su actividad profesional, tal y como se desprende de las cláusulas mencionadas.

3. El Tribunal de Distrito de Salzburgo (*Bezirksgericht Salzburg*) declara que no tiene competencia judicial internacional para conocer del litigio principal al considerar que la demandante adquirió el vehículo en el marco de su actividad profesional. Contra esta decisión JA interpone un recurso ante el Tribunal Regional de Salzburgo que decide suspender el procedimiento y pregunta al TJUE si las circunstancias especiales del caso permiten calificar la conducta de la demandante como profesional o sirven como prueba de su condición de consumidora a efectos de los arts. 17 y 18 Reglamento 1215/2012 tomando en consideración las circunstancias del caso. En este sentido se pregunta si se ha de tomar en cuenta el hecho de que en el contrato de compraventa se designaba a la demandante como empresa "JA" y que se incluía un epígrafe "Acuerdos especiales", en el que se hablaba de "Operación profesional/sin devolución ni garantía/entrega solo a la recepción del pago" al que la compradora no se opuso y no invocó en el momento de la firma su condición de consumidora.

4. La protección especial prevista en la Sección IV RBibis es una excepción de la regla general del domicilio del demandado prevista en el art. 4 y de las reglas especiales previstas en el art. 7 RBibis. Es por eso que se aplica sólo en los casos específicos y siempre que se cumplen las condiciones previstas en los art. 17–19 RBibis. Hasta el momento el TJUE en su jurisprudencia había insistido en el análisis objetivo del contrato prestando especial atención al uso que la persona física daba al producto adquirido o al servicio contratado. Si tal contratación se había hecho para propósitos personales, la persona cumplía con los requisitos de la Sección IV y se podía calificar como consumidor. Este mismo criterio se aplica, asimismo, para los contratos con doble propósito, como ocurría en los asuntos *Gruber*, o *Maximilian Schrems* contra Facebook (SS TJ 20 enero 2005, as. C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG; 25 enero 2018, as. C-498/16, Schrems Facebook Ireland Limited). En el asunto *Gruber* el Tribunal de Justicia estableció que el uso profesional ha de ser "insignificante", mientras que en el asunto *Schrems* determinó que la persona física se puede considerar consumidor solamente si el uso es "esencialmente no profesional". Por lo tanto, de manera limitada se pueden incluir en el concepto de consumidor algunas pocas actividades profesionales que se podrían calificar como "insignificantes" o

"esencialmente no profesionales" (A.-L. Calvo Caravaca, "Consumer contracts in the European Court of Justice case law", *CDT*, Vvl. 12, N°1, pp. 86–96, p.95; B. Añoveros Terradas, "Article 6: Consumer contracts", en *Regulation (EC) 593/2008 (Rome I): Commentaries*, Private International Law series, Edward Elgar, 2023). Esta interpretación más amplia del concepto de consumidor se encuentra también recogida en el asunto *Wurth Automotive* en el que el TJUE estima que en los contratos con doble propósito, en parte profesional y en parte privado, estos elementos se han de analizar en el contexto global del contrato e identificar, de acuerdo con las pruebas aportadas, cuál de los dos prevalece.

5. En este caso, no obstante, se introduce un nuevo elemento de análisis, un elemento subjetivo como es la actitud de la persona física y la impresión de profesionalidad que ésta crea en la otra parte contratante. En sus alegaciones la parte demandada sostiene que la compradora en el proceso de negociación y en la posterior celebración del contrato actuaba como profesional al constar en la página web como diseñadora gráfica o al hacer servir una cuenta de correo electrónico profesional. Por otro lado, las partes firmaron un contrato que contenía cláusulas típicas de los contratos celebrados entre profesionales, con condiciones especial y más ventajosas a las que la demandante no se opuso. El TJUE considera que la buena administración de la justicia obliga tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto las objetivas, que serían las pruebas documentales, como las subjetivas, que en este supuesto viene a ser el comportamiento de la parte compradora. El órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda debe determinar la finalidad con la que la persona que invoca la condición de consumidor ha celebrado el contrato. Si el contrato tiene doble propósito, ha de esclarecer si con él la demandante pretende realizar predominantemente actividades profesionales o cubrir necesidades privadas, con independencia de que esta actividad sea por cuenta propia o por cuenta ajena. Para eso, el tribunal nacional ha de basar su decisión en las pruebas aportadas por ambas partes que le permitan deducir de manera objetiva si el producto o el servicio se contrataron con una finalidad personal o predominantemente profesional.

6. Si las pruebas aportadas, no obstante, no permiten al tribunal esclarecer tal propósito, se ha de comprobar si con su comportamiento la persona física que alega la condición de consumidor pudo haber creado la impresión en la otra parte contratante de que actuaba con fines profesionales. Este criterio subjetivo, dadas las circunstancias particulares del caso, ha de ser valorado positivamente, puesto que permite al órgano jurisdiccional apreciar la relación contractual en su totalidad tomando en consideración tanto la intención con la que se ha celebrado el contrato, como la actitud de las partes y calificar de manera posiblemente más objetiva el contrato como B2C (*business to consumer*) o como B2B (*business to business*).

7. Resulta razonable en este sentido excluir a la demandante de la protección especial prevista en la Sección IV RBibis que queda reservada para aquellas personas que contratan el producto o el servicio para uso predominantemente particular y, además, su cocontratante es consciente de ello. JA en el momento de la contratación actuaba como profesional lo que llevó a crear la impresión en su contraparte de que intervenía en calidad de tal y, además, se benefició de condiciones especiales, típicas de los contratos celebrados entre profesionales, como pueden ser un precio de venta más reducido o el desgravar del IVA. La percepción que tuvo el vendedor en cuanto al rol que desempeñaba su contraparte, a saber, como un profesional que adquirió el producto para un uso comprendido en su actividad profesional, es la que determinó su comportamiento contractual en sentido tanto jurídico como económico, razón por la cual incluyó en el contrato un epígrafe específico titulado "Acuerdos especial", previsto sólo para los contratos B2B. Sin esta impresión de profesionalidad, las condiciones contractuales habrían sido distintas, es decir, las típicas para los contratos celebrados con consumidores, entre los cuales, un precio diferente del pactado y ausencia de ventajas fiscales. Concluye, por lo tanto, el TJUE que no puede beneficiarse de la protección especial en materia de consumidores prevista en los arts. 17–19 RBibis y buscar defensa ante los tribunales de su propio domicilio quién ha actuado como

profesional e incluso quién ha creado la impresión en su contraparte de buena fe que contrata como tal.

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

24. NOTIFICACIÓN DE FORMA REGULAR DE UN REQUERIMIENTO DE PAGO SEGUIDA DE UNA ENTREGA DE FORMA IRREGULAR DE UN ESCRITO DE DEMANDA DE UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DERECHO SUIZO (STJ 8^a 30 marzo 2023, as. C-343/22: PY y VB)

Observaciones: 1. En este asunto, un particular reclamaba a otro una deuda derivada de un contrato de arrendamiento. Aplicando el Derecho suizo, se notificó al deudor un requerimiento de pago, que al no ser atendido, dio pie seguidamente a una demanda reclamando dicha deuda, sin pedir en ésta la anulación de la oposición al requerimiento de pago. Esta demanda se intentó notificar al deudor en su domicilio en Alemania, pero el deudor rehusó recibir la notificación por no estar la demanda –redactada en francés– traducida al alemán. El procedimiento finaliza en Suiza con sentencia favorable al demandante y notificada por edicto al deudor. Posteriormente se inicia un procedimiento en Alemania para la ejecución de la sentencia del Tribunal Suizo, de acuerdo con las disposiciones del Convenio de Lugano II, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Inicialmente se estima la solicitud de ejecución, si bien el deudor recurre hasta llegar al Tribunal Supremo Alemán, órgano que acaba por plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial, sobre si una demanda presentada con posterioridad al requerimiento de pago, sin solicitar la enervación de la oposición a dicho requerimiento, constituye una cédula de emplazamiento a los efectos del art. 34.2º Convenio de Lugano II.

2. En este punto entra en consideración el concepto de “unidad funcional” de procedimientos. Si se considera que existe dicha unidad entre el requerimiento de pago inicial (digamos, el procedimiento formalmente regular), y la demanda posterior (el procedimiento formalmente irregular, por no solicitarse en él la enervación de la oposición al requerimiento), valdría aquél como cédula de emplazamiento. Mientras que si, por el contrario, ambos son procedimientos autónomos e independientes, no cabría considerar unidad funcional, de modo que de un lado el requerimiento de pago inicial no valdría como cédula de emplazamiento, mientras que, de otro lado, al adolecer la demanda posterior de defectos formales que causan indefensión en la parte demandada, tampoco valdría como cédula de emplazamiento. La conclusión del TJUE es que efectivamente, el procedimiento de expedición del requerimiento de pago ante la Autoridad de Cobros Forzados es distinto del procedimiento judicial aplicable a una acción de reclamación de la deuda.

3. De cara a considerar o no la existencia de una unidad funcional entre los procedimientos, conviene subrayar que, si se considera la demanda aisladamente, el defecto de traducción puede situar a la parte demandada en una situación tal que no le sea posible defenderse, porque no ha tenido ocasión de conocer el fondo de la petición dirigida contra ella. Sin embargo, si esa demanda se enlaza con una petición anterior para reclamar por los mismos hechos, puede considerarse que, en su conjunto, los actos procesales (el requerimiento de pago primero, la demanda después), constituyen una cédula de emplazamiento válida, pues se sitúa a la parte demandada en posición tal que puede ejercer oportunamente su derecho de defensa. A esta conexión entre los procedimientos articulados por el demandante contra el demandado hace referencia el TJUE cuando señala la necesidad de que exista una unidad funcional entre dos procedimientos sucesivos (en este caso, entre el requerimiento de pago y la demanda ordinaria), para considerar que el primero sirve como cédula de emplazamiento a los efectos de aplicación del art. 34.2º Convenio de Lugano II. El argumento del TJUE para concluir que no existe tal unidad funcional

* Profesora Lectora de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona

entre estos dos procedimientos es que, “en la medida en que la anulación de la oposición no fue solicitada en el procedimiento civil de reclamación, procede considerar [...] que no existe unidad funcional entre el procedimiento de cobro forzoso y la acción de reclamación por vía judicial, unidad que permitiría considerar el requerimiento de pago como cédula de emplazamiento” (*vid. ap. 39 STJUE, as. C-343/22*). Llama la atención que el TJUE no define de forma general cuándo podemos considerar que entre dos procedimientos se da una “unidad funcional”, si bien podemos entender por sus conclusiones que dicha unidad funcional se produce cuando ambos procedimientos están ligados por peticiones procesales entrelazadas.

4. Si se admite que la acción de reclamación por vía judicial tiene el mismo objeto que el trámite del requerimiento de pago, a saber, el cobro de la misma deuda, tal vez quepa una análisis crítico de la decisión del TJUE, en el sentido que la falta de unidad funcional no impide que haya una unidad material entre ambos procedimientos, claramente reflejada tanto por la existencia de las mismas partes procesales como por la finalidad última de la demanda: el cobro de la misma deuda arrendaticia que ya se reclamó con el requerimiento de pago inicial. Esta aproximación permite aplicar de forma ponderada la protección de los bienes jurídicos en juego, como son por un lado la debida tutela judicial de quien pretende el cobro de su deuda, y por otro lado el legítimo derecho de defensa del demandado, que ha actuado frente al inicial requerimiento de pago y que pudiendo haberse opuesto en los mismos términos a la demanda, no lo hizo cuando tuvo conocimiento de ésta. De hecho, el propio TJUE ha hecho referencia a esta identidad de partes para considerar el conjunto de actos como cédula de emplazamiento en su Sentencia 14 octubre 2004 (*Asunto Mærsk Olie & Gas A/S y Firma M. de Haan en W. de Boer*), en donde recuerda que la finalidad de la norma sobre la denegación de reconocimiento de la resolución extranjera tiene como finalidad “garantizar que una resolución no sea reconocida o ejecutada, conforme al Convenio, si el demandado no ha tenido la posibilidad de defenderse ante el juez de origen” (*vid. ap. 55*), y concluye que debe considerarse como documento equivalente un auto dictado tras un procedimiento unilateral se produce una impugnación del mismo que pasa a ser objeto de controversia en un litigio principal, siempre y cuando la demanda haya sido entregada o notificada al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para articular su defensa.

5. Cuestión añadida es la indefensión del demandado rebelde ocasionada por la irregularidad del segundo procedimiento; de ahí que se exija esa unidad funcional para poder apreciar el segundo procedimiento como cédula de emplazamiento válida. La dicción del art. 34.2º del Convenio de Lugano II aborda el elemento meramente formal, a saber, que el acto procesal se lleve a cabo “de forma regular”, pero también se abre la interpretación del precepto en su conjunto que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pone en el centro de la ecuación el requisito de que dicho emplazamiento habilite al demandado para estar en condiciones de defenderse. En otras palabras, lo que prima en el momento procesal del emplazamiento es que el demandado pueda tener conocimiento de que la demandada se dirige contra él y que, en función de ese conocimiento, pueda articular oportunamente su defensa. Sin embargo, la exégesis del 34.2º no se queda ahí, pues el último inciso hace referencia a la posibilidad de que el demandado, aun no habiendo sido emplazado regularmente, haya tenido oportunidad efectiva de articular su defensa, salvedad del art. 34.2º que viene a introducir un elemento de efectividad material o posibilidad real de ejercicio del derecho de defensa. Sobre este punto tenemos una dilatada jurisprudencia sobre la necesidad de constatar la indefensión material para que se considere vulnerada la tutela judicial efectiva, que es en definitiva lo que pretende el art. 34.2º del Convenio de Lugano II (así como su equivalente art. 45.1º, b) Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis).

6. No obstante, es cierto que en el caso que nos ocupa la falta mera de notificación de la cédula de emplazamiento al demandado “con tiempo suficiente y de forma tal que pudiere defenderse”, sería causa suficiente para denegar el reconocimiento de la resolución cuya ejecución se pretende, ya que el art. III del Protocolo 1º al Convenio Lugano II permite a Suiza omitir la aplicación del último inciso del art. 34.2º del mismo Convenio. Ahora bien, la apreciación de la

salvedad no obsta para que la interpretación de la norma deje la puerta abierta a la consideración de la indefensión material. Consideramos que una interpretación de la exigencia de una notificación regular excesivamente formalista puede fomentar comportamientos de abuso de derecho, que en definitiva quebrantan el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental también en juego en estos casos. Como recuerda en este sentido el TJUE en su sentencia de 2 abril 2009 (Asunto C-394/07), “no cabe concebir los derechos fundamentales, como es el caso del respeto del derecho de defensa, como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones. No obstante, estas últimas deben responder efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados” (*vid. ap. 28*).

7. Si bien la argumentación del Tribunal de Justicia lleva a pensar que la falta de unidad funcional entre los dos procedimientos –seguidos conforme al Derecho suizo–, conlleva que la demanda ulterior no se pueda considerar como cédula de emplazamiento a los efectos del art. 34.2º Convenio de Lugano II, en el último momento parece realizar un quiebro de cintura para admitir lo contrario: “Habida cuenta de todo lo anterior, [...] el art. 34, punto 2, del Convenio de Lugano II debe interpretarse en el sentido de que el escrito de demanda de una acción de reclamación de Derecho suizo presentado con posterioridad a la emisión de un requerimiento de pago suizo, sin solicitar la anulación de la oposición a dicho requerimiento de pago, constituye una cédula de emplazamiento, en el sentido de la mencionada disposición” (*vid. ap. 40*). Quizás podría haber introducido aquí el Tribunal el concepto del “unidad material” al que hemos aducido, para entender que efectivamente ambos procedimientos están intrínsecamente relacionados, de forma tal que la debida notificación del primero, en relación con el segundo, constituyen cédula de emplazamiento, siendo ésta la cédula de emplazamiento entendida como uno o varios “actos” procesales en el sentido indicado por la sentencia del TJUE en el citado asunto *Hengst Import* (C-474/93). La decisión del TJUE aproxima el funcionamiento del Convenio del Lugano II al sistema de Bruselas, en el sentido de que efectivamente es la constatación de una indefensión material la que habilita al órgano jurisdiccional requerido para denegar la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera, y ello a pesar de la aplicación del artículo III del Protocolo 1º al Convenio Lugano II. La convergencia en la interpretación y, porque no, en la aplicación de los instrumentos convencionales como el Convenio de Lugano II y el Reglamento Bruselas I bis es un acicate para reforzar el principio de confianza mutua entre la Unión y los Estados como Suiza, que mantienen relaciones convencionales con aquélla y cuyos ciudadanos, en definitiva, se ven favorecidos por la existencia de un sistema de cooperación judicial que busca dar cumplimiento a los principios de eficacia y protección de derechos fundamentales en el marco continental.

8. Quizás el TJUE deja en el aire uno de los puntos principales, como puede ser el concepto mismo de la cédula de emplazamiento, ya que, basándose en la Sentencia sobre el asunto *Hengst Import*, conceptúa la cédula como un documento o conjunto de documentos, para concluir en el asunto PT y VB que un requerimiento de pago impugnado, y una demanda posterior que no solicita la enervación de la oposición al mismo, no tienen unidad funcional, si bien acaba resolviendo que la demanda debe ser considerada como cédula de emplazamiento a los efectos de la interpretación del art. 34.2º Convenio de Lugano. Puede que en este punto hubiera sido más lógico realizar una interpretación realmente acorde con la citada Sentencia *Hengst Import*, que alude a la cédula de emplazamiento, no en el sentido de designar el documento o documentos que se entregan al demandado y que le posibilitan articular su defensa, sino como el acto o los actos cuya notificación regular al demandado le coloca en condiciones de invocar sus derechos.

Jorge PEDEMONTE MARINO *

* Universitat Autònoma de Barcelona.

25. SOBRE EL DEFICIENTE RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RENUNCIA A LA HERENCIA EN EL REGLAMENTO (UE) 650/2012. (STJ 10^a 30 marzo 2023, as. C-651/21: *M. Ya. M.*)

Observaciones: 1. En el asunto C-651/21 el TJUE se pronuncia de nuevo sobre la interpretación del régimen específico de renuncia a la herencia recogido en el Reglamento de Sucesiones. En concreto, el Tribunal debe interpretar si, en virtud del art. 13 Reglamento, es posible que otro heredero, distinto del que ha presentado una declaración de renuncia ante las autoridades de su propia residencia habitual, puede posteriormente solicitar a las autoridades competentes para conocer de la sucesión la inscripción de dicha declaración. En el supuesto de hecho, un heredero, el nieto de la causante, solicita ante el tribunal remitente, el Tribunal de Primera Instancia de Sofía, la inscripción de una declaración de renuncia a la herencia hecha por otro heredero, el cónyuge de la causante. Dicho heredero había realizado la declaración de renuncia a la herencia ante los tribunales de su propia residencia habitual, los griegos, en virtud del foro alternativo que recoge para ello el art. 13 Reglamento. El tribunal remitente plantea dos cuestiones prejudiciales: en primer lugar, si el art. 13 Reglamento prohíbe implícitamente la posibilidad de que una declaración de renuncia a la herencia inscrita en el Estado miembro de la residencia habitual del heredero renunciante sea inscrita posteriormente en el tribunal del Estado miembro competente para conocer de la sucesión. En segundo lugar, si un heredero distinto del renunciante puede solicitar dicha inscripción ante el tribunal competente para conocer de la sucesión. El TJUE contesta conjuntamente a ambas preguntas en el sentido de que el art. 13 del Reglamento no se opone a que una vez que el heredero haya inscrito ante el tribunal del Estado miembro de su residencia habitual una declaración relativa a la aceptación o renuncia de la herencia de un causante cuya última residencia habitual estaba en otro Estado miembro, otro heredero solicite ulteriormente la inscripción de dicha declaración ante el tribunal competente de este Estado miembro.

2. La cuestión de mayor interés se refiere a la comunicación de las declaraciones de aceptación o renuncia a la herencia al tribunal competente para conocer de la sucesión. En la sentencia se evidencia la insuficiencia de la regulación del Reglamento al respecto. Mientras el art. 13 guarda silencio sobre la necesidad o no necesidad de comunicar al tribunal competente aquellas declaraciones de aceptación o renuncia a la herencia que se pudieran haber realizado ante las autoridades de otro Estado miembro, al amparo del art. 13 del Reglamento, el considerando 32 recoge una inespecífica afirmación en virtud de la cual las personas que realizan esa declaración “deben informar ellas mismas” dentro del plazo establecido para ello por la ley sucesoria. En este contexto, el TJUE matiza su propia jurisprudencia del asunto *T.N.y N.N.*, en la que había declarado que corresponde a la persona que realiza la declaración de renuncia llevar a cabo las actuaciones necesarias para informar al tribunal competente para conocer de la sucesión. La matización que realiza al respecto en la actual sentencia se refiere a que según el Tribunal las normas del Reglamento no imponen obligación alguna al declarante y que, por tanto, no puede considerarse que un heredero que renuncia a la herencia tenga la obligación él mismo de informar al tribunal competente. No obstante, el TJUE no aclara cuáles son las consecuencias en caso de falta de comunicación al tribunal competente.

El Reglamento tampoco hace referencia a la forma o el procedimiento a seguir para canalizar la comunicación de la existencia de una declaración de renuncia o aceptación de la herencia. El TJUE opta por una interpretación amplia según la cual “carece de pertinencia la forma” a través de la cual se pone en conocimiento del tribunal competente la existencia de tal declaración. Sobre este particular, se echa de menos una construcción más cuidadosa por parte del Tribunal.

3. En la segunda cuestión prejudicial se plantea la duda de si la comunicación de la declaración de aceptación o renuncia de la herencia la debe realizar necesariamente la persona que realiza la declaración o si puede realizarlo también cualquier tipo de heredero, como se plantea en el supuesto de hecho. De nuevo, el TJUE no ve inconveniente en que la comunicación se realice a través de otro heredero, puesto que, según el Tribunal, lo importante no es quién esté legitimado,

sino que la información llegue al tribunal competente para conocer de la sucesión. A este respecto, el Tribunal indica también que la comunicación de la existencia de una declaración de aceptación o renuncia realizada por otro heredero no supone una intervención en nombre de dicho heredero, sino una mera notificación. No aclara, sin embargo, el TJUE si dicha comunicación puede realizarse también por personas distintas a los herederos como, por ejemplo, legatarios, administradores de la herencia, albaceas, la propia autoridad que recibió la declaración en cuestión o incluso otros interesados en la herencia, como pueden ser los acreedores de quienes hayan aceptado o renunciado a la herencia.

4. El mayor interés de esta sentencia radica en que, de nuevo, se deja patente la insuficiencia del régimen jurídico relativo a la aceptación, renuncia o limitación de la responsabilidad de la sucesión, concretamente en sede de competencia judicial internacional. La normativa es inconsistente desde el momento en el que mientras permite al heredero renunciar a la herencia con una declaración ante los tribunales de su propia residencia habitual con el fin de facilitarle la gestión de los trámites, parece que se le impone la obligación de informar al tribunal competente para conocer de la sucesión de la realización de tal declaración. Tal postura implica dejar vacío de contenido el art. 13 del Reglamento, pues si su razón de ser es facilitar la vida de los herederos que residen habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente para conocer de la sucesión, es ilógico que seguidamente se le exija ponerse en contacto con el tribunal competente para informarle sobre dicha declaración. Por otro lado, el hecho de que el procedimiento para canalizar dicha comunicación no esté previsto en la normativa genera una gran inseguridad jurídica, pues surgen dudas en torno a cómo se debe realizar esa comunicación, por quién, cuáles son las consecuencias de la falta de comunicación al tribunal competente de la existencia de tal declaración. El TJUE soluciona alguna de estas cuestiones basando su actuación en una interpretación teleológica del Reglamento en general y del régimen específico del art. 13, en particular. No obstante, bajo este contexto normativo, se echa de menos una construcción más matizada de las respuestas a las cuestiones que se le plantean al Tribunal. Fuera como fuere, esta práctica jurisprudencial nos sirve como foco para identificar una de las cuestiones que, en el caso de revisarse el Reglamento, tendría que ser mejorada, posiblemente a través de la previsión de un cierto mecanismo de cooperación entre autoridades, a través del cual el tribunal que recibe la declaración sobre la herencia tendría que comunicar la misma al tribunal competente. Solo por esta vía se podría garantizar el buen funcionamiento del foro alternativo recogido en el art. 13 y, con ello, dar verdadero cumplimiento al objetivo de facilitar las gestiones a los herederos que residen habitualmente en Estados miembros distintos a aquel donde se sustancia la sucesión.

[Vid. también I. Rodríguez-Uría Suárez, "De nuevo sobre el régimen específico de renuncia a la herencia en el Reglamento (UE) 650/2012. (Comentario a la STJUE de 30 marzo 2023, Asunto C-651/21)", *La Ley: Unión Europea*, nº 120, diciembre 2023]

Isabel RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ*

26. NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO QUE PREVÉ LA OBLIGACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DEL REAGRUPANTE DE PRESENTAR PERSONALMENTE LA SOLICITUD ANTE LA OFICINA DIPLOMÁTICA COMPETENTE DE DICHO ESTADO MIEMBRO (STJ 3^a 18 abril 2023: as. C-1/23/PPU)

27. RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE CONDENA A UN DEUDOR AL PAGO DE UNA MULTA COERCITIVA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN DE CESE (STJ 2^a 20 abril 2023, as. C 291/21: Starkinvest SRL)

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. Este comentario se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i PID 2020-113165GB-I00 "Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales", financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

28. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO MIEMBRO EN CUYO TERRITORIO SE HUBIERE COMETIDO O PUDIERE COMETERSE LA VIOLACIÓN DE UNA MARCA (STJ 5^a 27 de abril 2023 , as. C 104/22: *Lännen*)

29. INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE CAUSADO POR UNA EMBARCACIÓN EN UN ESTADO MIEMBRO (STJ 9^a 17 mayo 2023, as. C 264/22: *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions (FGTI) y Victoria Seguros SA*)

Observaciones: 1. La resolución objeto de comentario resulta de gran relevancia porque aborda las consecuencias de la aplicación de la regulación de la subrogación prevista en el Reglamento Roma II en el marco de un supuesto que se plantea con frecuencia en el ámbito de la responsabilidad derivada de las obligaciones no contractuales, el de la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima frente al causante del daño. Además, en este caso, el subrogado no era el asegurador directo del causante del daño sino un Fondo de aseguramiento nacional establecido en el Estado de residencia y nacionalidad de la víctima (Francia) que había hecho frente a la indemnización y que interpuso una acción judicial frente a la compañía aseguradora de la víctima establecida en otro Estado miembro (Portugal).

Sin lugar a dudas, en el fondo de esta cuestión subyace el problema que plantea la falta de armonización de las legislaciones nacionales y la dispersión legislativa que existe en materia de plazos de prescripción cuando se trata de reclamaciones no contractuales. Cuestión que puede originar que la víctima no presente en tiempo y forma la correspondiente demanda. Y, en ese caso, perdería su derecho a reclamar y a obtener una compensación por el perjuicio sufrido; en definitiva, decaería su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del desconocimiento de los plazos previstos en un derecho extranjero.

2. Los hechos que dieron lugar al procedimiento principal pueden resumirse del siguiente modo: el día 4 agosto de 2010, una persona de nacionalidad francesa que se encontraba buceando en la playa de Alvor en Portugal, fue golpeada por la hélice de una embarcación con matrícula portuguesa sufriendo graves lesiones que requirieron su asistencia hospitalaria y la posterior intervención quirúrgica, tanto en Portugal quanto en Francia. Esta persona presentó una reclamación en Francia ante los tribunales de primera instancia (*Tribunal de Grande Instance de Lyon*) contra el FGTI (Fondo de Garantía de las Víctimas de Actos Terroristas y otras Infracciones, FGTI – *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions*). Y, en el marco de este procedimiento, ambas partes alcanzaron un acuerdo sobre la indemnización de 229.480,73 euros en concepto de reparación por el daño sufrido por la víctima a consecuencia del accidente. En consecuencia, FGTI efectuó el pago del referido importe a la víctima, finalizando el mismo el 7 abril 2014.

Posteriormente, en el año 2016, el Fondo de garantía FGTI presentó una demanda ante los tribunales de primera instancia portugueses (el Tribunal Marítimo de Lisboa) contra la compañía Victoria Seguros SA, aseguradora del responsable del accidente. En la misma, solicitaba el reembolso de la cantidad que había satisfecho a la víctima del accidente en Francia en concepto de indemnización por los daños sufridos. Sin embargo, el órgano jurisdiccional portugués desestimó la demanda alegando que el derecho del reclamante había prescrito, pues había transcurrido el plazo de tres años, establecido en el derecho portugués, desde que había tenido lugar el accidente. Por su parte, el FGTI apeló la decisión de primera instancia ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal), alegando que el plazo de prescripción no había transcurrido, con base a dos argumentos: el primero, que con arreglo al art. 19 del Reglamento Roma II que regula la subrogación, el plazo de prescripción aplicable no se rige por el derecho portugués sino por el derecho francés. Y, de conformidad con la ley francesa este tipo de acciones prescriben a los diez años a partir de la resolución judicial que se había dictado por los tribunales franceses en el año 2014 (homologando el acuerdo alcanzado entre FGTI y la víctima), por lo que ese plazo no había expirado.

Con carácter subsidiario para el caso de que no fuese admitido el anterior razonamiento, FGTI alegaba que el plazo de prescripción de tres años previsto en el derecho portugués tampoco había expirado, ya que el mismo debía comenzar a partir del último pago efectuado a la víctima en el año 2014, y la demanda ante los tribunales portugueses se había presentado en el año 2016. De este modo, ante las dudas que generaba la interpretación del Reglamento Roma II, el Tribunal da Relação de Lisboa (Audencia de Lisboa, Portugal) procedió a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para conocer si la ley aplicable a las normas de la prescripción del derecho a indemnización es la del lugar del accidente (ley portuguesa), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4, ap. 1, y 15, letra h), del Reglamento n.º 864/2007, o, en caso de subrogación en la posición del perjudicado, si sería de aplicación la ley del tercero subrogado (ley francesa), con arreglo al art. 19 de dicho Reglamento.

3. La primera reflexión que ha de hacerse en este asunto se refiere a la acción subrogatoria ejercitada por el Fondo de garantía FGTI- respecto a los derechos de un perjudicado -la víctima de nacionalidad francesa que sufrió el accidente en Portugal- frente al deudor -la aseguradora de la embarcación causante del daño, Victoria Seguros SA. Y ha de hacerse a partir de la interpretación de lo dispuesto en el Reglamento Roma II (art. 19).

En este sentido, tal y como el TJUE ya ha señalado en su doctrina, la obligación que tienen las entidades aseguradoras de indemnizar el daño causado a las víctimas deriva del contrato que les vincula al asegurado responsable y por el que se cubre la responsabilidad civil del tomador del seguro. Por lo que tal indemnización tiene su origen en una obligación contractual y la ley aplicable se determinará de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Roma I (STJUE de 21 enero 2016, asunto, C-359/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, párrafo 54). Por lo tanto, resultará irrelevante que el pago se efectúe al tomador del seguro o directamente a la víctima o, como en el supuesto que nos ocupa, a un tercero que se ha subrogado en los derechos del acreedor (la víctima).

De esta manera, la cuestión de una eventual subrogación y las condiciones para su ejercicio de la entidad aseguradora en los derechos de la víctima vendrá regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, es decir, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima. En definitiva, la ley rectora del contrato de seguro de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Roma I. Porque la acción de repetición que puede ejercer una entidad aseguradora tiene su origen en los contratos de seguro y se trata, por tanto, de una obligación contractual. Por consiguiente, en el ámbito del aseguramiento, cuando el tercero pagador sea una compañía aseguradora que satisfaga al acreedor, la ley que regula el contrato de seguro en virtud del cual se ha efectuado el mencionado pago será la que regule la acción subrogatoria de la compañía aseguradora frente al deudor (su asegurado). (STJUE de 21 enero 2016, asunto, C-359/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, párrafo 58)

Empero, el asunto objeto del presente comentario se apartaba del supuesto clásico que el TJUE había interpretado en su decisión *ERGO Insurance*, ya que el fondo de garantía francés FGTI que había compensado a la víctima no mantenía una relación contractual previa con el propietario de la embarcación de matrícula portuguesa que había causado el daño, pues este tenía suscrito un seguro con la compañía Victoria Seguros SA. Sin embargo, al indemnizar a la víctima, FGTI se subrogó en sus derechos y se convirtió en acreedora de una obligación delictual de indemnización de daños y perjuicios frente al causante del daño. Y, en ese caso, podía dirigir la posible acción subrogatoria contra el propietario de la embarcación o su compañía aseguradora, optando por esta última opción.

4. Por otra parte, en su decisión el TJUE delimita la interpretación del concepto de subrogación previsto en el Reglamento Roma II al señalar que éste precisa la ley aplicable a la posible subrogación en los derechos de la víctima, así como a las condiciones del ejercicio de tal subrogación, pero no determina la ley aplicable a la prescripción de la acción que viene regulada por la norma general establecida en el art. 4 Reglamento Roma II. Este razonamiento deriva del sistema de normas comunes establecidas en el capítulo V del Reglamento Roma II que son de

aplicación con posterioridad a la determinación de la ley aplicable a la obligación extracontractual efectuada de conformidad con las normas de conflicto previstas en el mismo (capítulos II, III y IV del Reglamento Roma II).

Pues de no ser así, concluye el TJUE que se quebrantaría los principios de seguridad jurídica, previsibilidad de las resoluciones judiciales y garantía del equilibrio entre los intereses de las víctimas y el responsable del daño que garantiza el Reglamento Roma II (Considerandos 6, 14 y 16). Y esta circunstancia implicaría que la ley aplicable y, por ende, las cuestiones relativas a la prescripción de las acciones, podría variar dependiendo de la existencia o no de una subrogación de un tercero en los derechos de la víctima, y podría afectar a la situación jurídica del deudor, por ejemplo, si la subrogación afectase a la aplicación de las normas de prescripción y estas no fuesen las mismas que hubiese podido oponer frente a la víctima porque la subrogación hubiese implicado un cambio en la ley aplicable al fondo del asunto.

5. La segunda reflexión se refiere a la ley rectora de la obligación extracontractual como norma determinante de los plazos de prescripción en las reclamaciones que surjan entre el deudor original causante del daño y la víctima del accidente. Es bien conocido que el Reglamento Roma II establece normas generales para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito y normas específicas para ciertas obligaciones (art. 4). A su vez, la norma designada por el Reglamento regulará una serie de aspectos que detalla en el apartado referido al ámbito de la ley aplicable (art. 15).

En este sentido, el TJUE recuerda que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión ha de hacerse teniendo en cuenta no solo el tenor literal de la norma sino, igualmente, su contexto y los objetivos perseguidos (STJUE 7 abril 2022, asunto C-333/20, *Berlin Chemie A. Menarini*, EU:C:2022:291, ap. 34; y 20 junio 2022, asunto C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, EU:C:2022:488, ap. 55). Y, de la lectura conjunta de los arts. 4.1º y 15, letra h) del Reglamento Roma II se deduce que la ley aplicable a una obligación extracontractual que, a su vez, determina las normas de prescripción de dicha acción, es la ley del país en el que se produce el daño.

Por consiguiente, al tratarse de un daño derivado de una acción de responsabilidad derivada de una obligación extracontractual, las disposiciones del Reglamento Roma II indican que la ley aplicable para regir esta acción será la del país en el que se produjo el daño, es decir, la portuguesa. Y será esta la ley que rija la acción del perjudicado frente al causante del daño, así como la acción del tercero subrogado en los derechos de la persona perjudicada contra el autor del daño, tal y como señala el TJUE en su decisión. Y, consecuentemente, las normas de prescripción y caducidad –incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los mencionados plazos– con independencia de cuál sea el tribunal competente.

En definitiva, y pese a la diversidad de normas nacionales de prescripción existentes, el Reglamento Roma II (art. 15, letra h), somete expresamente estas normas a la regla general de determinación de la ley aplicable y que ningún otro instrumento del Derecho de la Unión establece requisitos específicos en materia de prescripción de una acción como la que es objeto del litigio principal (STJUE 31 enero 2019, asunto C-149/18, *Da Silva Martins*, ECLI:EU:C:2019:84, párrafo 33).

6. En tercer lugar, y aunque esta cuestión no se planteaba en el asunto objeto de comentario, considero que merece una reflexión específica la posible aplicación del principio de los vínculos manifiestamente más estrechos que FGFI podría haber alegado con el fin de que el tribunal portugués aplicase el derecho francés como *lex causae* y, de este modo, el plazo de prescripción de diez años que prevé la ley francesa frente al de tres años previsto en el derecho portugués. Pues, el Reglamento Roma II (art. 4, ap. 3), prevé la posibilidad de aplicar la ley de otro país diferente al del lugar donde se produce el daño (Portugal) o de la residencia habitual común de la persona perjudicada y el causante del daño (que no se daba en este caso) si del conjunto de

circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país.

En este caso, los vínculos manifiestamente más estrechos del asunto con Francia podrían quedar justificados por la nacionalidad (francesa) de la víctima; el lugar en el que la víctima había recibido parte de su asistencia hospitalaria (Francia); y la nacionalidad (francesa) del fondo de compensación FGTI que había indemnizado a la víctima y se había subrogado en sus derechos.

En cualquier caso, se trata de una cuestión a dilucidar por el tribunal de instancia y si, finalmente, la determinación de la ley aplicable se hiciese vía art. 4.3º (vínculos manifiestamente más estrechos) en lugar del art. 4.1º (lugar donde se produce el daño) del Reglamento Roma II, la ley determinada por el mencionado precepto sería la que regulase las normas de prescripción aplicables a la interposición de la acción ante los tribunales nacionales. Por el contrario, de no aplicarse esa norma de conflicto, resulta evidente que la ley aplicable de conformidad con la norma general del art. 4.1º será la del país donde se produce el daño, es decir, la ley portuguesa. Y, en consecuencia, operaría el plazo de prescripción de tres años para que FGTI pudiese interponer la acción de subrogación contra la compañía Victoria Seguros SA ante los tribunales portugueses.

7. Finalmente, otro aspecto no menos relevante que se planteaba en este asunto es el referido al momento en el que comienza a correr el plazo de prescripción. Pues bien, esta cuestión ha de ser decidida por el tribunal de instancia, en el presente caso, el tribunal portugués, que deberá resolver si se puede acoger la petición efectuada con carácter subsidiario por FGTI con el fin de considerar si ese plazo de prescripción de tres años previsto en la legislación portuguesa comienza a correr a partir del último pago efectuado a la víctima en el año 2014, teniendo en cuenta la redacción del Código Civil portugués (art. 498, ap. 2).

En definitiva, ha de interpretar la norma portuguesa con el fin considerar si el término “a partir del cumplimiento” ha de entenderse como el momento en que la entidad subrogada procedió a satisfacer la indemnización de la víctima, pues, en ese caso, como resulta evidente que ese hecho se produjo el 7 abril 2014, FGTI habría presentado la demanda ante los tribunales portugueses (recordemos, en el año 2016) antes de que hubiese transcurrido el plazo de tres años previsto en la legislación portuguesa, y no habría prescrito su acción.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

30. LUGAR DEL ACTO DE EXPLOTACIÓN MEDIANTE EL QUE EL PROVEEDOR DE PAQUETES VÍA SATÉLITE COLABORA EN LA EMISIÓN DE LOS PROGRAMAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 1ª 25 mayo 2023, as. C 290/21: *Fourniture de bouquets satellitaires en Autriche*)

31. AMENAZA PARA LA SOCIEDAD Y CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA REVOCACIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO DE UN NACIONAL DE UN TERCER PAÍS CONDENADO POR UN DELITO ESPECIALMENTE GRAVE (STJ 1ª 6 julio 2023, asuntos C-663/21, C-8/22, C-402/22: *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl*)

32. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS ESTABLECIDA POR EL CONVENIO DE MONTREAL ENGLOBA LOS PRIMEROS AUXILIOS INADECUADOS DISPENSADOS A BORDO (STJ 3ª 6 julio 2023, as. C-510/21: *Austrian Airlines*)

33. REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO MEJOR SITUADO PARA PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL DERECHO DE CUSTODIA (STJ 4ª 13 julio 2023, as. c-87/22: *TTyAK*)

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante

Observaciones: 1. Las circunstancias que originan la cuestión prejudicial versan sobre hechos lamentablemente habituales – una sustracción internacional y un litigio sobre la custodia – con una problemática parcialmente novedosa, como es el planteamiento de los tribunales del Estado del secuestro como tribunales “más convenientes” para conocer sobre la responsabilidad parental. Los hechos descritos comienzan con una residencia familiar inicial en Eslovaquia (en 2012) y un traslado posterior a Austria (en 2014), aunque fijando (en 2017) la escolarización de los niños en Eslovaquia, país al que iban y del que regresaban diariamente. Todos ellos son de nacionalidad eslovaca y se subraya que los niños apenas conocían la lengua alemana. En 2020, con ocasión de un traslado ilícito de los hijos por la madre a Eslovaquia, con quien siguen estando, el padre solicita su restitución con base en el Convenio de La Haya de 1980, a la vez que plantea una demanda sobre la custodia ante los tribunales austriacos. En Eslovaquia, la madre había iniciado un proceso sobre la custodia, sobre derechos de visita y sobre alimentos, que dieron lugar únicamente a medidas provisionales sobre la base de los arts. 20 Bruselas II bis y 14 del Reglamento 4/2009, respectivamente.

Tomando estas circunstancias como referencia, los tribunales austriacos serían competentes conforme al art. 10 de Bruselas II bis, como se determinó en segunda instancia por el *Landesgericht Korneuburg* y confirmado por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo austriaco). Sin embargo, la madre solicita ante esos tribunales la activación del *forum non conveniens* basándose en la mejor situación de los tribunales eslovacos dada la existencia del procedimiento de restitución iniciado en aquel Estado, y de los otros procedimientos, instados tanto por el padre como por ella misma, ante dichos tribunales, lo que les situarían en mejor posición habida cuenta de las múltiples diligencias probatorias llevadas a cabo por ellos.

2. Las dudas que origina la cuestión prejudicial se plantean por la viabilidad del *forum non conveniens* a favor de los tribunales del Estado del secuestro. La respuesta del TJUE es afirmativa, confirmando el sentido ya expresado por el Abogado General. Para ello, el tribunal remitente debe tomar en consideración exclusivamente los requisitos “expresamente enunciados” en dicho art. 15, que se refieren a la especial vinculación del otro tribunal, a su mejor posición y al interés superior del menor. Por su parte, el hecho de que exista un procedimiento de restitución pendiente ante los tribunales eslovacos no es impedimento para plantear el *forum non conveniens* aunque la pendencia sí debe considerarse a la hora de valorar si se cumplen sus requisitos.

3. Con estos antecedentes, debe confirmarse si realmente es posible admitir el juego del *forum non conveniens* del art. 15 Bruselas II bis (art. 12 Bruselas II ter), cuando media una sustracción internacional. El interrogante inicial plantea una cuestión de compatibilidad de este mecanismo con los criterios de competencia judicial internacional establecidos en el art. 10 Bruselas II bis (art. 9 Bruselas II ter). En caso afirmativo, deben interpretarse y aplicarse los requisitos del art. 15 cuando existe una pendencia de un procedimiento de restitución en el Estado del secuestro.

4. Puede afirmarse que existe una compatibilidad total entre los arts. 10 y 15 Bruselas II bis, dado que el *forum non conveniens* no alteraba la finalidad del art. 10. El verdadero objetivo de un precepto como el art. 10 Reglamento (paralelo al art. 7 CH de 1996) es establecer la regla de la inalterabilidad de la competencia para el caso de sustracciones, de modo que se mantenga la competencia existente y con ello se evite la manipulación procesal, potencialmente perseguida, por parte del secuestrador. Esto significa que el art. 10 Bruselas II bis realmente no atribuye competencia, sino que fija las pautas sobre el funcionamiento del foro de competencia basado en la residencia habitual del menor cuando ha mediado una sustracción. El término “conservarán” recogido en su párr. 1º expresa la idea de que los tribunales ya competentes en virtud del foro de la residencia habitual del art. 8 del Reglamento mantendrán esa competencia hasta que se produzcan las circunstancias expresadas en el propio art. 10 a favor de los tribunales de la sustracción. Esta lectura del art. 10 permite admitir su compatibilidad con el resto de los foros de competencia establecidos en el Reglamento. La cuestión puede plantearse desde una doble perspectiva: que ya exista un proceso pendiente sobre la custodia en el momento en el que se produce la sustracción o que se pretenda presentar la demanda una vez producida ésta. En el

primer caso, el art. 8 solucionaría la cuestión con *la perpetuatio iurisdictionis* que establece. En el segundo caso, no existiendo un proceso pendiente, la sustracción no alterará la competencia de los órganos de la residencia habitual anterior (art. 10 Reglamento), cabiendo plantearse, no obstante, una prórroga de competencia a los órganos previstos en el art. 12 o la aplicación de un supuesto de *forum non conveniens* del art. 15. Por lo que se refiere al *forum non conveniens*, tampoco existe, *a priori*, inconveniente para que el tribunal competente conforme a dicha disposición pudiera conocer a pesar de haberse producido una sustracción. Y podría llegar a apreciarse, tal y como ocurre en el presente caso, que los tribunales con “vinculación especial” a efectos de valorar la remisión a éstos del conocimiento del asunto (*vid. ap. 3 del art. 15*) fueran los tribunales del Estado de la sustracción.

5. La eventual coincidencia de una vinculación especial (en el sentido del art. 15.3º) con el Estado de la sustracción no debería ser impedimento para permitir la competencia de sus tribunales. La decisión última sobre la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo (art. 15.1º, esto es, los de la residencia habitual anterior del menor), que únicamente procederán a la remisión del asunto a los otros órganos del Estado de la sustracción cuando ello responda a su interés superior. De este modo, el propio funcionamiento del *forum non conveniens* garantiza la intervención de las autoridades del Estado de la residencia habitual anterior del menor y, en consecuencia, evita los prejuicios de un *forum shopping* automático a favor de las autoridades del Estado de la sustracción.

6. En todo caso, la operatividad del *forum non conveniens* requiere el cumplimiento de los tres requisitos a los que tal remisión se supedita, a saber: la existencia de una vinculación especial de los tribunales del otro Estado miembro; la mejor situación de este tribunal; y que ello responda al interés superior del menor. Pero a la hora de determinar la viabilidad del *forum non conveniens* en casos de sustracción, no solo procede pronunciarse sobre la compatibilidad formal de este expediente con las reglas de competencia judicial internacional – que, ya hemos dicho, existe – si no que, además, debe valorarse su encaje con un procedimiento de restitución pendiente de resolución. El TJUE da por bueno que tal procedimiento no excluye de mano la posibilidad de *forum non conveniens* pero éste sí debe ser considerado para verificar el cumplimiento de sus requisitos. Y es aquí donde emerge la importancia incidencia que puede tener el art. 16 CH 1980 en este contexto.

7. Si, como indica el TJUE, la pendencia de la restitución no es un obstáculo insalvable para la valorar la idoneidad de los tribunales del Estado de la sustracción, debemos verificar entonces si pudiera ser un dato desfavorable. La conciliación entre *forum non conveniens* y procedimiento de restitución ha de partir de la premisa de la prevalencia de este sobre cualquier proceso sobre el fondo, conforme al art. 16. En cualquier caso, el alcance de este precepto no debe exagerarse. El art. 16 CH 1980 no es una norma de competencia judicial internacional (ni positiva, ni negativa). Se reivindica la preferencia del proceso de restitución para evitar manipulaciones procesales, pero no atribuye competencia a los tribunales del secuestro (en el caso de que se decida la no restitución) ni atribuye competencia a los tribunales de origen (en el caso de que se decida la restitución). Formalmente, por tanto, el art. 16 no impide que se aplique el mecanismo del *forum non conveniens* pero implica la imposibilidad de decidir sobre la competencia judicial internacional hasta que no haya finalizado el procedimiento de restitución. La razón es simple: el *forum non conveniens* requiere de la intervención de los tribunales del Estado de la sustracción y esta intervención no puede producirse hasta que previamente se haya resuelto el procedimiento de restitución.

8. En efecto, el mecanismo del art. 15 requiere que el tribunal competente sobre el fondo suspenda el conocimiento del asunto e invite a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro [art. 15.1º.a)] o bien que el tribunal competente solicite al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al ap. 5 [art. 15.1º.b)]. En el primer caso, debe otorgarse un plazo para presentar la demanda (en

el sentido del art. 15.4º) que debe tener en cuenta que la pendencia del procedimiento de restitución va a suspender la tramitación sobre cualquier proceso sobre el fondo. Lo deseable sería, por tanto, que el plazo habilitado permitiera presentar la demanda sobre el fondo una vez finalizado el procedimiento de restitución. Esta circunstancia también deberá ser considerada para el plazo de las seis semanas que tienen los tribunales del Estado del secuestro para declararse competentes (conforme al art. 15.5º), plazo que no podrá cumplirse en la medida en que exista la suspensión procesal exigida por el citado art. 16.

Por su parte, visto desde el Estado de la sustracción, esos tribunales podrían también reclamar para sí mismos la competencia como tribunales más convenientes sobre la base del art. 15.2º.c). Pero en este caso la incidencia directa del art. 16 CH 1980 impediría esa valoración de la competencia hasta el momento de la resolución sobre el retorno del menor. Esta misma solución se aplica al *forum conveniens* que se desarrolla en el art. 13 de Bruselas II ter.

En consecuencia, la decisión final sobre el *forum non conveniens* conlleva esperar la decisión sobre la restitución, porque el mecanismo no se puede completar sin la asunción de competencia por parte de los tribunales del secuestro.

9. Debe examinarse entonces en qué medida esta pendencia incide sobre la consideración de los tribunales del secuestro como mejor situados para conocer y sobre que su competencia pueda ejercerse en interés superior del menor. La mejor situación de los tribunales se valora fundamentalmente por proximidad y razones procesales. El TJUE alude, por ejemplo, a la facilidad para la obtención de pruebas, a las garantías de la bilateralidad y contradicción del proceso (con posibilidad de audiencia del progenitor que solicita la restitución). En este contexto, no es cuestión menor el práctico desconocimiento de la lengua alemana por parte de los niños, lo que obligaría a utilizar intérpretes en el trámite de audiencia. En esta valoración procesal, podría ser útil la preexistencia de procesos sobre el fondo en el Estado del secuestro en la medida en incidan en un conocimiento profundo de la realidad del menor. Sin embargo, no tendría demasiada relevancia que se hayan adoptado medidas provisionales previas con base en el art. 20 Bruselas II bis, dado el carácter sumario de tales procesos.

Sí entrarían en la valoración de la mejor situación de los tribunales los plazos procesales para la resolución de una demanda sobre el fondo. Precisamente, este último criterio requiere contar con la pendencia de la decisión sobre la restitución y su propio desarrollo procedimental. De mano, no puede producirse ninguna remisión del art. 15.1º.b) a los tribunales del secuestro antes de que transcurra el plazo de las 6 semanas previsto en el art. 11 CH 1980 y Bruselas II bis (art. 24 Bruselas II ter). En realidad, no se trataría solo de esperar formalmente a que transcurra ese período de tiempo sino a que ese procedimiento ya esté resuelto, por lo que la demora presente en este caso (dos años) claramente juega en contra de considerar a los tribunales eslovacos como mejor situados para conocer.

Desde la perspectiva del interés del menor, indica el TJUE, reiterando jurisprudencia anterior, que la remisión no puede incidir negativamente sobre "las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre su situación económica del menor de que se trate" y que "el interés superior del menor debe basarse en consideraciones objetivas sobre la propia persona del menor y su entorno social" (ap. 50 de la Sentencia). Se recuerda que no deben incluirse aquí razones materiales porque, dice el TJUE, ello sería contrario a la confianza y reconocimiento mutuos. No obstante, también debe considerarse que la solución conflictual parte en este caso de aplicación del Derecho del foro (ex art. 15 CH 1996). Por tanto, aquí la determinación del foro tiene consecuencias directas en la solución del caso. A estos efectos del interés del menor, también ha de considerarse que la resolución sobre el fondo requiere la decisión previa sobre la restitución. Nuevamente aquí, una pendencia prolongada a la espera de esta decisión va en contra del interés del menor en la medida en que afecta a su derecho a la tutela judicial efectiva al retrasar una solución sobre el fondo de la responsabilidad parental y los alimentos.

10. Ello ya puede determinar, desde el principio, la falta de conveniencia de que conozcan los tribunales del secuestro en la medida en que la dilación del procedimiento de restitución – como ocurre en este caso – es inconciliable con la mejor situación procesal de esos tribunales y con el interés del menor. Téngase en cuenta que la prevalencia del procedimiento de restitución no tiene un impacto directo en la idoneidad de los tribunales de la residencia habitual anterior que no se ven compelidos a esperar la resolución sobre el retorno para decidir. El art. 16 CH 1980 no les vincula en ese sentido. Es más, precisamente la resolución sobre el fondo puede utilizarse para finalizar el procedimiento de restitución y una transferencia posterior de la competencia a los tribunales del secuestro, como está previsto en el art. 10.b).iv).

11. En definitiva, la existencia de una sustracción internacional no impide que se valore la competencia de los tribunales del Estado de la sustracción como tribunales más convenientes para conocer de una demanda sobre la responsabilidad parental. No obstante, al tener prioridad la resolución del procedimiento de restitución de menores, la decisión sobre la competencia puede retrasarse mucho en el tiempo. Esto juega en contra de la mejor situación de los tribunales del Estado de la sustracción y que responda en interés superior del menor, en la medida en que la dilación del procedimiento va claramente en contra del interés del menor y de la tutela de sus derechos.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO*

34. NORMA DE COMPETENCIA SUBSIDIARIA DEL REGLAMENTO (UE) N.º 650/2012 EN MATERIA DE SUCESIONES Y CREACIÓN DE UN CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (ATJ 10ª 17 julio 2023, as. C-55/23: PA)

35. DINAMARCA PUEDE SUPEDITAR LA CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD DANESA A LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE CONEXIÓN EFECTIVO CON ESE PAÍS (STJ GS 5 septiembre 2023, as. C-689/21: *Udlændinge- og Integrationsministeriet*)

Observaciones: 1. Esta sentencia constituye la cuarta entrega de la serie de resoluciones en las que el TJUE interviene directamente sobre la regulación y la práctica administrativa de los Estados miembros en materia de nacionalidad (adquisición, pérdida, conservación y recuperación del vínculo), introduciendo límites desde el Derecho de la Unión que modulan el ejercicio de las competencias de los Estados miembros en este ámbito. Así, tras los asuntos *Rottmann* (sentencia 2 marzo 2010, C-135/08), *Tjebbes* (sentencia de 12 marzo 2019, C-221/17), y *JY c. Wiener Landesregierung* (sentencia 18 enero 2022, C-118/20), y de nuevo en su composición de Gran Sala –indicativo de la trascendencia de la cuestión–, el Tribunal de Luxemburgo confirma su jurisprudencia anterior, incorporando nuevos parámetros –señaladamente, el principio de efectividad– que suponen reforzar la ascendencia y autonomía de la ciudadanía de la Unión como estatuto condicionante de la regulación estatal sobre nacionalidad.

2. Los hechos que dieron origen al recurso prejudicial parten, como en los asuntos anteriores, de la pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro – en este caso, Dinamarca– que provoca la pérdida de la ciudadanía de la Unión. La interesada, doble nacional danesa y estadounidense nacida y residente en Estados Unidos de América, vio denegada su solicitud de conservación de la nacionalidad de Dinamarca, al estimar las autoridades de este país que la había perdido por ministerio de la ley al cumplir los veintidós años. La legislación danesa establece una causa de pérdida automática de la nacionalidad para las personas nacidas fuera de Dinamarca que no hayan residido o permanecido en dicho país en circunstancias que acrediten una vinculación efectiva con el mismo, salvo si ello las convierte en apátridas. La pérdida puede evitarse si se formula solicitud de conservación antes de cumplir los veintidós años, demostrando la existencia

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

de dicha vinculación, y así es apreciado por la autoridad administrativa competente. En el marco de dicho expediente, en su caso, tendrá lugar también el examen individual de las consecuencias que la pérdida de la ciudadanía de la Unión conlleva para el sujeto interesado y para su familia, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, conforme a la doctrina establecida por el TJUE. Ahora bien, y este era el punto crucial en juego, en el asunto examinado dicho examen individual ya no pudo tener lugar, porque la solicitud de conservación de la nacionalidad se había presentado con posterioridad al vigesimosegundo cumpleaños. Por lo tanto, la única posibilidad de adquirir la nacionalidad danesa para la interesada era seguir un procedimiento de naturalización que implicaba un periodo largo de residencia en Dinamarca (aunque eventualmente con una flexibilización de los requisitos por su condición de anterior nacional danesa). Ante la interposición del correspondiente recurso, el órgano jurisdiccional competente (Tribunal de Apelación de la Región Este de Dinamarca) formuló cuestión prejudicial ante el TJUE, planteando la compatibilidad de la legislación danesa con el Derecho de la Unión, particularmente con los arts. 20 TFUE y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

3. Para llevar a cabo el juicio de compatibilidad de la normativa danesa con el Derecho de la Unión, el TJUE aplica el mismo patrón de razonamiento ya seguido en los asuntos anteriores, paralelo en gran medida al método de análisis que emplea para valorar otras medidas estatales restrictivas de los derechos y libertades garantizados por el ordenamiento europeo. Así, previa la constatación de la aplicabilidad del Derecho de la UE, el Tribunal examina en primer lugar si las disposiciones de la ley danesa que establecen la causa de pérdida ipso iure de la nacionalidad están amparadas por un objetivo legítimo de interés general. Observado que ello es así – coincidiendo con el criterio del Abogado General Maciej Szpunar–, el TJUE analiza luego si la regulación enjuiciada respeta el principio de proporcionalidad. Sobre este segundo aspecto, sin embargo, y de nuevo en línea con lo sostenido por el Abogado General en sus conclusiones (aunque yendo incluso algo más allá en su argumentación), el TJUE concluye negativamente, tanto por la regulación del procedimiento de solicitud de conservación de la nacionalidad en la ley danesa, como por la respuesta que ésta ofrece en relación con la readquisición de la nacionalidad de Dinamarca.

4. En cuanto a la aplicabilidad del Derecho de la Unión al asunto litigioso –presupuesto que legitima la intervención del propio TJUE–, pocos cambios aporta la resolución que comentamos. Con base en el conocido mantra sentado originalmente en el asunto *Grzelczyk* (sentencia de 20 septiembre 2001, C-184/99), de que “la ciudadanía de la Unión está destinada a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”, y de forma paralela a los anteriores asuntos sometidos al Tribunal, éste manifiesta que la situación en cuestión “está comprendida, por su naturaleza y sus consecuencias, dentro del ámbito del Derecho de la Unión”. Sin embargo, y como viene siendo habitual en esta serie de asuntos, no existe ulterior desarrollo de esta afirmación. En este sentido, la fundamentación de este aspecto –esencial, a nuestro criterio– resulta notablemente pobre, en particular en aquellos asuntos (como el presente, o en *Tjebbes*) en los que la vinculación de las personas interesadas con el territorio de la Unión era muy escasa, cuando no inexistente. Esto llama especialmente la atención, por dos razones. En primer lugar, por el carácter de competencia exclusiva estatal (al menos formal) que reviste el Derecho de la nacionalidad, exclusividad que además los Estados miembros (y, en particular y precisamente, Dinamarca) se han mostrado celosos de salvaguardar desde la introducción de la ciudadanía de la Unión en el TUE de 1992. A esta objeción cabría oponer, desde luego, la distinción entre competencias de la UE y ámbito de aplicación del Derecho de la UE, siendo más amplio este último en virtud del compromiso de respeto asumido por los Estados miembros, y de los principios fundamentales consagrados en los Tratados o desarrollados por la jurisprudencia del TJUE (primacía, efecto directo, efectividad, cooperación leal, etc.). De hecho, ésta es, en esencia, la respuesta del Tribunal a la invocación por parte del Gobierno de Dinamarca de la Decisión de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo de Edimburgo los días 11 y 12 diciembre 1992, que recogería la “posición particular” mantenida por

este país respecto del estatuto de la ciudadanía de la Unión. En efecto, el TJUE rechaza otorgar valor preponderante a las declaraciones –unilaterales o colectivas– efectuadas por los Estados miembros, trayendo a colación la dicotomía entre la titularidad estatal de las competencias en materia de nacionalidad y su ejercicio, sujeto este último a la obligación de respetar el Derecho de la Unión (doctrina introducida en la sentencia *Micheletti*, de 7 julio 1992, C-369/90).

Ahora bien, a nuestro juicio, el anterior argumento no desvirtúa un segundo motivo por el cual sería deseable una mejor fundamentación de la aplicabilidad del Derecho de la Unión a este tipo de asuntos, y que parte del carácter derivado y complementario de la ciudadanía de la Unión respecto de la nacionalidad estatal (arts. 9 TUE y 20.1º TFUE). En efecto, los límites impuestos por la jurisprudencia del TJUE a la regulación sobre nacionalidad de los Estados miembros implican que el vínculo derivado acabe condicionando al primario. Ello supone, en el fondo, una inversión de la relación causal entre ambos, lo que haría necesario reforzar la justificación de una consecuencia que a priori parece chocar con la literalidad y con la lógica subyacente a los Tratados –o, como mínimo, con la óptica adoptada por los Estados miembros– en este punto.

5. Sentado que el asunto estaba comprendido en el ámbito del Derecho de la Unión, el TJUE analiza, a la luz de dicho ordenamiento, la legitimidad de los objetivos perseguidos por la legislación danesa al establecer la causa de pérdida automática de la nacionalidad. Siguiendo la línea ya trazada en las tres sentencias anteriores, el Tribunal refrenda la concepción de la nacionalidad como un vínculo que expresa una relación especial de solidaridad y de lealtad y una reciprocidad de derechos y deberes entre el Estado y sus nacionales, así como un vínculo efectivo con dicho Estado. En consecuencia, el TJUE reputa legítimo que Dinamarca, a fin de proteger dicha relación, y en el ejercicio de sus competencias en materia de nacionalidad, establezca la causa de pérdida *ipso iure* enjuiciada, para los supuestos en los que se ponga de manifiesto la inexistencia de una vinculación efectiva con dicho país, y ello aun cuando pueda conllevar la pérdida de la ciudadanía de la Unión.

Sin embargo, resulta de interés un aspecto que el TJUE no analiza, pero sobre el que sí se pronunciaron la Comisión y el Abogado General. En principio, el Tribunal también valida como legítimos, a los ojos del Derecho de la Unión, los criterios que tiene en cuenta la ley danesa para valorar la existencia o inexistencia de vinculación efectiva con Dinamarca (lugar de nacimiento y de residencia de la persona interesada, y circunstancias de sus períodos de permanencia en territorio danés), así como el establecimiento de un periodo de tiempo determinado a considerar (hasta el vigesimosegundo cumpleaños). Ahora bien, el TJUE descarta expresamente pronunciarse –porque no era pertinente para el caso concreto– sobre el hecho de que la legislación danesa no distingue, a efectos de la pérdida automática de la nacionalidad, en función de si el lugar de nacimiento, residencia o permanencia se sitúa en un tercer país, o bien en un Estado miembro de la UE (salvo Suecia y Finlandia, sí contempladas). Tanto la Comisión como el Abogado General sostuvieron la falta de legitimidad de este criterio a tenor del Derecho de la Unión, ya que implica una restricción del ejercicio del derecho a la libre circulación de los nacionales daneses. En efecto, las personas con doble nacionalidad danesa y de un tercer Estado, nacidas en otro Estado miembro (que no sea Suecia y Finlandia) de padre o madre daneses que hubieran ejercido su derecho a la libre circulación, o bien que ejerzan ellas mismas su derecho a la libre circulación y, hasta pasados los veintidós años, residan en un Estado miembro que no sea Dinamarca, Suecia o Finlandia, pueden verse abocadas a perder su nacionalidad danesa y, por ende, la ciudadanía de la Unión. En consecuencia, esta eventualidad puede disuadirlas de ejercer su derecho a la libre circulación. Aunque en el presente asunto, como se ha mencionado, esta cuestión queda fuera del análisis del Tribunal, se intuye una posible valoración negativa en el caso de ser objeto de un pronunciamiento futuro.

Al hilo de lo anterior, una reflexión que nos plantea esta sentencia es cuál ha de ser el rol y la definición del criterio del “vínculo efectivo y genuino” como sustrato de la nacionalidad, en el marco del ordenamiento de la Unión. Posiblemente sea necesaria una delimitación autónoma de dicho criterio a efectos del Derecho de la UE, que excluya la ruptura de la efectividad del vínculo

con el Estado miembro de origen cuando se ejerza el derecho a la libre circulación; o, dicho de otra forma, que la vinculación efectiva deba predicarse con el territorio de la UE en su conjunto. Por otro lado, el interrogante de si dicho criterio es simplemente avalado por el TJUE como uno de los posibles, o bien si forma parte de una eventual (y embrionaria) noción material europea de nacionalidad, se dilucidará probablemente cuando el máximo intérprete deba pronunciarse en relación con los programas de nacionalidad por inversión (o *Golden Passports*), concretamente en el asunto C-181/23, recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Malta, y aún pendiente de resolución en la fecha de redactarse estas líneas.

6. Una vez superado el test de la legitimidad, y siguiendo el método establecido en su jurisprudencia previa, el TJUE analiza la cuestión a la luz del principio de proporcionalidad. En la dimensión fáctica de este principio, el Tribunal remite a las autoridades danesas la obligación de efectuar el examen individual correspondiente. A estos efectos, la autoridad competente deberá dilucidar si la pérdida del estatuto de ciudadana de la Unión conlleva, para la interesada o para los miembros de su familia, consecuencias de orden personal, familiar o profesional que tuvieran un carácter desproporcionado en atención al objetivo perseguido por la norma. Esta valoración habrá de realizarse tomando como referencia los derechos que otorga la ciudadanía de la Unión y, también, los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE, en particular los previstos en sus arts. 7 (respeto a la vida familiar) y 24.2º (interés superior del niño). En el caso de que la pérdida se repute desproporcionada, la jurisprudencia del TJUE –confirmada aquí– impone una recuperación *ex tunc*. Como elemento de reflexión, cabría apuntar que el hecho de condicionar la vigencia del vínculo nacional a la gravedad de las consecuencias de su pérdida en el caso concreto puede conllevar potenciales desigualdades de trato y afectar negativamente a la seguridad jurídica.

La dimensión normativa del examen de proporcionalidad, en cambio, es asumida directamente por el TJUE, como ya hizo en el asunto *Tjebbes*. En este punto hallamos la principal novedad aportada por esta sentencia, al introducir el Tribunal por primera vez en este ámbito el principio de efectividad. Como es sabido, este principio, de aplicación habitual en la jurisprudencia del TJUE, se dirige a garantizar que la realización de los derechos conferidos a los particulares por el ordenamiento de la Unión no se vea imposibilitada o extremadamente dificultada a causa de reglamentaciones o prácticas impuestas por los Estados miembros. En el presente asunto, el principio de efectividad se proyecta sobre el régimen legal danés de solicitud de conservación de la nacionalidad, en particular sobre la configuración tanto del *dies a quo* como del *dies ad quem* del plazo para formular dicha solicitud. Respecto del primero, el TJUE dictamina que el cómputo del plazo no puede comenzar si la persona interesada no ha sido debidamente informada de la pérdida o la inminente pérdida de la nacionalidad, así como de su derecho a solicitar su conservación o recuperación *ex tunc*, y del plazo para hacerlo (que debe ser “razonable”). Respecto del *dies ad quem*, el TJUE estima también incompatible con el principio de efectividad el hecho de que el día final del plazo para formular la solicitud de conservación de la nacionalidad coincida con el día final del periodo que se tiene en cuenta para valorar la vinculación efectiva con Dinamarca (vigesimosegundo cumpleaños), y declara que tal plazo debe extenderse durante un plazo razonable más allá de esta fecha.

7. La intervención del TJUE implica una modificación notable del régimen legal danés en este punto, y también genera algunos interrogantes a nivel general. El principio de efectividad exige, como se ha mencionado, que se informe debidamente al sujeto de su situación legal respecto de la pérdida de la nacionalidad (que implique pérdida de la ciudadanía europea), a fin de que pueda solicitar su conservación o recuperación, y garantizar así que en el marco de este expediente las autoridades puedan realizar el examen individual de las consecuencias de dicha pérdida a la luz del Derecho de la Unión. Si no se le ha informado adecuadamente, la obligación de efectuar el mencionado examen se mantiene, presumiblemente, *sine die*: las autoridades deberán estar en condiciones de realizarlo con carácter incidental (por ejemplo, cuando la persona solicite un documento de viaje o acreditativo de la nacionalidad), aun cuando la petición se presente más

allá del plazo razonable. Ahora bien, el Tribunal no aclara en qué consiste esa “debida información”, ni cómo debe llevarse a cabo, lo que suscita dudas respecto de su forma de implementación en los sistemas estatales. Posiblemente, el máximo intérprete europeo tenga ocasión de abundar en esta cuestión en los asuntos C-684 a C-686/22, aún pendientes de resolución a la presente fecha, y en los que se plantea una posible falta de información suficiente a dobles nacionales turco-alemanes sobre la inminente pérdida de su nacionalidad alemana a causa de un cambio legislativo, así como un eventual régimen transitorio inadecuado.

Por otro lado, la obligatoriedad de prever una “recuperación *ex tunc*” para el caso de que la pérdida de la nacionalidad resulte desproporcionada a la luz de los derechos que confiere la ciudadanía de la Unión –o para el caso de que se haya producido sin que la legislación nacional haya permitido efectuar el examen individual para valorar dicha circunstancia–, es también una figura introducida por el TJUE *ex novo* en la sentencia *Tjebbes* y que, como tal, puede resultar desconocida para muchos ordenamientos (como es el caso del español). En realidad, equivale a dejar sin efecto la pérdida de la nacionalidad, desde el momento en que presuntamente se produjo. En la sentencia comentada, por añadidura, el TJUE declara que no puede sustituirse ni compensarse por una naturalización, por muy favorables que sean las condiciones que se establezcan para los antiguos nacionales, porque ello supone admitir que la persona pueda haber estado privada, durante un tiempo, de los derechos que le otorga la ciudadanía de la Unión.

7. Con esta resolución se confirma la tendencia del TJUE a interpretar de forma maximalista la ciudadanía de la Unión. A pesar de que dicha ciudadanía constituye un vínculo derivado de la nacionalidad estatal, se erige en parámetro fiscalizador de la normativa que sobre esta última han adoptado los Estados miembros, en el ejercicio de una competencia que es de su titularidad. A través de esta línea jurisprudencial, el TJUE va perfilando de forma progresiva un marco y unos límites derivados del Derecho de la Unión, que se imponen sobre las reglamentaciones internas. Paralelamente, al omitirse en esta resolución toda referencia a los convenios internacionales sobre nacionalidad (sí empleados como base jurídica en los anteriores asuntos), y con la introducción del principio de efectividad, se evidencia la voluntad del Tribunal de reforzar la autonomía de la fundamentación, aplicando normas, principios y métodos propios del ordenamiento de la Unión.

Milagros OROZCO HERMOSO *

36. OPERACIONES DE RETORNO: SE DESESTIMA EL RECURSO DE INDEMNIZACIÓN DE VARIOS REFUGIADOS SIRIOS CONTRA FRONTEX TRAS SU DEVOLUCIÓN DE GRECIA A TURQUÍA (STG 6 septiembre 2023, as. T-600/21: *WS y otros/Frontex*)

37. RESOLUCIONES POR LAS QUE SE IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL O LA CONTINUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS INCOADOS ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE OTRO ESTADO MIEMBRO (STJ 3^a 7 septiembre 2023, Asunto C-590/21: *Charles Taylor Adjusting*)

Observaciones: 1. En esta sentencia el Tribunal de Justicia extiende su jurisprudencia previa acerca de la incompatibilidad con el RBlbis de *las antisuit injunctions* (mandamientos judiciales conminatorios que prohíben a una parte, bajo apercibimiento de sanción, entablar o proseguir una acción ante un órgano jurisdiccional extranjero) entre Estados miembros a otras resoluciones judiciales que puedan producir efectos similares. Ejemplo de estas últimas son resoluciones judiciales que no prohíben expresamente entablar o proseguir acciones en el extranjero, pero sí contemplan sanciones en caso de que una parte inicie o continúe un procedimiento en el extranjero.

* Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

2. Más en concreto, la resolución judicial inglesa sobre cuyo reconocimiento trata el litigio principal había concedido una indemnización pecuniaria provisional de los gastos que la incoación del procedimiento pendiente ante un tribunal del Estado miembro requerido (Grecia) causa al demandado. Además, la nueva sentencia establece que tales “órdenes conminatorias que “casi” impiden el recurso” no sólo son incompatibles con las normas de competencia del RBlbis (de modo que los tribunales de los Estados miembros no pueden adoptarlas respecto de procedimientos ante tribunales de otros Estados miembros), sino que, además, su reconocimiento conllevaría la infracción manifiesta de un principio fundamental en el ordenamiento jurídico de la Unión, de modo que sería contrario al orden público.

3. La sentencia *Charles Taylor Adjusting* va referida a un asunto relativo a la eficacia en Grecia de una medida de ese tipo adoptada por los tribunales ingleses, al que resultaba todavía aplicable el régimen de reconocimiento y ejecución del RBlbis, conforme a las disposiciones transitorias del Acuerdo de Retirada. Junto a la referencia a los fundamentos y alcance de la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia en el marco del RBlbis, tiene interés reflexionar brevemente sobre las implicaciones de esta sentencia respecto del tratamiento de situaciones –potencialmente más frecuentes en la práctica tras el Brexit– en las que se plantea la eficacia en un Estado miembro de este tipo de medidas adoptadas por tribunales de un tercer Estado. Todo ello en un contexto en el que la adopción de *antisuit injunctions* o resoluciones con efectos similares alcanza una creciente relevancia práctica en la litigación internacional, en la medida en que ahora también tribunales continentales recurren a ellas (como ilustra la experiencia alemana o francesa en la litigación relativa a licencias FRAND), y los tribunales del RU han quedado “liberados” de la prohibición resultante del RBlbis para adoptarlas respecto de los Estados miembros de la UE.

4. La sentencia reseñada parte de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia acerca de que las *antisuit injunctions* adoptadas por los tribunales de un Estado miembro, en la medida en que suponen una injerencia en la competencia del tribunal de otro Estado miembro, resultan incompatibles con el RBlbis (ap. 25 de la nueva sentencia con referencia a las sentencias de 27 abril 2004, *Turner*, C 159/02, EU:C:2004:228, ap. 27; 10 febrero 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali*, C 185/07, EU:C:2009:69, ap. 34, y 13 mayo 2015, *Gazprom*, C 536/13, EU:C:2015:316, ap. 32). Al analizar medidas que no contienen expresamente una prohibición como la que es propia de una *antisuit injunction*, pero contemplan sanciones que producen el efecto de dificultar o disuadir el inicio o la prosecución de un procedimiento judicial en otro Estado miembro (susceptibles de ser calificadas como “órdenes conminatorias que “casi” impiden el recurso”), el Tribunal establece que se impone la misma solución acerca de su incompatibilidad con el RBlbis, en la medida en que también menoscaban la confianza mutua entre los tribunales de los Estados miembros, que típicamente excluye el control de la competencia de los tribunales de un Estado miembro por los de otro, y suponen una injerencia inadmisible en la competencia de los tribunales de un Estado miembro. Ello es así aunque esa orden conminatoria proceda de un tribunal que base su competencia en un acuerdo exclusivo de elección de foro (aps. 26 a 28 de la nueva sentencia).

5. Habida cuenta de que lo que se plantea en el litigio principal es el reconocimiento y ejecución de tales medidas, resulta clave dilucidar si las mismas no sólo infringen las reglas de competencia del RBlbis sino si se trata además de resoluciones cuyo reconocimiento resultaría “manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”, como exige para denegar el reconocimiento y ejecución el art. 45.1º RBlbis. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es reiterada en el sentido de que la incorrecta aplicación de normas de la Unión –como el RBlbis– o nacionales, aunque sea manifiesta, no es motivo para denegar el reconocimiento de una resolución procedente de otro Estado miembro, sino que es preciso que se trate de una resolución cuyo reconocimiento menoscabe un principio fundamental (aps. 31 a 36 de la nueva sentencia con ulteriores referencias).

6. El Tribunal de Justicia establece que tal es el caso de las medidas que, sin ser propiamente *antisuit injunctions*, pueden calificarse de “órdenes cominatorias que casi impiden el recurso”, al influir indirectamente en la continuación de un procedimiento iniciado ante los tribunales de otro Estado miembro (ap. 37). Tales medidas menoscaban la confianza mutua entre los Estados miembros en que se basa el sistema de competencias del RBibis (ap. 38), lo que resulta determinante para apreciar que pueden ser incompatibles con el orden público por “violar el principio fundamental, en el espacio judicial europeo basado en la confianza mutua, según el cual cada órgano jurisdiccional se pronuncia sobre su propia competencia” (ap. 39). Con carácter accesorio, para concluir, la sentencia pone de relieve que ese tipo de medidas –como la concesión de una indemnización provisional de los gastos que la incoación del procedimiento que se pretende obstaculizar causa al demandado– pueden afectar al acceso a los tribunales por parte de la persona frente a la que se adoptan, dificultando o incluso impidiendo que el demandante prosiga el procedimiento en el Estado miembro requerido (ap. 40).

7. En síntesis, la posición del Tribunal de Justicia conduce a la ineeficacia de las medidas que producen efectos equivalentes a *antisuit injunctions* entre los Estados miembros. La caracterización de tales medidas se formula en términos muy amplios, pues lo determinante es que dificulten que el (potencial) demandante al que van dirigidas inicie o prosiga el procedimiento en cuestión. Ahora bien, de manera coherente con el alcance del RBibis el análisis se limita a medidas adoptadas en un Estado miembro que repercuten en la tramitación de procedimientos en otros Estados miembros.

8. Un tipo de situación no contemplado en la sentencia reseñada podría justificar un análisis específico dentro del marco del propio RBibis. En concreto, el reconocimiento y ejecución en el marco del RBibis de medidas de este tipo tendentes a obstaculizar la tramitación de procedimientos en terceros Estados. Piénsese, por ejemplo, en la eventual solicitud de ejecución en EM2 de una multa coercitiva impuesta en EM1 por la vulneración por una parte de una medida de este tipo relativa a la prosecución de un procedimiento en un tercer Estado (y no en un Estado miembro). El reconocimiento y ejecución en EM2 de esa multa coercitiva se regiría por el RBibis al proceder de otro Estado miembro. A diferencia de la situación a la que va referida la sentencia *Charles Taylor Adjusting*, una medida de ese tipo no socavaría la confianza mutua, al ir referida únicamente a procedimientos que se tramitan en terceros Estados. El eventual menoscabo del derecho de acceso a los tribunales en el tercer Estado como fundamento de la denegación de la ejecución de la multa coercitiva por ser incompatible con el orden público de EM2 a los efectos del art. 45.1º RBibis merecería un análisis diferenciado, pues no es equiparable a una situación como la que es objeto de la sentencia reseñada (al no obstaculizar el acceso a los tribunales en el propio Estado miembro requerido).

9. Obviamente, tampoco puede abordar la sentencia reseñada el tratamiento de situaciones en las que el reconocimiento y ejecución de una *antisuit injunction* o una “orden cominatoria que “casi” impide el recurso” en un Estado miembro no debe determinarse en virtud del RBibis sino de la legislación interna del Estado requerido, como sucede típicamente en aquellos casos en los que la resolución extranjera cuya eficacia se pretende procede de un tercer Estado. En realidad, tal será el caso de un supuesto como el del litigio principal cuando la medida adoptada por el tribunal inglés no quede ya comprendida en el régimen transitorio de aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución del RBibis.

10. Al no ser aplicable el RBibis en tales casos, la argumentación del Tribunal de Justicia acerca de la vulneración de la confianza mutua en tanto que principio fundamental del espacio judicial europeo como determinante de que la resolución sea manifiestamente contraria al orden público no resultará relevante. No obstante, en las situaciones típicas la obstaculización que la eficacia de la resolución extranjera supone al acceso a los tribunales en el Estado requerido resultará determinante de que su reconocimiento y ejecución sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (en España, a los efectos del art. 46 Ley 29/2015), en la medida en que menoscaba el derecho a un proceso equitativo del art. 6.1º CEDH y el derecho a la

tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE y del art. 24 de la Constitución. El ap. 40 de la sentencia reseñada viene a avalar este planteamiento.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

38. COMPETENCIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL ANTE EL QUE SE HA EJERCITADO LA ACCIÓN CON RESPECTO A LOS CODEMANDADOS DOMICILIADOS FUERA DEL ESTADO MIEMBRO DEL FORO (STJ 5^a 7 septiembre 2923, as. C-832/21: *Beverage City Polska*)

39. APLICACIÓN A LOS PRECONTRATOS DEL FUERO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL (STJ 7^a 14 septiembre 2023, as. C-393/22, *EXTÉRIA*)

40. 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 Limited*)

41. 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*)

42. RESTABLECIMIENTO TEMPORAL POR PARTE DE UN ESTADO MIEMBRO DE LOS CONTROLES EN SUS FRONTERAS INTERIORES (STJ 4^a 21 septiembre 2023: C-143/22: *ADDE y otros*)

43. UN NACIONAL DE UN TERCER ESTADO QUE RESIDE EN UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA PUEDE DESIGNAR COMO LEY QUE HABRÁ DE REGIR SU SUCESIÓN LA LEY DE ESE TERCER ESTADO (STJ 3^a 12 octubre 2023, as. C-21/22: *OP –Choix du droit d'un État tiers pour la succession–*)

Observaciones: 1. Es habitual que los instrumentos de la Unión en materia de DIPr incorporen una previsión –en coherencia con lo establecido en el art. 351 TFUE y con las exigencias internacionales– de no afectación a la aplicación de los convenios internacionales previos en que sean parte uno o más Estados miembros y uno o más terceros Estados. Aunque con diferencias puntuales, resultan ilustrativos a este respecto los arts. 71 RBibis (coincidente con el art. 71 de su antecedente el Reglamento 44/2001), 25.1 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 28.1 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, 19 del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio, 75.1º del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones o 62.1 del Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales. Entre esas disposiciones, hasta ahora, había sido objeto de especial atención en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el art. 71 RBibis y su interacción con el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (C. M. R.), en particular, en las sentencias de 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243; 19 diciembre 2013, *Nipponka Insurance Co. (Europe)*, C-452/12, EU:C:2013:858; 4 septiembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C-157/13, EU:C:2014:2145) [estando en la actualidad pendiente el asunto *Gjensidige*, C-90/22, acerca también de la interacción entre esos instrumentos].

2. Al interpretar el art. 71 RBibis, esa jurisprudencia ha puesto de relieve que no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte, en línea con la jurisprudencia según la cual los convenios celebrados por Estados miembros con Estados terceros no pueden invocarse en las relaciones entre los Estados miembros en detrimento de los

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

objetivos del Derecho de la Unión (aps. 51–52 de la sentencia *TNT Express Nederland*, ap. 47 de la sentencia *Nipponka Insurance Co. (Europe)* y ap. 41 de la sentencia *Nickel & Goeldner Spedition*). La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto, *OP (Choix du droit d'un État tiers pour la succession)* extiende ese planteamiento a la norma sobre no afectación del art. 75.1 del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en un supuesto de concurso de normas sobre ley aplicable entre ese Reglamento y un Convenio bilateral entre un Estado miembro y un Estado tercero.

3. La sentencia ha alcanzado cierta notoriedad en la medida en que constata que el art. 22 del Reglamento 650/2012 permite que un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro de la UE pueda designar como ley aplicable a su sucesión la ley de ese tercer Estado, si bien concluye que un convenio bilateral previo con un tercer Estado que no prevea la posibilidad de elegir la ley aplicable puede prevalecer respecto de esta cuestión sobre el Reglamento. En esta reseña, sin embargo, interesa detenerse en que el Tribunal llega a esa última conclusión respetuosa con el criterio de no afectación de los convenios internacionales previos, pese a que matiza ese criterio, al extender con respecto al art. 75.1 del Reglamento 650/2012 y un supuesto relativo a las relaciones entre un Estado miembro y un Estado tercero su jurisprudencia previa relativa al art. 71 RBibis. En este marco se suscitan cuestiones de interés desde la perspectiva española (y de otros Estados miembros), en la medida en que en otras materias en las que la ley aplicable ha sido objeto de unificación en el seno de la UE, España es parte de convenios internacionales que la vinculan con terceros Estados e incorporan criterios parcialmente diferentes a los de la normativa de la Unión. Tal es el caso, en particular, de la interacción entre el Reglamento Roma II en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos y los accidentes de circulación por carretera, de los que España es parte.

4. El apartado de la nueva sentencia especialmente relevante a estos efectos es el 29, en el que el Tribunal de Justicia establece que su jurisprudencia relativa al art. 71 RBibis y su interacción con el CMR en una situación entre Estados miembros es trasladable con respecto a la interpretación del art. 75.1 del Reglamento 650/2012 y la interacción de este instrumento con el convenio bilateral entre Polonia y Ucrania que incluye normas sobre ley aplicable a las sucesiones. De este modo, la nueva sentencia afirma como límite al criterio de no afectación también en estas situaciones el que el art. 75.1 del Reglamento 650/2012 “no puede tener un alcance que contravenga los principios subyacentes a la normativa de la que forma parte”.

5. A partir de ahí, la sentencia –en la línea de las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona (EU:C:2023:247)– pone de relieve que como la autonomía de la voluntad del art. 22 del Reglamento 650/2012 es una excepción al criterio general del art. 21 (aplicación de la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento) y se limita a la posibilidad de elegir la ley de un Estado de su nacionalidad, no “es un principio subyacente al Reglamento 650/2012 y, por tanto, a la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión de la que este Reglamento es instrumento” (ap. 33). Seguidamente, señala que tampoco lo es el principio de unidad de la sucesión, que puede también resultar menoscabado como consecuencia de la aplicación del convenio bilateral, que conduce a la escisión de la sucesión (ap. 34). Por consiguiente, la sentencia salvaguarda la eventual aplicación del tratado bilateral entre el Estado miembro y el tercer Estado y su no afectación por el Reglamento 650/2012, pero lo hace estableciendo límites y controles al principio de no afectación –y por lo tanto a la normal aplicación del convenio internacional– que pueden conducir a generar inseguridad jurídica en otras situaciones en las que pudiera llegar a entenderse que las normas contenidas en el Reglamento deben prevalecer en relación con Estados terceros.

6. A este respecto, resulta de interés que el Abogado General en sus conclusiones había recomendado una aproximación más cauta que la que resulta de la sentencia a la concreta cuestión de la extensión de la jurisprudencia relativa al art. 71 RBibis a la interpretación de una norma como el art. 75 Reglamento 650/2012. Tras constatar que el art. 75.2º Reglamento

650/2012 excluye la primacía de los convenios internacionales sobre el Reglamento 650/2012 cuando se trata de convenios de los que solo sean parte Estados miembros, el Abogado General destacó las dificultades inherentes a situaciones en las que pudiera llegar a la conclusión de que un Estado miembro de la UE parte de un convenio internacional deba ignorar compromisos contenidos en el mismo en relación con terceros Estados con base en que la aplicación de tales compromisos menoscaba los principios que inspiran el instrumento de la UE en cuestión (o la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la UE) (aps. 39 a 45 de las conclusiones del Abogado General).

7. Ciertamente, desde la perspectiva española, no resulta difícil encontrar situaciones en las que la nueva sentencia puede servir para abrir debates cuestionables pero que pueden ser fuente de inseguridad jurídica al concretar si la aplicación del criterio de no afectación conduce en el caso concreto a contravenir los principios subyacentes al Reglamento que la contiene.

8. A modo de ejemplo, el ap. 1 del art. 28 del Reglamento Roma II coincide con el primer párrafo del ap. 1 del art. 75 Reglamento 650/2012 y su ap. 2 con el ap. 2 del art. 75 Reglamento 650/2012. Por su parte, el art. 14 del Reglamento Roma II regula la libertad de elección por las partes de la ley aplicable a la obligación extracontractual con un alcance mucho mayor que el que esa posibilidad tiene en el marco del Reglamento 650/2012. Pese a que el art. 14 del Reglamento Roma II establece ciertas restricciones a la libertad de elección y el Reglamento excluye esa posibilidad en ciertas materias (arts. 6.4º y 8.3º), no cabe duda de que sí la admite respecto de la ley aplicable, entre otras, a la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación por carretera (a la que, solo en defecto de elección conforme al art. 14, sería aplicable la regla general del art. 4 del Reglamento Roma II) y a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (a la que, solo en defecto de elección conforme al art. 14, sería aplicable la regla general del art. 5 del Reglamento Roma II). Por el contrario, ni el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos ni el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera –respecto de los que en relación con España debe estarse a lo dispuesto en el art. 28 Reglamento Roma II– contemplan la posibilidad de elección por las partes de la ley aplicable.

9. Los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica del Reglamento Roma II, la redacción de su art. 28 y el fundamento del criterio de no afectación a los convenios internacionales con terceros Estados refuerzan en este contexto la justificación de una aplicación restrictiva de los límites a este criterio elaborados por la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en relación con el art. 71 RBIIbis.

10. En todo caso, las dificultades inherentes a la aplicación de los límites al criterio de no afectación así como las distorsiones inherentes a la coexistencia con el Reglamento de esos dos convenios de La Haya parcialmente obsoletos y de escaso éxito, refuerzan la convicción de que resulta muy difícil de justificar que tras la adopción del Reglamento Roma II España (y el resto de Estados miembros de la Unión contratantes) no haya(n) denunciado los dos convenios aludidos, lo que ha supuesto que para España se hayan ido renovando tácitamente cada cinco años (art. 20 del Convenio de 1971 y art. 21 del Convenio de 1973).

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *

44. CESIONES TEMPORALES DEL USO DE VIVIENDAS: LÍMITES DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA SOBRE ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES (STJ 4ª 16 noviembre 2023, as. C-497/22: *Roompot Service*)

Observaciones: 1. En virtud del art. 24.1º RBIIbis, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles se atribuye competencia exclusiva a los tribunales del Estado miembro donde

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

el inmueble se halle sito, sin perjuicio de la competencia alternativa de los tribunales del domicilio del demandado respecto de ciertos contratos en los que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro. Por consiguiente, la eventual caracterización de un contrato como de arrendamiento de bien inmueble a estos efectos resulta determinante de que lo dispuesto en el art. 24.1º, que tiene carácter excepcional, desplace al resto de reglas de competencia que pudieran ser aplicables, incluidas las relativas a litigios sobre contratos de consumo (art. 17 a 19 RBibis), la posibilidad de que las partes elijan el tribunal competente con base en los arts. 25 y 26, y el fuero especial en materia contractual del art. 7.1º. En el contexto de la economía digital, que ha facilitado la expansión de las operaciones transfronterizas relativas a cesiones temporales del uso de viviendas de vacaciones, el tratamiento de este tipo de contratos a los efectos del art. 24.1º Resulta de singular interés. En esta sentencia el Tribunal de Justicia proporciona precisiones adicionales sobre esta cuestión.

2. Tratándose de contratos de cesión del uso de una vivienda de vacaciones de corta duración, de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia (*vid. aps. 29 a 34 de la sentencia reseñada con ulteriores referencias*), resultaba que procede la calificación como arrendamiento de bien inmueble a esos efectos en la medida en que tales contratos tengan por objeto únicamente el arrendamiento de un inmueble, lo que incluye aquellas situaciones en las que el contrato prevé disposiciones adicionales meramente accesorias, como cláusulas relativas al seguro por resolución del contrato y a la garantía de devolución del precio. Esta conclusión no se ve alterada porque el contrato se celebre con quien solo asume la función de intermediario entre el cliente en cuestión y el propietario de dicha vivienda. Por el contrario, la calificación como arrendamiento de bien inmueble debe rechazarse cuando el contrato, junto a la cesión del uso de la vivienda, incluye prestaciones que no son meramente accesorias, por ejemplo, prestaciones de servicios de acogida en el lugar de destino, reserva y anulación de viaje, información sobre actividades a realizar durante la estancia... Cuando la cesión del uso de la vivienda va acompañada de prestaciones de servicios no accesorias procede apreciar que se trata de un contrato complejo que queda al margen del art. 24.1º RBibis.

3. En consecuencia, la calificación de un contrato a estos efectos requiere una apreciación de la relación contractual de que se trate “en conjunto y en su contexto” (ap. 34), lo que implica valorar si las prestaciones suplementarias a la cesión de uso de la vivienda son suficientes para calificar el contrato como contrato complejo que tiene por objeto un conjunto de prestaciones de servicios, de modo que no quedaría comprendido por el art. 24.1º RBibis. El principal interés de la sentencia es que proporciona elementos adicionales acerca de cuál es la relevancia a estos efectos de ciertas prestaciones que pueden acompañar a la cesión de uso de la vivienda.

4. Por una parte, el Tribunal considera que prestaciones como la limpieza al final de la estancia, el suministro de ropa de cama y la entrega de llaves no son prestaciones “suficientemente caracterizadas” como para excluir la calificación del contrato como de arrendamiento de bien inmueble y considerar que se trata de un contrato complejo de organización de una estancia que quede al margen del art. 24.1º (ap. 40). Por el contrario, sí deben considerarse normalmente como contratos complejos de organización de una estancia a los que no resulta de aplicación la competencia exclusiva, aquellos que, junto a la cesión de uso de una vivienda incluyen la prestación de “servicios de información y consejo, de reserva y de recepción que... forman parte de la oferta que propone un profesional del turismo a cambio de un precio global” (ap. 41). Además, el Tribunal de Justicia destaca la relevancia a efectos que el contrato sea considerado como un contrato complejo de organización de una estancia el que se concluya con un organizador de viajes que actúa “en calidad de profesional del turismo y ofrece, en el marco de una estancia organizada, servicios suplementarios” (ap. 43).

5. Proyectando este criterio sobre las concretas circunstancias del litigio principal, la sentencia determina que la puesta a disposición de una vivienda en un complejo vacacional que cuenta con estructuras estandarizadas de alojamiento que forman un conjunto homogéneo, explotado por un profesional del turismo, “y la oferta de una estancia a cambio de un precio global que refleja la

calidad y la importancia del conjunto de prestaciones ofrecidas en ese complejo vacacional”, son factores que facilitan normalmente la apreciación de que se trata de un contrato complejo de organización de una estancia excluido del art. 24.1º RBibis (ap. 44).

6. El Tribunal destaca la coherencia de ese resultado con el fundamento y la naturaleza excepcional de las competencias exclusivas del art. 24 RBibis, que requiere una interpretación restrictiva de su alcance. Con respecto al fundamento del art. 24.1º, se pone de relieve su conexión con que los contratos incluidos en su ámbito de aplicación son contratos cuyo contenido son normalmente objeto de regulación por disposiciones imperativas sobre el uso de la propiedad inmobiliaria del Estado miembro en el que esté situado el inmueble, como elemento que condiciona que los tribunales dese lugar son los que se encuentran en mejor posición para conocer del litigio (ap. 45).

7. En la medida en que, con frecuencia, se trata de contratos de consumo, su exclusión del art. 24.1º RBibis facilita que los contratos complejos de organización de una estancia, aunque incluyan la cesión de uso de una vivienda, puedan quedar sometidos al régimen imperativo de protección de los consumidores de los arts. 17 a 19 RBibis, que no prevén ninguna exclusión relevante a estos efectos. Tal situación conduce en la práctica normalmente a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor.

8. Los criterios de delimitación de los “contratos de arrendamiento de bienes inmuebles” a los efectos del art. 24.1º RBibis también constituirán un referente hermenéutico muy relevante de cara a la interpretación de esa misma categoría en el marco del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI), que la emplea en sus arts. 4.1º.c) y d), 6.4º.c) y 11.5º.

9. No obstante, esta coordinación al delimitar esas categorías contractuales no facilita la correlación entre tribunal competente y ley aplicable. El art. 6.4º.c) RRI excluye los contratos de arrendamiento de un bien inmueble del régimen de protección en materia de contratos de consumo, al que quedarían en principio sometidos también en materia de ley aplicable los contratos complejos de organización de una estancia. Ahora bien, en la medida en que conforme al art. 6.4º.a) RRI, el régimen de protección en materia de ley aplicable a los contratos de consumo no se aplica a los de prestación de servicios en los que los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto al de su residencia habitual, en la práctica será habitual que en contratos transfronterizos complejos de organización de una estancia, típicamente referidos a estancias en países diferentes del de la residencia habitual del consumidor, no resulte de aplicación el citado régimen de protección.

PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO *

45. 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, asuntos acumulados C-228/21, C-254/21, C-297/21, C-315/21 y C-328/2: *Ministero dell'Interno*)

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