

B) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Selección y coordinación a cargo de
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—2.1. Competencia judicial internacional.—2.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras.—2.3. Procedimiento concursal. Orden de pago.—2.4. Ley aplicable al contrato de trabajo.—2.5. Ley aplicable al contrato de agencia.—2.6. Proceso monitorio europeo.—3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Competencia judicial internacional.—3.2. Cooperación en materia de protección de menores y tutela judicial efectiva.—4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.—4.1. Donaciones de inmuebles.—4.2. Sucesiones internacionales.—4.3. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado.

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2014-1-Pr

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—Excepciones a la restitución.—Valoración del interés del menor.—Ejecución de la decisión de retorno.—

* Esta crónica es continuación de la publicada en *REDI*, 2013-2. La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas durante el año 2013. Colaboran en la presente crónica, Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Laura Carballo Piñeiro, Clara I. Cordero Álvarez, Ángel Espiniella Menéndez, Gloria Esteban de la Rosa, Albert Font i Segura, Cristina González Beilfuss, Pilar Jiménez Blanco, Nerea Magallón Elósegui, Javier Maseda Rodríguez, Cristian Oró Martínez, Paula Paradela Areán, Elena Rodríguez Pineau, Isabel Rodríguez-Uría Suárez, de las Universidades Autónoma de Barcelona, Autónoma de Madrid, Complutense de Madrid, Deusto, Jaén, Oviedo, Pompeu Fabra y Santiago de Compostela y del *Max Planck Institute Luxemburg for International, European and Regulatory Procedural Law*.

Cambio de circunstancias.—Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Reglamento Bruselas II bis.

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; arts. 42 y 47 del Reglamento Bruselas II bis.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.^a) de 18 de junio de 2013, asunto núm. 3890/11, Povse y Povse c. Austria. Presidente: Isabelle Berro-Lefèvre.

F.: *hudoc.echr.coe.int*.

80. *In this connection, the Court notes that under Article 42(2) of the Brussels IIa Regulation, the court ordering a child's return under Article 11(8) of the Regulation shall issue a certificate of enforceability only if the parties have been heard, as well as the child — if appropriate in view of its age and maturity — and if the reasons for and the evidence underlying a previous refusal of return under Article 13 of the Hague Convention have been taken into account. In other words, in a context like the present one, the court ordering the return has to have made an assessment of the question whether the return will entail a grave risk for the child.*

81. *Moreover, the Court observes that the Supreme Court duly made use of the control mechanism provided for in European Union law in that it asked the CJEU for a preliminary ruling in the first set of proceedings concerning the enforcement of the Venice Youth Court's judgment of 10 July 2009. The CJEU ruling of 1 July 2010 made it clear that where the courts of the State of origin of a wrongfully removed child had ordered the child's return under Article 11(8) of the Brussels IIa Regulation and had issued a certificate of enforceability under Article 42 of that Regulation, the courts of the requested State could not review the merits of the return order, nor could they refuse enforcement on the ground that the return would entail a grave risk for the child owing to a change in circumstances since the delivery of the certified judgment. Any such change had to be brought before the courts of the State of origin, which were also competent to decide on a possible request for a stay of enforcement.*

82. *The Court therefore accepts that the Austrian courts could not and did not exercise any discretion in ordering the enforcement of the return orders. Austria has therefore done no more than fulfill the strict obligations flowing from its membership of the European Union.*

89. *The Court concludes that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.*

Preceptos aplicados: art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, sobre sustracción internacional de menores.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto núm. 27853/09, X c. Lituania. Presidente: Dean Spielmann.

F.: *hudoc.echr.coe.int*.

106. *The Court considers that a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention (see paragraph 94 above) can be achieved*

provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to verify that those questions have been effectively examined. Secondly, these factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention (see Neulinger and Shuruk, cited above, § 133).

115. *Article 8 of the Convention imposed a procedural obligation on the Latvian authorities, requiring that an arguable allegation of «grave risk» to the child in the event of return, be effectively examined by the courts and their findings set out in a reasoned court decision (see paragraph 107 above).*

119. *In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant suffered a disproportionate interference with her right to respect for her family life, in that the decision-making process under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention, the Riga Regional Court having failed to carry out an effective examination of the applicant's allegations under Article 13 (b) of the Hague Convention.*

120. *It follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention.*

Nota. 1. Las dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizan la incidencia del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sobre sendas resoluciones de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional. A partir de este denominador común, tanto los elementos presentes en la relación como las respuestas dadas por el TEDH difieren. En el asunto *X v. Lituania*, el Tribunal Europeo considera que una decisión de restitución del menor dictada por las autoridades lituanas en el marco del Convenio de La Haya de 1980 (en adelante, CH 1980) vulnera el derecho a la vida privada y familiar en la medida en que no se motiva adecuadamente la resolución de retorno. Por el contrario, en el asunto *Povse*, se considera acorde con el citado art. 8 CEDH la ejecución de la decisión de retorno ordenada por las autoridades austríacas que rechaza considerar, para paralizar la ejecución, las alegaciones sobre las nuevas circunstancias del menor. Aparentemente nos encontramos ante dos resoluciones contradictorias en cuanto a las obligaciones de control del interés del menor impuestas a las autoridades del Estado del secuestro. En relación con ello, debe considerarse que, según la jurisprudencia del TEDH resulta determinante, para valorar la actuación de las autoridades nacionales conforme al art. 8 CEDH, verificar el grado de discrecionalidad («margen de apreciación» en la terminología del TEDH) que tienen a la hora de adoptar la decisión. Por ello, para una adecuada ponderación de ambas Sentencias deben subrayarse dos datos diferenciales, que podrían ser determinantes: por una parte, la fuente normativa aplicable (CH 1980 en el asunto de *Lituania*, Reglamento Bruselas II *bis* en el asunto *Povse*); y, por otra parte, la fase del procedimiento de restitución en el que se adopta (en la fase declarativa del retorno en el primer caso, en la fase ejecutiva en el segundo).

2. En el caso de *X c. Lituania*, las autoridades lituanas debían decidir sobre la restitución del menor al Estado de origen y, en ese ámbito, evaluar si se daban algunas de las excepciones al retorno previstas en el CH 1980. En este contexto, la Sentencia encaja dentro de la tendencia jurisprudencial más reciente del TEDH a favor de una amplia valoración «de la situación global familiar del menor» antes de decidir si procede o no la devolución del mismo (apdo. 74 de la sentencia *Maumous-*

seau y Washington c. Francia, núm. 39388/05, de 6 de diciembre de 2007, a favor de la restitución del menor; apdo. 139 de la sentencia en el asunto *Neulinger et Shuruk c. Suiza*, núm. 41615/07, de 6 de julio de 2010, en contra de la restitución del mismo). En el caso concreto, el reproche se realiza por la negativa de las autoridades lituanas a examinar el informe psicológico que la recurrente presenta con la finalidad de demostrar que la separación del hijo de la madre supondrá para éste un «grave riesgo» en el sentido del art. 13 b) del CH 1980. Esta interpretación amplia, sobre el poder de apreciación del interés del menor en sede del CH 1980, ha merecido críticas doctrinales por entender que contraviene la finalidad del Convenio, dirigida a lograr la rápida restitución del menor, e invade la competencia de los tribunales del Estado de origen para conocer de cuestiones propias del fondo de la custodia (WALKER, L., «The Impact of the Hague Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger», *JPIL*, vol. 6, 2010, pp. 649 y ss.). El TEDH evidencia que es conocedor de tales críticas al esforzarse especialmente en matizar la posición expuesta en el asunto *Neulinger* y en negar que ésta haya establecido un principio específico para la aplicación del CH 1980 (apdo. 105 de la sentencia). Aun así refuerza y confirma la obligación por parte de las autoridades nacionales de motivar la resolución de retorno a la vista de las circunstancias concretas presentes en el caso, pronunciándose específicamente sobre las excepciones de los arts. 12, 13 y 20 CH 1980.

La cuestión es complicada porque difícil es trazar una nítida frontera entre el ámbito propio del procedimiento de retorno, y las circunstancias que ahí pueden analizarse, y el proceso sobre la custodia, particularmente cuando deben valorarse aspectos como el daño derivado de la separación de la madre por el hecho de la restitución. Debe lograrse en este sentido un equilibrio que permita realmente ponderar si existen riesgos directamente vinculados a la restitución misma del menor (y que están amparados por el CH 1980) sin prejuzgar la decisión de fondo de la custodia que adopte el tribunal competente sobre la misma. En esta clave, no es tan alarmante, como ha señalado parte de la doctrina, el planteamiento defendido por el TEDH. De hecho, debe observarse que la incompatibilidad de la decisión lituana con el art. 8 CEDH no se declara con base en un examen sobre el fondo (esto es, valorando si, en el caso concreto, es acorde o no con el interés del menor la separación de la madre con la restitución) sino por un incumplimiento de «procedimiento» que obligaría a una motivación de la decisión de retorno cuando se presentan indicios probatorios de los riesgos para el menor. Lo «reprobable» era que las autoridades lituanas hubieran rechazado de plano entrar a valorar el informe psicológico que, presuntamente, podría avalar la tesis del riesgo grave que la restitución suponía para el menor. Esto hubiera obligado a valorar, en su caso, aspectos tales como las posibilidades reales de retornar la madre con su hijo al Estado de origen y de plantear una demanda sobre el fondo ante los tribunales de dicho Estado (apdo. 74 de la sentencia *Maumousseau*).

La respuesta habría sido la misma en el contexto de una sustracción en el que hubiera resultado aplicable el Derecho de la Unión Europea. De hecho ya existen precedentes, como la sentencia del TEDH en el asunto *Sneerson y Campanella v. Italy*, núm. 14737/09, de 12 de julio de 2011 que consideró una violación del art. 8 del CH 1980 una orden de retorno dictada por los tribunales italianos por no haber controlado adecuadamente, en el marco del art. 11.4 del Reglamento Bruselas II *bis*, los riesgos y garantías ofrecidas por las autoridades de origen.

3. A diferencia del caso anterior, en el asunto *Povse*, la cuestión se sitúa en la fase de ejecución de una decisión de retorno certificada conforme al art. 42 del Reglamento Bruselas II *bis*. La solución dada por el TEDH en este asunto *Povse* es radicalmente

diferente, mostrándose el Tribunal Europeo partidario de una interpretación restrictiva para rechazar la ejecución del retorno. En concreto, defiende en este caso una ejecución automática e incondicionada de la restitución sin consideración de las alegaciones realizadas por la recurrente sobre los cambios de circunstancias producidos después de haberse dictado la orden de retorno. El argumento dado en este caso por el TEDH es formal: deriva de la interpretación del art. 42 del Reglamento Bruselas II *bis* según la cual las autoridades del Estado carecerían de margen de apreciación para valorar el interés del menor y deben, en todo caso, proceder a la ejecución solicitada.

En una primera lectura, el planteamiento expuesto se separa de la orientación jurisprudencial sobre la valoración del interés del menor que acaba de verse en la sentencia *X v. Lituania*. Pero lo más relevante es que rompe con el criterio establecido en el asunto *Neulinger*, que se había planteado en un contexto similar al del asunto *Povse*: en ambos casos se trata de la ejecución de una decisión de retorno y en ambos casos se trata de hacer valer un cambio en las circunstancias del menor que harían inviable su restitución sin afectar gravemente a su interés. Esta ruptura evidencia un doble parámetro de valoración en función de la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis* y su incidencia sobre los márgenes de apreciación que tendrían las autoridades nacionales.

Es lugar común en la jurisprudencia del TEDH verificar la fuente de la decisión adoptada por las autoridades nacionales, a los efectos de comprobar si la injerencia realizada por la autoridad pública en la vida privada y familiar está «prevista por la ley» en el sentido establecido en el art. 8.2 del CEDH. Ello puede suponer que una misma decisión sobre la restitución puede ser valorada de forma diferente en función del marco normativo que la sustente, sea el CH 1980 o el Reglamento Bruselas II *bis*. Además, el TEDH también ha desarrollado una línea jurisprudencial tendente a la máxima coordinación y conciliación entre el CEDH y el Derecho de la UE. Según esta doctrina, recogida y sintetizada en el asunto *Povse*, la pertenencia a organizaciones como la UE, en la medida en que protegen los derechos fundamentales de manera equivalente al CEDH, incorpora una presunción, *iuris tantum*, de actuación conforme al CEDH cuando las autoridades nacionales se limitan a ejecutar las obligaciones derivadas de dicha organización (apdo. 77 de la sentencia *Povse*). Se impone, por tanto, verificar el grado de discrecionalidad permitido a las autoridades austríacas para poder rechazar, en su caso, el retorno del menor.

En la clave de coordinación institucional y de máxima conciliación con el Derecho europeo, el TEDH en el asunto *Povse* se limita a recoger y a confirmar la interpretación del TJUE sobre el Reglamento Bruselas II *bis*, según la cual no existe margen de apreciación por parte de los tribunales nacionales del Estado del secuestro en sede de ejecución (Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse*, *REDI*, 2010-20-Pr; véase también la nota de JIMÉNEZ BLANCO, P., *REDI*, 2014-1-Pr). Esto fuerza un cambio de estrategia para quien pretende oponerse al retorno, quien deberá acudir en todo caso al Estado de origen para intentar paralizar, por todas las vías posibles, el otorgamiento del título ejecutivo previsto en el art. 42 del Reglamento y alegar ante dichos tribunales (en el caso, los italianos) cualquier vulneración de los derechos fundamentales (apdo. 85 de la sentencia del TEDH).

No obstante, y siguiendo el propio criterio expuesto por el TEDH, los criterios establecidos por el TJUE no son definitivos si se demuestra una insuficiente protección de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH. Esto convierte, de hecho, al TEDH en una especie de «instancia superior» garante en última instancia de la protección de los derechos fundamentales en la medida en que se configura el CEDH como un

«instrumento constitucional de orden público europeo» en el ámbito de los derechos humanos (Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto núm. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*, apdo. 156). Con ello, en realidad, lo que se hace es alterar la carga de la prueba de modo que corresponde a los recurrentes destruir la presunción de conformidad con el CEDH justificando que, de hecho, sí existe un margen de apreciación por parte de las autoridades austríacas y que su intervención supone una violación del art. 8 del Convenio europeo.

En este sentido, podría haberse acreditado que la interpretación del art. 47 del Reglamento Bruselas II *bis* dada por el TJUE, según la cual la remisión al Derecho del Estado requerido sólo abarca aspectos procedimentales, es muy matizable: no se justifica ni con la literalidad del precepto ni con el limitado alcance, hasta la fecha, que tienen todos los instrumentos europeos en relación con los procedimientos de ejecución forzosa de decisiones. Ciertamente, el efecto útil tanto del CH 1980 como del Reglamento Bruselas II *bis* no puede verse comprometido por la aplicación de los Derechos nacionales que vacíe de contenido y efectividad a la decisión dictada. Pero también es cierto que la práctica demuestra que una dilación en la ejecución del retorno puede conllevar un cambio de circunstancias en el entorno y la situación del menor que haga imposible, en la práctica, la restitución: ya sea por una total integración del menor en el Estado del secuestro (asunto *Neulinger*), por una nueva decisión que otorgue la custodia al secuestrador (Sentencia del TEDH de 12 de abril de 2007, asunto 10978/04, *Morfis v France*) o por una efectiva oposición del menor a su restitución que obligue al uso de la fuerza [JIMÉNEZ BLANCO, P., «La ejecución forzosa de las decisiones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. J. (dir.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341 y ss.].

No cabe entender que el título ejecutivo certificado como tal con base en el art. 42 de Bruselas II *bis* altere las reglas de funcionamiento de la ejecución forzosa, puesto que el art. 47 no distingue en función de la procedencia de la resolución. Es cierto que deben respetarse los límites derivados del art. 42, de modo que en ningún caso las autoridades del secuestro podrían utilizar motivos para rechazar la ejecución si ello comprometiera el sistema mismo del otorgamiento del certificado. Así, por ejemplo, resultaría difícil impedir la ejecución del retorno por un control por parte de las autoridades del secuestro de las condiciones previstas en el art. 42 (audiencia, consideración de los motivos de no retorno del art. 13) puesto que tal control debe ser objeto de examen exclusivo por el Estado de origen (Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-491/10, *Aguirre*, *REDI*, 2010-24-Pr; apdo. 85 de la sentencia del TEDH en el asunto *Povse*, *REDI*, 2010-20-Pr). Cuestión diferente, que nada tiene que ver con la anterior, es el rechazo excepcional a la ejecución forzosa de la decisión de retorno basada en una modificación de circunstancias posterior a la decisión de retorno que pueda hacer inviable aquélla en el caso concreto. Ello escapa al funcionamiento de la certificación como título ejecutivo del art. 42 y entra dentro del ámbito de los motivos que, con base en la remisión efectuada por el art. 47, podrían utilizarse en el marco del procedimiento de ejecución forzosa establecido en el Derecho del Estado requerido.

Así justificado se demostraría un margen de apreciación por parte de las autoridades austríacas que permitiría un examen del interés del menor en la misma clave defendida por el TEDH en el asunto *Neulinger*, dictada en el ámbito del CH 1980. En este contexto, lo que procede es llegar a un equilibrio que permita, en determinadas situaciones, justificar el rechazo a la ejecución forzosa de la ejecución de retorno, pero

dejando la completa y definitiva valoración sobre el interés del menor a los tribunales competentes para conocer del fondo de la custodia.

4. En definitiva, a pesar de las diferencias en los supuestos que sustentan ambas decisiones del TEDH, sí puede concluirse que las mismas resultan contradictorias en cuanto, en esencia, valoran de manera diversa la actuación de dos autoridades nacionales cuyos márgenes de apreciación sobre el interés del menor deberían haberse entendido, en cada uno de sus contextos, similares.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

2. TRIBUNAL DE JUSTICIA: ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

2.1. Competencia judicial internacional

2014-2-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Acción contra administrador societario por no solicitar la liquidación de la sociedad.—Acción contra accionista por infracapitalización.—Aplicación del Reglamento «Bruselas I».—Materia delictual.—Competencia del tribunal del lugar vinculado con las actividades y con la situación económica de la sociedad.

Preceptos aplicados: art. 5, apdo. 3 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a), de 18 de julio de 2013, asunto C-147/12, ÓFAB. Ponente D. T. von Danwitz.

F.: curia.europa.eu.

[...] 36. *Como se desprende también de la resolución de remisión, las referidas demandas no se basan en un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, sino en la alegación de que el administrador de Copperhill, al no haber realizado ciertas formalidades destinadas a controlar la situación económica de dicha sociedad, así como el accionista principal de ésta, incumplieron sus obligaciones legales permitiendo que la citada sociedad siguiera funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación. En virtud de la legislación aplicable, ese administrador y dicho accionista pueden, en su caso, ser considerados responsables de las deudas de Copperhill.*

37. *Pues bien, aun cuando las demandas de que se trata en el litigio principal van dirigidas a exigir al referido administrador y al citado accionista la responsabilidad por las deudas de Copperhill, dichas demandas permiten, ante todo, obtener el pago de los créditos que, por no haber cumplido sus obligaciones legales el administrador y el accionista de esa sociedad, no han podido cobrarse por completo a la citada sociedad. En el presente caso, estas acciones pretenden la reparación del perjuicio resultante del hecho de que Toréns y Kakelmässan hayan realizado obras para Copperhill sin poder obtener, con posterioridad, de la mencionada sociedad, el pago íntegro de las cantidades adeudadas por ésta por dichas obras.*

38. *De ello se deduce que las demandas de que se trata en el litigio principal, sin perjuicio de la calificación de otras demandas que puedan presentarse contra un administrador o un accionista de una sociedad, están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 5, núm. 3, del Reglamento núm. 44/2001.[...]*

54. *De los autos que obran en el Tribunal de Justicia se desprende que, durante el periodo en el que tuvieron lugar los hechos objeto del litigio, el domicilio social de Copperhill estaba situado en el municipio de Åre, que pertenece a la jurisdicción del Östersunds tingsrätt, en la que dicha sociedad, durante este periodo, realizó sus actividades y construyó un hotel. En estas circunstancias, resulta que las actividades desarrolladas así como la situación económica relativa a dichas actividades tienen un nexo con este lugar. En cualquier caso, la información sobre la situación económica y la actividad de dicha sociedad, necesarias para el ejercicio de las obligaciones de gestión que incumben al administrador y al accionista, deben estar disponibles en dicho lugar. Lo mismo cabe decir respecto a la información sobre el incumplimiento alegado de las citadas obligaciones. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si esta información es cierta.*

55. *Por ello, procede responder a las cuestiones quinta y sexta que el concepto de «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», que figura en el artículo 5, núm. 3, del Reglamento núm. 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que, por lo que se refiere a demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un miembro del consejo de administración y de un accionista de una sociedad anónima por las deudas de dicha sociedad, el citado lugar se sitúa en el lugar con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas por la sociedad y la situación económica relativa a dichas actividades.[...]*

58. *Por otra parte, procede señalar que admitir que una transmisión de créditos, realizada por el acreedor inicial, pueda tener incidencia sobre la determinación del tribunal competente en los términos del artículo 5, núm. 3, del Reglamento num. 44/2001, sería también contrario a uno de los objetivos de dicho Reglamento, recordado en su considerando 11, según el cual las reglas de competencia deben presentar un alto grado de previsibilidad.*

59. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la séptima cuestión que la circunstancia de que el crédito de que se trata haya sido transmitido por el acreedor inicial a otra persona no tiene, en circunstancias como de las que se trata en el litigio principal, incidencia sobre la determinación del tribunal competente con arreglo al artículo 5, núm. 3, del Reglamento núm. 44/2001.*

Nota. 1. Ante la declaración de un procedimiento de reestructuración en Suecia sobre Copperhill, sociedad anónima con domicilio en Suecia, un acreedor presenta una demanda contra el administrador societario, basada en el incumplimiento de la obligación de solicitar la liquidación judicial de la sociedad, y contra el accionista mayoritario, por infracapitalización de la sociedad y por una promesa de pago. El tribunal que conoce del procedimiento de reestructuración se declara incompetente para la acción por no hallarse en territorio sueco el domicilio de los demandados. En segunda instancia se remite cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que entiende aplicable el Reglamento «Bruselas I» —y no el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia— y, en concreto, el foro en materia extracontractual, siendo competente el tribunal del lugar con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas por la sociedad y su situación económica.

El razonamiento de la Sentencia aplicando el Reglamento «Bruselas I» y excluyendo la calificación concursal es correcto, aunque matizable. Es correcto porque

las acciones ejercitadas no se basan en la legislación sobre insolvencia, sino en las reglas propias del Derecho de sociedades, y, además, las acciones ejercitadas no están estrechamente vinculadas con el procedimiento concursal. La prueba más evidente, y curiosamente no destacada por el Tribunal de Justicia, es que este tipo de acciones puede ejercitarse antes de la apertura o después de la conclusión de un procedimiento concursal. De hecho, en este caso, son acreedores, y no la administración concursal, quienes las ejercitan y no lo hacen en beneficio de la masa concursal. No obstante, el razonamiento admite algún matiz. Por lo que respecta a la acción contra el administrador por incumplimiento de su obligación de solicitar la liquidación judicial, ésta se someterá genéricamente al Reglamento «Bruselas I», salvo que se invoque el incumplimiento específico de la obligación de solicitar el concurso. En este caso, deberá aplicarse el Reglamento europeo de insolvencia, ya que la obligación de instar el concurso se vincula procedimentalmente a éste y nace de la propia legislación concursal. Asimismo, por lo que respecta a la reclamación basada en la promesa de pago del accionista mayoritario, ésta también quedará genéricamente sometida al Reglamento «Bruselas I», salvo que sea un compromiso de financiación incluido en una propuesta de convenio presentada en un procedimiento concursal. En este último caso, la reclamación se basaría en el incumplimiento de un convenio concursal y se sometería al Reglamento europeo de insolvencia, siendo competentes los tribunales del Estado donde se ha abierto el concurso.

2. Determinado el carácter no concursal de las reclamaciones, se aplicará el Reglamento «Bruselas I» y, en particular, las reglas sobre materia delictual, ya que se trata de una acción de responsabilidad, basada en un nexo causal entre la actuación de los demandados y el daño causado. No cabe una calificación contractual de las acciones ejercitadas porque no ha existido una obligación libremente asumida por los demandados frente a la demandante. Baste observar que los acreedores no se dirigen contra la sociedad, con la que les unía un contrato; también, que las acciones no las ejercita la sociedad contra sus propios administradores y sus accionistas, en el marco del contrato societario y de compromisos libremente asumidos.

Concluida la calificación delictual de las acciones, la demanda podría haberse presentado, en defecto de sumisión expresa o tácita, ante los tribunales del domicilio del demandado, *in casu*, Países Bajos (art. 2 del Reglamento «Bruselas I»), o ante el Tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso (art. 5.3). Según el Tribunal, este lugar es «aquél con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas por la sociedad y la situación económica relativa a dichas actividades», *in casu*, Suecia, porque allí la sociedad estaba construyendo un hotel. Añade el Tribunal que en tal lugar debe estar disponible la información sobre la situación y actividad de la sociedad y sobre el incumplimiento alegado de las obligaciones. La interpretación del foro en materia delictual en relación con estas acciones societarias adolece de tres aspectos discutibles, siendo el más grave el análisis conjunto de dos acciones, contra el socio y contra el administrador, que tienen una *causa petendi* totalmente distinta. Este análisis conjunto de las acciones lleva al Tribunal a realizar afirmaciones tan cuestionables como que las obligaciones de «gestión» incumben no sólo al administrador, sino también al accionista (apdo. 54).

Existe, además, un segundo extremo discutible de la Sentencia, ya que no explica por qué el lugar donde se produce el hecho dañoso debe coincidir con el lugar donde ha de estar disponible la información de la sociedad. Las acciones ejercitadas no están basadas en la existencia de una información contable falsa o inexacta, sino en las omisiones del administrador, obligado a solicitar la liquidación, y en la infracapitalización de la sociedad, causada por el máximo accionista. Pero, lo que es más impor-

tante, resulta discutible, y sin fundamentación jurídica alguna, que en el lugar donde se está construyendo el hotel deba estar disponible la información económica de la sociedad. Ésta, más bien, estará disponible en el registro donde tengan que publicarse las cuentas, que en el caso coincide con el Estado del domicilio social. Igualmente discutible resulta que en el lugar mencionado deba estar a disposición de los demandantes la información relativa al impago. Las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales se localizarán allí donde se tienen que cumplir éstas, independientemente de dónde realiza las actividades la sociedad deudora.

A estas críticas se une una tercera, como es que el Tribunal no sigue su propio canon interpretativo, que asumía que el lugar de producción del hecho dañoso se sitúa en dos: por un lado, el lugar donde se localiza el acto causal y, por otro, el lugar donde se manifiestan los resultados de tal conducta. De acuerdo con esta jurisprudencia, el demandante puede elegir entre los tribunales de ambos lugares, al resultar especialmente útiles a los efectos de organización y sustanciación del proceso y la práctica de la prueba.

3. Así las cosas, el Tribunal debió analizar por separado las acciones contra el administrador y las acciones contra el socio, indagando en dónde se produjo la conducta que causa el daño y dónde se manifestaron sus resultados. El Tribunal donde se produce el hecho causal sería, respecto del administrador, el lugar donde debió solicitar la liquidación extra-concursal. Respecto del accionista, sería el lugar donde se celebran las juntas generales, porque allí deben adoptarse los acuerdos oportunos para evitar la infracapitalización de la sociedad. Pero el actor también podría presentar su reclamación ante el tribunal del lugar donde se manifiestan las consecuencias del daño. Falta en este punto un análisis del Tribunal de Justicia sobre si tal lugar podría ser aquel donde se tuviera que abrir el concurso principal y declarar la insolvencia de la sociedad. Las acciones enjuiciadas, sin ser materia concursal, presuponen una insuficiencia de «medios económicos» por parte de la sociedad deudora. Por consiguiente, podría interpretarse que la manifestación máxima del daño sería la declaración misma de insolvencia a través de un concurso.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2014-3-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Reglamento 44/2001: ámbito material de aplicación.—Calificación de la acción.—Autorización al curador de un incapaz para disponer de un inmueble sito en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio de la persona sometida a curatela.

Preceptos aplicados: arts. 1.2 a) y 22.1 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-386/12, Siegfried Janos Schneider. Ponente: Camelia Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

El hecho de que, en el litigio principal, la autorización judicial para vender que solicita la persona sometida a curatela tenga por objeto un inmueble de su propiedad [...]

no puede considerarse decisivo a la hora de calificar éste de procedimiento relativo a «derechos reales inmobiliarios» en el sentido del artículo 22, núm. 1, del Reglamento núm. 4/2001. Dicho procedimiento no está destinado a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o a garantizar a la persona sometida a curatela, como propietaria del mismo, la protección de las facultades vinculadas a su título de propiedad.

[...] en el litigio principal el objeto exclusivo del procedimiento es determinar si la enajenación del inmueble conviene a los intereses de la persona parcialmente incapacitada, sin cuestionar como tal el derecho real del que es titular sobre el bien.

Nota. 1. Son muchos los ordenamientos jurídicos europeos que prevén que tutores y curadores han de solicitar autorización judicial para poder enajenar o gravar bienes inmuebles propiedad de la persona objeto de protección (véase, por ejemplo, el art. 271.2 del CC español). Dichas disposiciones pretenden garantizar una adecuada protección de los intereses del menor o incapaz mediante la intervención de la autoridad judicial en el ejercicio de la institución de protección, que por ese motivo deja de ser puramente privada, en atención a la evolución de este ámbito del Derecho en un Estado social y de Derecho.

Puesto que la autorización judicial es preceptiva también cuando concurre un elemento de extranjería, puede ser necesario determinar cuál es la autoridad judicial internacionalmente competente. Así ocurre en el caso de autos. Siegfried Janos Schneider es un ciudadano húngaro, sometido a curatela, a cuya instancia se solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en la República de Bulgaria. Dicha autorización es el objeto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado en el tribunal regional de Sofía (Bulgaria), pese a que fue un órgano jurisdiccional húngaro quien en virtud del Derecho húngaro había sometido al Sr. Schneider a curatela, habida cuenta que se trata de un nacional húngaro con domicilio en Hungría y también el curador era un nacional húngaro residente en dicho Estado miembro.

La solicitud de enajenación de la parte indivisa del inmueble sito en Bulgaria se fundamentó en la necesidad de hacer frente a gastos médicos recurrentes y a los gastos derivados de la permanencia del Sr. Schneider en un centro sanitario en Hungría. El tribunal regional de Sofía desestimó, no obstante, la petición, por entender que no convenía a los intereses de la persona parcialmente incapacitada, esencialmente porque ésta carecía de un alojamiento propio en Hungría. La decisión fue recurrida frente al tribunal municipal de Sofía que decidió plantear el recurso prejudicial por tener dudas acerca de la aplicabilidad del art. 22.1 del Reglamento a procedimientos de jurisdicción voluntaria como aquél del que conoce.

2. El recurso prejudicial se planteó por el tribunal remitente respecto a la interpretación del art. 22.1 del Reglamento Bruselas I. Sin embargo, tanto los Estados miembros que presentaron observaciones (Alemania, Hungría, Austria y Reino Unido) como la propia Comisión Europea consideraron que el procedimiento de jurisdicción voluntaria que da lugar al recurso prejudicial se relaciona con una materia— la capacidad de las personas físicas— excluida del ámbito material de aplicación del Reglamento. Por consiguiente, y así lo entiende también el Tribunal de Justicia, ha de analizarse si es o no aplicable el Reglamento.

3. En realidad, el problema al que se enfrenta el Tribunal es un problema clásico de calificación de la acción ejercitada por el Sr. Schneider. En función de si la acción se subsume en la materia excluida (la protección de los incapaces) o en una materia

objeto del Reglamento (la materia civil y mercantil no excluida) se determinará si es o no aplicable el Reglamento Bruselas I. Sólo en caso de ser aplicable dicho instrumento procede analizar cuál es el foro de competencia judicial internacional aplicable, entrando en juego el art. 22.1 del Reglamento.

Se advierte en este sentido cierta confusión por parte del Tribunal de Justicia que analiza el problema con el que se enfrenta como un problema de mera interpretación de los preceptos del Reglamento (si bien en el apdo. 28 se desliza inadvertidamente una alusión a la operación de calificar). Este error metodológico no tiene trascendencia en el resultado final al que llega el Tribunal, pero obliga a varios vericuetos argumentativos y complica innecesariamente el razonamiento. Habida cuenta de la función docente de las sentencias del Tribunal de Justicia, que son tomadas como modelo por los tribunales nacionales, hubiera sido deseable evitar esta confusión. No puede dejar de señalarse, por otra parte, que no es la primera vez que un problema clásico de Derecho internacional privado pasa inadvertido en un recurso prejudicial —es paradigmático en este sentido el caso *Ingmar* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*)—. Ello vuelve a poner de relieve la escasa pericia de jueces y abogados generales en nuestra disciplina, justamente puesta de relieve por muchos autores, entre los que destacaría Trevor Hartley en su curso de la Academia (véase HARTLEY, T. C., «The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tomo 319, 2006).

4. Si el Tribunal de Justicia hubiera acertado respecto a la verdadera naturaleza del problema al que se enfrentaba, hubiera podido responder mediante un análisis dividido en tres fases. En primer lugar, hubiera debido decir que el problema era un problema de calificación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, en segundo lugar, hubiera bastado con establecer que la calificación ha de ser una calificación funcional con el objeto de garantizar la uniformidad en la aplicación del Reglamento 44/2001 y, finalmente, se debería haber analizado la función del procedimiento de jurisdicción voluntaria que da lugar a la controversia. Esta cuestión no hubiera debido plantear ninguna duda, pues la cuestión litigiosa es si conviene o no a los intereses de un incapaz la enajenación de un bien inmueble de su titularidad. La conclusión hubiera sido que la acción ejercitada en el caso de autos no se subsume en el Reglamento y que éste no es, por consiguiente, aplicable, no siendo por tanto necesario entrar en la interpretación de ninguna de sus disposiciones.

5. No es el cometido del Tribunal de Justicia determinar cuál es la norma de competencia judicial internacional del foro aplicable al caso, una vez descartada la aplicación del Reglamento 44/2001. Ha de destacarse no obstante que tratándose de la protección de un incapaz mayor de edad no existe instrumento de la Unión aplicable al caso (si se tratara de un menor sometido a tutela sería de aplicación el Reglamento 2201/2003, Bruselas II *bis*). Ello quizás pueda explicar por qué el curador del Sr. Schneider decidió solicitar la autorización a los tribunales búlgaros y no a los húngaros pese a que el Sr. Schneider es un ciudadano húngaro con residencia habitual en Hungría y parece bastante evidente que son los tribunales del domicilio del sujeto protegido los que por razones de proximidad están en mejores condiciones de determinar lo que conviene a sus intereses. En ausencia de legislación europea no está, sin embargo, garantizado el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera autorizando a la enajenación del inmueble, ni puede por consiguiente garantizarse la eficacia de dicha decisión allí donde el inmueble está sito. Estamos, por tanto, en un ámbito en el que sería aconsejable la intervención del legislador de la Unión [o la ratificación del

Convenio de La Haya de protección de adultos de 13 de enero de 2000 en aplicación del principio de subsidiaridad inverso del que habla Paul Beaumont (véase BEAUMONT, P., «International Family Law in Europe - the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity» *RabelsZ*, 2009, p. 509)].

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS *
 Universidad de Barcelona

2014-4-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Propiedad intelectual: Reglamento 44/2001.—Derechos patrimoniales de autor: soporte material que reproduce una obra protegida.—Oferta *on line*.—Materia delictual o cuasidelictual: determinación del lugar donde se ha materializado el daño.

Preceptos aplicados: art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*. Ponente: M. Safjan.

F.: *curia.europa.eu*.

El art. 5.3 del Reglamento 44/2001 [...] debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.

Nota. 1. El Sr. Pinckney, residente en Toulouse (Francia), afirma ser el autor, compositor e intérprete de doce canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en un disco de vinilo. En 2006 demandó a la sociedad Mediatech ante el *Tribunal de grande instance* de Toulouse solicitando la reparación del perjuicio sufrido por la vulneración de sus derechos de autor al entender que estas canciones se reprodujeron sin su autorización en discos compactos (CD), prensados por la sociedad Mediatech en Austria, y comercializados después por las sociedades británicas Crusoe y Elegy en distintos sitios de Internet accesibles desde su domicilio de Toulouse. Mediatech impugna la competencia, que fue desestimada por resolución de 14 de febrero de 2008 del *Juge de la mise en état* del referido Tribunal, declarando la *Cour d'appel de Toulouse* por sentencia de 21 de enero de 2009, y tras recurso de Mediatech, la no competencia del *Tribunal de grande instance de Toulouse*. Interpuesto recurso de casación por el Sr. Pinckney, la *Cour de cassation* suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

cuestión prejudicial en orden a determinar «...si el art. 5.3 R. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en él dicha obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del Tribunal ante el que se ha presentado la demanda...» (reformulada por el TJUE, FD 22).

2. Vuelve el TJUE a interpretar el concepto autónomo de *lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso* propio del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, y lo hace por primera vez en un caso en el que están en juego los derechos patrimoniales de autor, y ello, en orden a la determinación del lugar de *materialización* del daño, toda vez que no parecen existir dudas respecto de cuál es el lugar del *hecho causal* (territorio austríaco), donde los CDs son prensados por la sociedad demandada respecto de la violación del derecho de reproducción; aun cuando concurren tres participantes, la sociedad austríaca Mediatech y las británicas Crusoe y Elegy, se demanda sólo a la primera, no dándose las circunstancias, al estilo de la STJUE de 16 de mayo de 2013, *Melzer (REDI, 2013-20-Pr)*, para plantear la posibilidad de demandar ante los Tribunales franceses a uno de los supuestos autores de un presunto daño sobre la base del criterio del lugar del hecho causal. Consciente de la interpretación estricta que toda competencia especial requiere, y en atención a la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso (apdo. 26 de la sentencia *Melzer*), concluye el TJUE en la competencia del Tribunal donde se ha presentado la demanda cuando se trata de conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido allí la referida obra en un soporte material, vendido después por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial de este mismo Tribunal (FD 47).

3. Estamos de acuerdo en que el TJUE, en su conclusión, se haya alejado de aquellas respuestas que había ofertado anteriormente para los casos de alegaciones de infracciones cometidas a través de Internet: no en vano el lugar de la materialización del daño puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado (FD 32). En tal sentido y aunque sí permitiría concentrar en un único Tribunal la resolución de la totalidad del litigio, no es alternativa la conexión decidida a partir del lugar del *centro de los intereses de la víctima* empleado en vulneraciones de los derechos de la personalidad a través de Internet (STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising, REDI, 2012-7-Pr*). Además de fomentar el *forum actoris*, no responde a la exigencia del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 de existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y el órgano jurisdiccional: el perjuicio material derivado de la vulneración de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, que no son derechos de la personalidad, no presenta un vínculo necesario con el centro de intereses del autor, a diferencia de los casos de lesiones al honor o a la vida privada de una persona, más graves con carácter general en el centro de intereses de la víctima, que es donde defiende una reputación (apdo. 70 Conclusiones del Abogado General; descartado asimismo en los casos de propiedad industrial; apdo. 24 de la STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger, REDI, 2012-20-Pr*). Del mismo modo y dado que la protección de los derechos de propiedad intelectual, aunque territorial, no se subordina a un

previo acto de registro, estamos de acuerdo en que no parece tampoco alternativa la conexión lugar de *registro del derecho*, sí empleada en los casos de vulneración de los derechos de propiedad industrial como derechos cuya protección en un determinado territorio exige un registro previo y, con ello y como mejor situados, la competencia de los Tribunales de este Estado miembro (apdos. 25 y 28 de la citada sentencia *Wintersteiger*, en relación con marcas nacionales).

4. Más dudas plantea, por el contrario, la respuesta del TJUE en cuanto que parece vincular la identificación del lugar de materialización del daño del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 con la accesibilidad desde la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda del sitio de Internet a partir del cual se puede obtener una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos de autor que invoca el demandante (FD 44): a tenor de lo expuesto en la sentencia y en atención a la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual, parece suficiente para el TJUE la mera accesibilidad del sitio de Internet en el Estado cuyos derechos supuestamente se han infringido, correspondiendo posteriormente a este Tribunal, y como cuestión de fondo, determinar en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho protegido en este Estado miembro y si dicha vulneración es imputable al demandado, esto es, la valoración de si, como consecuencia de la actividad de ese sitio de Internet, existe o no infracción (FFDD 40 y 42; apdo. 26 de la sentencia *Wintersteiger*).

Ahora bien, piénsese que el alcance de los sitios de Internet es prácticamente universal, dada la globalidad de la red, lo que posibilitaría que un demandado pudiera ser potencialmente emplazado ante cualquier jurisdicción, lo que, a nuestro juicio y aunque estemos hablando de derechos sometidos al principio de territorialidad, además de fomentar el *forum shopping*, casaría mal con la exigencia de previsibilidad que está detrás de la idea del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 de existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, necesaria en orden a garantizar una buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso. Por ello, no habría extrañado que el TJUE hubiese seguido lo que era la propuesta del Abogado General (apdo. 71 de sus conclusiones), que reclamaba una conexión a mayores de la mera accesibilidad, concretamente, que el sitio web dirija su actividad al territorio del juez ante el que se demanda, en el caso, Francia, conexión también presente tanto a nivel normativo [art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, en consumo, si bien existiendo aquí una parte débil que proteger que, ausente el *favor laesi*, no hay en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001], como práctico (apdo. 27 de la STJUE de 21 de junio de 2012, *Donner*, derecho exclusivo de distribución de un autor; apdo. 39 de la STJUE de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, vulneración del derecho *sui generis* sobre una base de datos). Que el TJUE haya determinado que el alcance de su competencia no sea universal, sino limitado al territorio del foro (FD 47), aunque palía sus consecuencias, no sitúa en una mejor posición la mera accesibilidad como criterio de materialización.

Con todo, y aunque no es muy explícito el TJUE, cabría una (otra) lectura del fallo, vinculada al caso concreto y atendiendo al hecho de que el sitio web en cuestión comercializaba las obras supuestamente infractoras en un soporte tangible (los CDs prensados en Austria): sería identificar el lugar de materialización del daño del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, amén de la accesibilidad del sitio web a través del cual se venden las copias en el territorio para el que se reclama la protección, también a partir del hecho que, en ese mismo territorio y empleando ese sitio web, se vendan copias de estos mismos CDs. Es lo que podría extraerse de lo dicho por el TJUE cuando habla de «...la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción

territorial del Tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante...» (FD 44), que es lo mismo que consideró el *Juge de la mise en état* del *Tribunal de grande instance de Toulouse* cuando desestimó la excepción de incompetencia debido al «...hecho de que el Sr. Pinckney pudiera adquirir los discos de que se trata desde su domicilio francés en un sitio de Internet abierto al público francés bastaba para establecer un vínculo sustancial entre los hechos y el daño alegado que justificara la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se había presentado la demanda...» (apdo. 11). Permitiría esta lectura aliviar las consecuencias negativas que se derivan de la exigencia de la accesibilidad del sitio web como criterio único operativo, evitando así hacer competentes en todo caso a los órganos jurisdiccionales de un Estado por el mero hecho de que el sitio web esté accesible en su territorio cuando el producto protegido por el derecho de autor no pretende ser comercializado en ese Estado, cuestionándose realmente si se ha producido ahí un daño en el sentido del art. 5.3 del Reglamento 44/2001.

5. Lo expuesto parte de la admisibilidad de la cuestión prejudicial, aspecto cuestionado tanto por el Abogado General, como por la Comisión y el Gobierno austríaco, y ello, con base en lo que consideran relación aparente entre las cuestiones planteadas y el litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente: a su juicio, no se refieren al acto de reproducción cometido por Mediatech (art. 2 de la Directiva 2001/29: copia en forma de CD de las obras), sino a actos posteriores de distribución cometidos por las sociedades británicas (art. 4 de la Directiva 2001/29: oferta en línea de los CDs; tal vez derecho de comunicación del art. 3 de la Directiva 2001/29, respecto de la oferta en línea de contenidos desmaterializados protegidos por derechos de autor); o, lo que es lo mismo, se parte de la premisa errónea de que un contenido desmaterializado se ha ofrecido en línea, mientras que la oferta controvertida en el litigio principal se refiere sólo a un soporte material que reproduce dicho contenido, faltando, además, elementos que permitan determinar si y en qué medida el único demandado en el litigio principal, Mediatech, participó de forma directa o indirecta en dichos actos de distribución o comunicación por Internet (apdos. 40-42 de la STJUE de 9 de noviembre de 2010, *Volker*; apdo. 28 de la STJCE de 11 de septiembre de 2008, *Eckelkamp*; apdo. 27 de la STJUE de 20 de junio de 2013, *Rodopi-M 91*). Con todo, no extraña que el TJUE haya admitido la cuestión prejudicial, si bien reformulada, no sólo por partir de la presunción de pertinencia de la que gozan las cuestiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales nacionales (apdo. 17 de la STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Unió de Pagesos de Catalunya*), también y, sobre todo, al entender como suficientes los elementos de juicio de los que dispone, y, con ello, la necesidad de su respuesta en orden a la actuación de un juez francés que se enfrenta a una eventual vulneración de los derechos patrimoniales de autor resultante de la oferta en línea de un soporte material que reproduce una obra protegida (FD 21).

Javier MASEDA RODRÍGUEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2014-5-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Contratos celebrados por los consumidores.—Concepto de actividad «dirigida» a un Estado miembro.—Relación de causalidad entre el medio utilizado y la celebración del contrato.

Preceptos aplicados: art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a), de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12, Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic. Ponente: Camelia Toader.

F.: curia.europa.eu.

30. [...] [E]l hecho de que un comerciante, como el del litigio principal, se encuentre establecido en un Estado miembro cercano a la frontera con otro Estado miembro, en una conurbación que se extiende a ambos lados de ésta, y que utilice un número de teléfono atribuido por el otro Estado miembro poniéndolo a disposición de sus clientes potenciales domiciliados en ese Estado de manera que les evita el coste de una llamada internacional, puede constituir también un indicio que demuestre que su actividad está «dirigida a» ese otro Estado miembro.[...]

32. [E]l artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no exige que exista una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad.

Nota. 1. El Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) se ocupa en este asunto de la delimitación del concepto de «actividades dirigidas» a efectos del art. 15.1.c) del RB I, en la estela de las cuestiones abordadas y las consideraciones vertidas previamente en los asuntos *Pammer y Hotel Alpenhof* (C-585/08 y C-144/09, *REDI*, 2010-26-Pr) y *Mühlteiner* (C-190/11, *REDI*, 2013-4-Pr). En el caso del que me ocuparé a continuación, la cuestión discutida es la de si debe existir un nexo de causalidad entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor y la celebración del contrato.

Las dudas surgieron tras la celebración de un contrato de compraventa de un vehículo de ocasión entre el Sr. Emrek, comprador domiciliado en Sarrebruck (Alemania) y el Sr. Sabranovic, cuyo establecimiento de venta de vehículos se encontraba en la localidad de Spicheren, situada en Francia pero adyacente a la frontera alemana e integrada en la misma conurbación que Sarrebruck. Además de esta peculiar localización urbana, interesa destacar que la empresa del Sr. Sabranovic contaba con una página web en la que constaban, como datos de contacto, números de teléfono franceses pero también un núm. de teléfono móvil alemán, con sus respectivos prefijos internacionales.

Sin embargo, el Sr. Emrek no tuvo conocimiento de la existencia de dicha empresa a través de su web, sino por medio de unos conocidos, y la compraventa tuvo lugar en el establecimiento comercial. Por tanto, el contrato no sólo no se llevó a cabo a través de la web, sino que ni tan siquiera se originó a partir de la información contenida en la misma.

Aun así, al plantear posteriormente una demanda en relación con la garantía del vehículo, el Sr. Emrek decidió acudir a los tribunales alemanes, en base al art. 15.1.c) del RB I, por entender que la web del vendedor permitía considerar que éste dirige sus actividades a Alemania. El órgano de primera instancia no admitió tal alegación, pero el órgano de apelación (el *Landgericht* de Saarbrücken) decidió preguntar al TJ si es o no necesario constatar la existencia de un nexo causal entre el método usado para dirigir las actividades comerciales a un determinado Estado y la efectiva celebración del contrato.

2. La respuesta del TJ es negativa (apdo. 32): no es necesario constatar que el medio usado para dirigir las actividades a otro u otros Estados miembros (*in casu*, la página web) sea un factor desencadenante de la celebración del contrato en cada caso concreto (posición que ya había sido adelantada, si bien no de forma unánime, por la doctrina: véase por ejemplo VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.^a ed., Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 171). El TJ lo justifica en base a una interpretación literal (apdos. 21-23) y teleológica (apdos. 24-25) del precepto. El tenor de la norma no exige tal relación de causalidad, sino que basta con que se verifique que la actividad comercial o profesional se dirige al Estado del domicilio del consumidor: éste es el «requisito esencial» al que se supedita la aplicación del art. 15.1.c) del RB I. Al respecto, el TJ se remite (apdo. 23) a la apreciación del *Landgericht* de Saarbrücken, que entiende que el Sr. Sabranovic mediante su web dirigía sus actividades comerciales a Alemania, en particular por la inclusión del prefijo internacional de Francia y de un número de teléfono móvil alemán, y considerando su localización en una zona contigua a la frontera (apdo. 16).

El TJ obvia, sin embargo, cualquier referencia al segundo requisito previsto por el art. 15.1.c) del RB I: a saber, «que el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades». Precisamente es este último inciso el que puede dar lugar a una interpretación en términos de causalidad (véanse por ejemplo las consideraciones a esta sentencia de RÜHL, G., en <http://conflictoflaws.net/2013/cjeu-rules-on-art-15-1-lit-c-brussels-i-regulation>). No obstante parece claro —o al menos, implícito en el razonamiento del Tribunal— que el requisito en cuestión simplemente exige que el objeto del contrato se encuentre comprendido en el tipo de actividades —tipo de servicios y/o productos— ofertados o publicitados por el comerciante por medio de su web [véase en este sentido TANG, Z. S., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, Hart, 2009, p. 64, o NIELSEN, P. A., «Art. 15», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels I Regulation*, 2.^a ed., Múnich, Sellier European Law Publishers, 2012, pp. 382-383, apdo. 37]; y no necesariamente que el contrato sea el resultado directo o traiga causa del medio utilizado para dirigir dichas actividades a un determinado Estado.

Desde la perspectiva teleológica, el Tribunal señala acertadamente que exigir el nexo causal como requisito empecería al carácter tuitivo del art. 15 del RB I: en la medida en que el TJ ya estableció en *Mühlteiner* que dicha norma no se circunscribe a los contratos celebrados a distancia, la prueba de la relación de causalidad entre la consulta de la dirección o el teléfono de una empresa en una web y la posterior celebración de un contrato podría resultar excesivamente dificultosa para el consumidor que deseara prevalerse de los foros y normas de protección previstos en los arts. 16 y 17 del RB I.

Lo relevante, en definitiva, es que el profesional haya dirigido sus actividades al mercado del Estado en el que está domiciliado el consumidor —en nuestro caso, que pueda considerarse que el sitio web busca captar clientes en dicho mercado—, y no el hecho de si en el caso concreto el consumidor ha suscrito el contrato de resultados de esas «actividades dirigidas».

3. En la estela del sistema de indicios establecido por el TJ en los apdos. 93 y 94 del asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*, y desarrollado en el apdo. 44 del asunto *Mühlteiner*, la sentencia examinada aprovecha para incluir dos nuevos indicios en el listado abierto de elementos que los tribunales nacionales pueden tomar en consideración a la hora de apreciar si un supuesto resulta subsumible en el art. 15.1.c) del

RB I. En este punto el Tribunal sigue la sugerencia del Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones de 18 de julio de 2013, en el sentido de otorgar a la existencia de un eventual nexo de causalidad entre el sitio web y la celebración del contrato el carácter no de requisito implícito en el art. 15.1.c), sino de indicio de vinculación del contrato a la actividad comercial dirigida al Estado del domicilio del consumidor (apdo. 32). El TJ sigue al Abogado General incluso a la hora de elevar esta circunstancia a la categoría de «indicio cualificado» (apdo. 26 de la sentencia y apdos. 26 y 40 de las conclusiones, donde se expone que con ello se pretende señalar «un elemento de apreciación determinante a la hora de aplicar el foro especial en materia de consumo»). Se trata de la misma idea subyacente en el asunto *Mühlteiner*, en el que el TJ rechazó el carácter de requisito pero otorgó el de indicio a «la toma de contacto a distancia» y a «la celebración de un contrato de consumo a distancia» (apdo. 44 de dicha sentencia).

Sin embargo, la sentencia es confusa a la hora de determinar a qué condición se extiende este valor indiciario. Como ya he señalado, el art. 15.1.c) prevé dos requisitos de aplicabilidad: (i) que el comerciante ejerza sus actividades en un Estado miembro o, por cualquier medio, dirija sus actividades a uno o varios Estados miembros, y (ii) que el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades. El listado de indicios del asunto *Pammer y Hotel Alpenhof* viene claramente referido al requisito (i) (véase el apdo. 93 de la sentencia: «Indicios que permiten considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor»). En el asunto *Mühlteiner*, en cambio, el TJ asocia los dos nuevos indicios señalados al requisito (ii) (apdo. 44: «Indicios de vinculación del contrato a tal actividad»). En *Emrek*, por desgracia, el Tribunal vacila, pues en los apdos. 26 y 29 declara que la relación causal debe considerarse un indicio de una «actividad dirigida» [requisito (i)], mientras que en el apdo. 32 y en el fallo se refiere a la relación causal como «indicio de vinculación del contrato a tal actividad» [requisito (ii)]. La confusión ciertamente causa perplejidad, pues aun siendo indicios de carácter abierto, siempre rebatibles y sujetos a ponderación, puestos al servicio del juez nacional, sería de esperar algo más de claridad por parte del TJ a la hora de determinar a qué vienen referidos tales indicios, para poder evaluar adecuadamente su función cuasi-probatoria.

Algo más claro resulta el apdo. 30 de la sentencia, en el que se atribuye el carácter de «indicio que demuestre que su actividad está “dirigida a” ese otro Estado miembro» [requisito (i)] al hecho de que el comerciante esté establecido en una zona de conurbación transfronteriza y que cuente con un número de teléfono del Estado miembro adyacente a disposición de eventuales clientes domiciliados en el mismo.

4. Todo ello pone de relieve las sobradamente conocidas dificultades de interpretación del art. 15.1.c), y el carácter todavía imperfecto del sistema de indicios elaborado por el TJ en el marco de dicho precepto. Aun considerando positiva la interpretación del nexo causal como elemento no esencial, pienso que cabe esperar que en el futuro se vaya perfilando mejor el juego de dicho sistema de indicios. Se facilitaría con ello la tarea de los jueces nacionales y se garantizaría el «alto grado de previsibilidad» que debería caracterizar a los foros del RB I, según dispone su Considerando 11.

Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Max Planck Institute Luxembourg for International,
European and Regulatory Procedural Law

2.2. Reconocimiento de resoluciones extranjeras

2014-6-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS.—Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Concepto de «materia civil y mercantil».—Aplicación del Reglamento a una acción de indemnización por daños y perjuicios derivados de una conspiración para defraudar el pago del IVA.

Preceptos aplicados: art. 1 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a), de 12 de septiembre de 2013, asunto C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs y Sunico ApS, M&B Holding ApS, Sunil Kumar Harwani*. Ponente: Camelia Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

[...] 28. *Efectivamente, como confirmó la Comisión en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que derogó el artículo 68 CE, el Reino de Dinamarca no ha hecho uso de la posibilidad de notificar a la Comisión su decisión de no aplicar esta modificación del Tratado CE en el plazo de los 60 días subsiguientes a la entrada en vigor de aquél, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 6, del Acuerdo CE-Dinamarca. De ello se deduce que, tras la derogación del artículo 68 CE, la extensión de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales relativas a la cooperación judicial en materia civil a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso judicial es aplicable también al tribunal remitente.*

[...] 36. *A este respecto, procede observar que el fundamento fáctico de la demanda interpuesta ante ese órgano jurisdiccional es el comportamiento pretendidamente fraudulento de Sunico y de los otros no residentes demandados ante él, a quienes se reprocha haber participado, en el territorio del Reino Unido, en una cadena de operaciones de venta de mercancías destinada a organizar un mecanismo de evasión fiscal de tipo «carrusel del IVA» [...].*

37. *En cuanto al fundamento jurídico de la demanda formulada por los Commissioners, la acción ejercitada por éstos contra Sunico se basa, no en la legislación del Reino Unido en materia de IVA, sino en la presunta participación de Sunico en una conspiración para defraudar a la que se aplica el Derecho de ese Estado miembro sobre responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.*

[...] 39. *Tal como han señalado la Comisión y el Gobierno del Reino Unido, en el marco de esta relación jurídica los Commissioners no ejercen poderes exorbitantes comparado con las reglas aplicables en las relaciones entre sujetos de derecho privado. En particular, como puso de relieve la Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, los Commissioners no tienen la facultad, como es habitual en el ejercicio de sus prerrogativas como poder público, de emitir ellos mismos el título ejecutivo que les permita reclamar el cobro de sus créditos, sino que, en un contexto como el del presente asunto, deben acudir para ello a la vía jurisdiccional ordinaria.*

40. *De ello se deduce que la relación jurídica existente entre los Commissioners y Sunico no es una relación jurídica basada en el Derecho público —en este caso, el Derecho tributario—, que implique el recurso a prerrogativas de poder público.*

[...] 42. Finalmente, por lo que respecta a la cuestión de si la solicitud de información que los Commissioners dirigieron a las autoridades danesas basándose en el Reglamento núm. 1798/2003 antes de interponer su demanda ante la High Court of Justice afecta a la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los Commissioners y Sunico, es preciso señalar que no se desprende de los documentos obrantes en autos de que dispone el Tribunal de Justicia que, en el procedimiento pendiente ante la High Court de Justice, los Commissioners hayan hecho uso de medios de prueba obtenidos gracias a su prerrogativas de poder público.

[...] 44. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial que el concepto de «materia civil y mercantil», en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que engloba una acción en la que una autoridad pública de un Estado miembro reclama una indemnización de daños y perjuicios a unas personas físicas y jurídicas residentes en otro Estado miembro a fin de reparar el perjuicio causado por una conspiración para defraudar el IVA adeudado en el primer Estado miembro.

Nota. 1. El concepto «materia civil y mercantil» del art. 1 del Reglamento Bruselas I se ha mostrado como especialmente difícil de interpretar. Desde los años setenta del siglo XX hasta la actualidad el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que volver una y otra vez sobre él con una doctrina que no deja de presentar algunas dificultades cuando se intenta su interpretación conjunta (me remito para un análisis más detallado a ARENAS GARCÍA, R., «Ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 y deudas fiscales», *La Ley. Unión Europea*, año 1, de diciembre de 2013, núm. 10, pp. 29-44). La Sentencia de 12 de septiembre de 2012 vuelve sobre este tema, en este caso para delimitar el ámbito material de aplicación del Reglamento en supuestos en los que la Administración Tributaria de un Estado solicita una indemnización como consecuencia del perjuicio causado por una trama que había defraudado ciertas cantidades en el pago del IVA.

La sentencia que comentamos también aborda la proyección a Dinamarca de la regulación contenida en el TFUE sobre planteamiento de la cuestión prejudicial en relación con el Reglamento 44/2001 (núm. 28 de la Decisión). Se trata de un tema que tiene interés, toda vez que como es sabido el Reglamento Bruselas I no se aplica en Dinamarca de forma directa, sino como consecuencia del Acuerdo en ese sentido entre la CE y Dinamarca; pero, en este forzosamente breve comentario, no entraré en este tema que presenta un interés general mucho más limitado que lo referido a la interpretación del concepto «materia civil y mercantil» en el art. 1 del Reglamento, cuestión a la que dedicaré el resto de esta Nota.

2. El caso tiene su origen en la demanda presentada por la administración tributaria del Reino Unido tanto en este país como en Dinamarca contra varias entidades con domicilio social en Dinamarca y dos particulares también con residencia en el país escandinavo. El objeto de la demanda era obtener una indemnización por los daños causados a la Hacienda británica como consecuencia de un fraude en el pago del IVA. Los demandados no eran sujetos pasivos del IVA en el Reino Unido, sino que —presuntamente— habían participado en una trama en la que estaban implicadas también entidades con domicilio en el Reino Unido y que había conseguido defraudar más de cuarenta millones de libras esterlinas en dicho país al eludir el pago del IVA que les correspondería abonar. El mecanismo utilizado, de acuerdo con el relato de los demandantes, era el denominado «fraude carrusel» (para una explicación del funcionamiento de esta trama véase el núm. 7 de las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el caso 354/2003, *Optigen y otros*). La demanda no se dirige contra

los defraudadores sino contra sus colaboradores y no tiene como base el incumplimiento de una obligación tributaria. El fundamento jurídico de la pretensión es la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

Dada la evidente vinculación del caso con el cumplimiento de obligaciones tributarias resulta explicable que se dude sobre la aplicabilidad al supuesto del Reglamento 44/2001 que, como es sabido, solamente se aplica a la materia civil y mercantil con exclusión de cuestiones fiscales, aduaneras o administrativas. La aplicación o no del Reglamento al caso resulta relevante ya que en Dinamarca se había procedido al embargo de bienes de los demandados y, posteriormente, se había iniciado un procedimiento contra los demandados sobre el fondo ante los tribunales daneses. Este procedimiento debería suspenderse, de acuerdo con lo establecido en el Derecho procesal danés, si existía un procedimiento abierto en el extranjero que estuviera relacionado con el iniciado en Dinamarca, siempre y cuando tal procedimiento pudiera tener efectos vinculantes en Dinamarca. En el caso del que se ocupa la sentencia existía un procedimiento abierto en el Reino Unido, ahora bien, la decisión que se adoptara en él solamente podría tener efectos en Dinamarca por medio del Reglamento 44/2001, ya que el Derecho de origen interno danés no permitiría el reconocimiento de la sentencia británica. Es por esto que el órgano jurisdiccional danés plantea al Tribunal de Luxemburgo la cuestión prejudicial de la que trae causa la Sentencia de 12 de septiembre y en la que pregunta si la demanda planteada por las autoridades del Reino Unido contra las personas domiciliadas en Dinamarca está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento.

3. El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión planteada interpretando que en un supuesto como el planteado sí es de aplicación del Reglamento 44/2001. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tiene en cuenta que la acción ejercitada por las autoridades británicas no pretende el cobro de una deuda tributaria, sino resarcirse del perjuicio sufrido por no haberla visto satisfecha, siendo el fundamento de la reclamación normativa relativa a responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, no Derecho tributario.

El Tribunal de Luxemburgo interpreta que los demandantes no ejercen prerrogativas públicas, ya que de los datos que constan en el proceso no se aprecia que las autoridades británicas gocen de ningún tipo de privilegio en el procedimiento derivado de su condición pública; aunque se mantiene la reserva sobre la utilización que los demandantes pudieran hacer de la información sobre los demandados que les facilitaron las autoridades danesas en el marco del procedimiento de cooperación entre autoridades tributarias en materia de IVA que se regula en el Reglamento 1798/2003 relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido. El Tribunal de Luxemburgo remite a la jurisdicción nacional la valoración de este último aspecto; de tal forma que si resultara que en el procedimiento se llegara a utilizar la información obtenida por medio de los mecanismos de cooperación entre autoridades competentes en los Estados miembros en materia de IVA, el Reglamento 44/2001 no resultaría aplicable.

A salvo de la cuestión que se acaba de señalar, el Reglamento Bruselas I resultaría aplicable a una acción iniciada por las autoridades fiscales de un Estado miembro contra domiciliados en otro Estado miembro para resarcirse de los daños producidos a la Hacienda pública como consecuencia de un fraude en el pago del IVA, fraude en el que los demandados, que no eran sujetos pasivos del impuesto en el Estado de las autoridades demandantes, habían resultado beneficiados por dicho fraude.

4. La respuesta del Tribunal es fuente de algunas dudas. Es cierto que la acción que se plantea no tiene naturaleza pública; pero también lo es que en su Sentencia de 16 de diciembre de 1980 (asunto C-814/79, *Rüffer*) había mantenido que para determinar si estamos ante una acción en materia civil o mercantil no solamente ha de considerarse la naturaleza de la acción, sino la del crédito que pretende verse satisfecho con el ejercicio de la acción. La proyección de esta doctrina sobre el caso que nos ocupa entiendo que conduciría a interpretar que el Reglamento Bruselas I no sería aplicable al caso, pero el Tribunal, como hemos visto, no mantiene esta interpretación basándose en que ha de considerarse únicamente la acción planteada y no sus antecedentes. Por otra parte, también resulta dudoso que pueda mantenerse, tal como hace la Sentencia (núm. 42), que el hecho de que la Administración Tributaria británica hubiera obtenido ciertas informaciones en relación con el caso merced a los mecanismos de cooperación entre autoridades de la UE que prevé el Reglamento 1798/2003, no supone una ventaja que pudiera excluir la aplicación del Reglamento por actuar la administración en su calidad de autoridad pública. Pese a que en el procedimiento no se hubiera utilizado la información obtenida, es plausible que la mera disposición de tal información —que no está al alcance de los particulares— puede facilitar la identificación de los demandados y el conjunto de la estrategia procesal, lo que, a mi juicio, debería ser suficiente para excluir la aplicación del Reglamento 44/2001.

Rafael ARENAS GARCÍA
 Universidad Autónoma de Barcelona

2014-7-Pr

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS.—Reglamento 44/2001.—Contradicción con una resolución dictada en otro Estado miembro.—Necesidad de que sea otro Estado miembro distinto del Estado de origen.

Preceptos aplicados: arts. 33 y 34 del Reglamento 44/2001.

STJUE (Sala 4.^a) de 26 de septiembre de 2013, asunto C-157/12, *Salzgitter Manesmann Handel GmbH vs SC Laminorul SA*. Ponente: Marek Safjan.

F.: *curia.europa.eu*.

33. *El buen funcionamiento del mencionado sistema basado en la confianza implica que los tribunales del Estado miembro de origen sigan siendo competentes para apreciar, en el marco de las vías de recurso establecidas por el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro, la validez de la resolución judicial que proceda ejecutar —con exclusión, en principio, de los tribunales del Estado miembro requerido— y que el resultado definitivo de la comprobación de la validez de dicha resolución no sea puesta en tela de juicio.*

35. *En efecto, incumbe al justiciable interponer los recursos previstos por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se desarrolla el procedimiento, lo que Salzgitter, por otra parte, hizo en el marco del litigio principal. En cambio, el justiciable no puede utilizar los motivos de denegación de la ejecución de resoluciones judiciales adoptadas en otro Estado miembro para poner en tela de juicio el resultado de dichos recursos.*

36. *Ahora bien, la interpretación del artículo 34, núm. 4, del Reglamento núm. 44/2001 en el sentido de que dicha disposición comprende también los conflictos entre dos resoluciones judiciales procedentes de un mismo Estado miembro es incompatible con el principio de confianza recíproca mencionado en el apartado 31 de la presente sentencia. En efecto, una interpretación de esta índole permitiría que los tribunales del Estado miembro requerido sustituyeran la apreciación de los tribunales del Estado de origen por la suya propia.*

37. *En efecto, una vez que la resolución judicial ha adquirido firmeza tras el procedimiento en el Estado miembro de origen, la denegación de la ejecución de ésta debido a su carácter inconciliable con otra resolución procedente del mismo Estado miembro sería comparable a una revisión en cuanto al fondo de la resolución cuya ejecución se solicita, lo que queda expresamente excluido por el artículo 45, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001.*

38. *Tal posibilidad de revisión en cuanto al fondo constituiría, de hecho, una vía de recurso adicional contra una resolución judicial que ha adquirido firmeza en el Estado miembro de origen. A este respecto, ha quedado acreditado que, como señaló fundadamente el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, los motivos de denegación de la ejecución previstos en el Reglamento núm. 44/2001 no tienen por objeto establecer recursos adicionales contra las resoluciones judiciales nacionales firmes.*

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 34, núm. 4, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que no comprende las resoluciones inconciliables dictadas por tribunales de un mismo Estado miembro.

Nota. 1. No requiere mucho comentario la STJUE a que se refiere la presente nota. Tanto las Conclusiones del Abogado General, cuanto la propia sentencia y, por qué no decirlo, la cabal interpretación literal y sistemática del art. 34.4 del Reglamento 44/2001, objeto de interpretación atestiguan su corrección. En estas circunstancias y a la luz de la práctica anterior del TJUE, lo que llama la atención es propiamente la cuestión prejudicial: «El artículo 34, núm. 4, del [Reglamento núm. 44/2001] ¿comprende también el supuesto de resoluciones inconciliables procedentes del mismo Estado miembro (Estado de origen)?».

El supuesto en el que trae causa la sentencia no es en absoluto inverosímil: se trata de reconocimiento en Alemania de una sentencia dictada en Rumania contra un demandado que no compareció en primera instancia pero que hizo uso de todos los recursos que el sistema jurídico del ordenamiento de origen le proporcionaba. Todos ellos fueron desestimados. La nota peculiar es que entre el mismo demandante y demandado un proceso anterior, también ante tribunales rumanos, había concluido con la desestimación de la demanda por falta de legitimación pasiva, habiendo adquirido esta sentencia valor de cosa juzgada. Resumiendo, en Rumanía hay dos sentencias entre las mismas partes, que ocupan, además, la misma posición procesal: una desestimatoria, firme, y otra estimatoria, firme también después de haber sido recurrida en todas las instancias. Las dos demandas se basaron «en los mismos hechos» (Sentencia) o tenían «el mismo objeto y la misma causa» (Conclusiones del Abogado General). Partimos de la hipótesis (discutida en el procedimiento: puntos 37 y 38 de las Conclusiones del Abogado General) de que son sentencias incompatibles. Cumple añadir que entre los recursos utilizados sin éxito por el demandado y condenado ante

los tribunales rumanos figura uno en el que pretendía la anulación de la segunda sentencia por razón de la «cosa juzgada» que derivaría de la primera. A solicitud del demandante, los tribunales alemanes declararon la ejecutabilidad en Alemania de la segunda sentencia rumana. El proceso llegó hasta la corte suprema que planteó la cuestión reproducida.

2. Como he significado, tanto las Conclusiones del Abogado General como la Sentencia que las acoge son convincentes. Como hipótesis, podría admitirse que la literalidad del art. 34.4 del Reglamento 44/2001 es susceptible de estirarse para entender que la resolución dictada en «otro Estado miembro» comprende también una resolución anterior dictada en el Estado de origen. Si tenemos en cuenta que «otro Estado miembro» está en directo contraste con «el Estado miembro requerido» del art. 34.3 del Reglamento, la interpretación literal no lo excluye. Si tenemos en cuenta que «otro Estado miembro» está en directo contraste con las «resoluciones dictadas en un Estado miembro» (art. 33), la interpretación literal ya excluiría la posibilidad que se apunta en la pregunta al TJ. En todo caso sí la excluye una interpretación sistemática y finalista no sólo del precepto, no sólo del Reglamento, sino de todo soporte de la libre circulación de decisiones en la UE; y el supuesto de hecho de esta sentencia lo pone a las claras con nitidez. Dicho soporte no es otro que el manido concepto de «confianza recíproca». El TJ echa mano de otros tópicos habituales en este tipo de sentencias, como el del carácter exhaustivo de la interpretación restrictiva de las causas de denegación del reconocimiento o la especial relación que existe entre éstas y las normas sobre conexidad y litispendencia. El primero no es determinante de la respuesta. El segundo, ni siquiera creo que aporte nada relevante de forma directa. Quizá pretende el TJ señalar que aquellas normas (las de conexidad *lato sensu* hablando) tienen un marco de actuación muy concreto: el de procesos seguidos en *dos o más Estados miembros distintos*. Ciertamente no son operativas en procedimientos seguidos dentro de un mismo Estado miembro. ¿De ahí se desprende que las sentencias a que se refiere el art. 34.4 deben haber sido dictadas también en EM distintos del de origen y el EM requerido? Es un indicio.

Más determinante creo que es el alcance de la «confianza recíproca». No sólo dentro del ámbito de este Reglamento 44/2001, sino, de forma muy singular, en el de otros, como el Reglamento 2021/2003, se ha hecho hincapié en la exclusividad y suficiencia del ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen —y en especial su sistema de recursos— para organizar el producto jurídico que va a disfrutar del reconocimiento en el resto de los Estados. En los considerandos 33 y siguientes de la sentencia que anotamos se ponen de manifiesto algunas de las consecuencias de este hecho: el justiciable no puede utilizar el Reglamento para poner en tela de juicio este sistema de recursos; considerar que la segunda sentencia dictada por el tribunal del Estado miembro de origen debe ceder frente a la primera sería poner en manos del juez del reconocimiento una especie de vía de recurso adicional (Cdo. 38), que no existe en el Estado de origen; es sustituir la valoración y apreciación de los tribunales del Estado de origen por la de los del Estado requerido (Cdo. 36), lo que viene a suponer una especie de «revisión del fondo» proscrita por el Reglamento 44/2001 (Cdo. 37). La conclusión está clara y, de hecho, tan sólo el Gobierno alemán (además del recurrente) defendía otra solución de forma, podríamos decir, tímida: parte de una interpretación «normal» del precepto, pero sostiene que éste es un caso «excepcional», una laguna legal que es preciso colmar mediante su aplicación.

3. Para concluir, sólo añadiré a mi conformidad con la sentencia la paradoja que podría plantearse si lo que se pidiese es el reconocimiento de la primera sentencia. Es decir, si el demandado y liberado por la primera sentencia hubiese pedido su recono-

cimiento en Alemania. En algunos pasajes de la que comentamos aparece como una posibilidad: era una sentencia firme y reconocible. En el punto 45 de sus Conclusiones, el Abogado General expone cómo el reconocimiento en Alemania de la segunda sentencia evitaría un posterior reconocimiento también en Alemania de la primera, puesto que en este país ya existiría una resolución contradictoria (art. 34.3 del Reglamento), que no sería otra que la de la propia declaración de ejecutabilidad. Tal cual se desarrollaron los hechos, nada que objetar. Mas el resultado es menos satisfactorio trayendo mi hipótesis: si se reconoce la primera sentencia una posterior solicitud de la segunda sentencia toparía con el mismo obstáculo. Obstáculo que podría salvarse considerando (como planteaba la Comisión, el Gobierno español y el rumano) que no habría el carácter inconciliable que dio origen a todo el tema.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2.3. Procedimiento concursal. Orden de pago

2014-8-Pr

REGLAMENTO (CE) Núm. 1346/2000.—Orden de pago transfronterizo del concursado.—Pago de entidad bancaria a acreedor del concursado.—No hay liberación del pagador.—Aplicación de la ley rectora del concurso.—Inaplicación del art. 24 del Reglamento.

Precepto aplicado: art. 24 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000.

Sentencia del TJUE (Sala 3.^a) de 19 de septiembre de 2013, asunto C-251/12, C. Van Buggenhout e I. Van de Mierop c. Banque Internationale à Luxembourg.
Ponente: Marko Ilešič.

F.: curia.europa.eu.

[...] 30. Además, el citado artículo 24, apartado 1, señala que la obligación ejecutada a favor del deudor concursado debería haberse ejecutado a favor de la administración concursal. De esta precisión se desprende inequívocamente que dicho precepto se refiere a los créditos del deudor concursado que se han convertido en créditos de la masa tras la incoación del procedimiento concursal.

31. Estas consideraciones permiten concluir que, atendiendo al tenor de la disposición cuya interpretación se solicita, las personas protegidas por dicha disposición son los deudores del deudor concursado que, bien directamente o bien por mediación, ejecutan de buena fe una obligación en favor de este último.

32. La circunstancia de que, en el litigio principal, se trate de un banco que efectuó el pago controvertido en nombre y por cuenta del deudor concursado no es pertinente a estos efectos. En efecto, el banco, aun cuando cumpliera una obligación contraída con respecto al deudor concursado, no ejecutó esa obligación «a favor de» este último en el sentido del artículo 24 del Reglamento núm. 1346/2000, dado que dicho deudor no fue el beneficiario del referido pago.

33. En cuanto atañe, por otro lado, al objetivo del artículo 24, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000 y de la normativa de la que aquél forma parte, se desprende del

trigésimo considerando de dicho Reglamento que este artículo permite excluir del control de la administración concursal determinadas situaciones que están en contradicción con la nueva situación de hecho creada por la incoación del procedimiento concursal.

34. *Concretamente, el citado artículo 24, apartado 1, permite que la resolución de incoación del procedimiento concursal no se reconozca inmediatamente, en la medida en que consiente que la masa se reduzca por el importe de los créditos del deudor concursado satisfechos a este último por sus deudores de buena fe.*

35. *Ahora bien, dicha disposición no puede ser interpretada en el sentido de que también permite que la masa se reduzca por las cantidades que el deudor concursado debe a sus acreedores. Si prosperase tal interpretación, el deudor concursado podría transferir bienes de la masa a un acreedor, encargando a terceros que desconocen la incoación del procedimiento concursal la ejecución de obligaciones que haya contraído con dicho acreedor, y, de este modo, vulneraría uno de los objetivos principales del Reglamento núm. 1346/2000, enunciado en el cuarto considerando de éste y que consiste en evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable.*

36. *Del conjunto de las consideraciones relativas al tenor y al objetivo del artículo 24, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000, al contexto de dicho precepto y a los objetivos de la normativa de la que éste forma parte se deduce que una situación como la del litigio principal, en la que el deudor concursado ejecuta, por mediación, una obligación contraída con uno de sus acreedores, no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho precepto.*

37. *No obstante, la circunstancia de que el artículo 24, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000 no sea aplicable a una situación como la del litigio principal no implica, por sí misma, que el banco afectado esté obligado a restituir la cantidad litigiosa a la masa de acreedores. La cuestión relativa a la eventual responsabilidad de dicho banco se rige por la normativa nacional aplicable.*

38. *Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 24, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que no está incluido en el ámbito de aplicación de dicho precepto un pago efectuado, por orden de un deudor sometido a un procedimiento concursal, a un acreedor de dicho deudor.*

Nota. 1. El TJUE considera que el pago hecho por un banco por cuenta y orden del concursado no es una ejecución a favor de dicho concursado en el sentido del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia. Al no quedar subsumido en dicho precepto, el pago no libera a la entidad bancaria pagadora que, de conformidad con la ley nacional rectora del concurso, ha de volver a pagar la misma cantidad a la administración concursal. Este fallo resulta, a mi juicio, desafortunado, ya que la eficacia de las órdenes de pago emitidas por el concursado, con la consiguiente liberación para el pagador de buena fe, en este caso, el banco, estaría plenamente justificada y encajaría en el art. 24 de dicho Reglamento, de acuerdo con una interpretación literal, teleológica, sistemática y auténtica.

Atendiendo a una interpretación literal, el Tribunal considera que el «sentido corriente» de la expresión «ejecución a favor del deudor», utilizada en el art. 24 del citado Reglamento, no comprende la situación en la que se ejecuta una obligación por orden del concursado a favor de uno de sus acreedores (beneficiario de la orden). Se consigue, de esta forma, una interpretación uniforme del Reglamento europeo de insolvencia, que exige analizar las disposiciones no aisladamente sino a la luz de todas

las versiones lingüísticas oficiales y, en particular, de aquéllas más restrictivas, como es el caso de la versión alemana (*Leistung an den Schuldner*).

Sin embargo, el sentido literal de muchas de las versiones lingüísticas del Reglamento europeo de insolvencia, que utilizan en su art. 24 el término ejecución «a favor» del deudor (*exécution au profit de débiteur, prestazioni a favore del debitore, execução a favor do devedor*), ampararía la ejecución a un tercero por orden del concursado. Lo mismo puede decirse de la versión inglesa: si bien en el título del precepto se utiliza una expresión restrictiva, «*honouring [...] to a debtor*», en el texto se recurre a una expresión más amplia, «*honoured for the benefit of a debtor*». Estas expresiones son más amplias que la de «pago al deudor» y, por tanto, incluyen no sólo este pago dirigido personalmente al deudor, sino el pago hecho a uno de sus acreedores en nombre y por cuenta y orden del concursado. Esta conclusión queda confirmada desde la perspectiva del Derecho de obligaciones: el pago que hace la entidad bancaria se considera un cumplimiento del concursado/comprador y, en particular, el pago del precio debido al beneficiario-vendedor.

2. De acuerdo con un análisis teleológico, el Tribunal se opone a la aplicación de la norma material especial del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia, que daría efecto a la orden de pago, porque ello originaría un desvío de fondos y un grave perjuicio a la masa concursal. Al no aplicar esa norma material uniforme, remite al Derecho nacional del Estado de apertura la cuestión de si la orden de pago transfronteriza libera o no a la entidad bancaria pagadora.

No obstante, la argumentación del Tribunal tampoco resulta convincente en este punto. El perjuicio a la masa protegiendo el pago del tercero es evidente pero es querido y admitido por el Reglamento europeo de insolvencia que, en este caso, sacrifica el interés de la masa concursal para proteger el interés del pagador de buena fe. Y precisamente esta protección es necesaria con independencia de que se pague al concursado o a un tercero por orden de éste. No tiene sentido que, si el deudor se presenta en la oficina bancaria y retira el saldo de la cuenta, el banco se vea liberado porque paga directamente al concursado, mientras que no ocurra lo mismo si el banco paga a un tercero, en nombre del concursado y por su cuenta y orden. Ambas situaciones son funcionalmente equivalentes, se observa el mismo perjuicio a la masa y existe la misma *ratio iuris* de protección al tercero pagador en el art. 24.

3. Justamente el perjuicio a la masa es otro aspecto fundamental de discrepancia con la Sentencia, esta vez desde una perspectiva sistemática. Es verdad que el Tribunal, al negar la eficacia de las órdenes de pago de entidades bancarias, evita un acto evidente de perjuicio a la masa. Sin embargo, está repercutiendo ese acto perjudicial en un tercero pagador de buena fe, la entidad bancaria, que desconoce la apertura del concurso y que nada tiene que ver con el acto perjudicial. Lo procedente hubiera sido que la administración concursal ejerciese una acción de impugnación del acto del que deriva el pago repercutiendo el perjuicio o el fraude al tercero beneficiario del pago, de conformidad con los arts. 4 y 13 del Reglamento europeo de insolvencia.

Además, la aplicación del Derecho nacional sostenida por el Tribunal tiene el riesgo de obviar la singular posición de terceros que, hallándose en el extranjero, ignoran que puede existir una publicación del concurso en el Estado de apertura. Concurrirían, de hecho, riesgos de inadaptación si se aplican las disposiciones sobre efectos del concurso «como si éste ya se hubiera publicado», cuando esa publicación sólo se ha producido en el Estado de apertura y no en el extranjero. Coincido, pues, con la Abogada General que, en contra de lo señalado en la Sentencia, recuerda que el art. 24

del Reglamento europeo de insolvencia establece una norma material especial, que escapa a la aplicación de la ley nacional del Estado de apertura del concurso.

4. Atendiendo, por último, a una interpretación auténtica de la *voluntas legislatoris*, el Tribunal entiende que el supuesto no queda protegido por el art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia, porque, tal y como establece su Considerando 30, sólo se querían proteger «prestaciones al deudor» (*payment to the debtor, eine Zahlung an den Schuldner leisten*). Pero lo que obvia el Tribunal es que otras muchas versiones de dicho Considerando siguen dejando entrever una amplitud en los términos del cumplimiento a favor del deudor (*adempiono obbligazioni a favore del debitore, exécutent une obligation au profit du débiteur, cumprido uma obrigação a favor do devedor*). También obvia un argumento sugerente de la Abogada General, según el cual, el Considerando se refiere no sólo a pagos dinerarios al deudor, sino a «todo tipo de prestaciones» a favor del deudor. Por consiguiente, incluso en estas versiones lingüísticas que utilizan expresiones restrictivas, el pago a terceros por orden del concursado quedaría comprendido en la expresión «ejecución de la obligación».

Además, no resulta procedente la referencia del Tribunal a la *voluntas legislatoris* expresada en el Considerando 4 sobre el objetivo de impedir la transferencia de bienes a otros Estados miembros en busca de una posición más favorable para el concursado. Conviene reparar en que si la transferencia se hubiera hecho desde el Estado de apertura del concurso, como presupone dicho Considerando, ya no se daría esta protección al tercero pagador de buena fe. Pero no por lo dispuesto en la Sentencia sino por el propio presupuesto de aplicación del art. 24 del Reglamento europeo de insolvencia, que expresamente se refiere a la ejecución del pago en «otros» Estados miembros, distintos al de apertura. A mayor abundamiento, dicho Considerando está dirigido a los problemas de competencia judicial internacional y, de hecho, alude expresamente a evitar el *forum shopping*. Sorprende, pues, que sea invocado por el Tribunal cuando, en este caso, no se cuestiona la competencia judicial internacional.

5. En resumen, una interpretación literal, teleológica, sistemática y auténtica avala la protección del pagador de buena fe por orden del concursado, sin ver en ello, como hace el Tribunal, una restricción inadmisibles al reconocimiento automático de la apertura del concurso. El Tribunal ha tratado de evitar, con argumentos fácticos más que jurídicos, la facilidad con la que el concursado puede esconder su patrimonio, ya que las órdenes de pago y las transferencias bancarias en el extranjero se tramitan de una forma más rápida que la publicación del concurso en el extranjero. Esperemos que la reforma del Reglamento europeo de insolvencia minimice estas distorsiones.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

2.4. Ley aplicable al contrato de trabajo

2014-9-Pr

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO.—Realización del trabajo de forma duradera y sin interrupción en un mismo país.—Cláusula de escape.—Determinación de vínculos más estrechos.

Preceptos aplicados: art. 6 del Convenio de Roma.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a), de 12 de septiembre de 2013, asunto C-64/12, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker. Ponente: Camelia Toader.

F.: curia.europa.eu.

39. *De las consideraciones anteriores resulta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar la ley aplicable al contrato conforme a los criterios de vinculación definidos en el artículo 6, apartado 2, primera frase, del Convenio de Roma, y en particular al criterio del lugar de ejecución habitual del trabajo, contemplado en ese apartado 2, letra a). No obstante, en virtud de la última frase del mismo apartado, cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo, procede dejar de lado la ley del Estado de cumplimiento del trabajo y aplicar la ley de ese otro Estado.*

40. *A tal efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. Como destacó la Comisión y señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, el juez que debe resolver un caso concreto no puede sin embargo deducir automáticamente que la norma del artículo 6, apartado 2, letra a), debe descartarse por el mero hecho de que, por su número, las demás circunstancias pertinentes, distintas del lugar de trabajo efectivo, indiquen otro país. [...].*

Nota. 1. La sentencia anotada se centra en la aplicación de la cláusula de escape del art. 6 del Convenio de Roma (en adelante CR) y su relación con el resto de conexiones del artículo. La resolución presenta especial interés porque el Tribunal de Justicia se refiere por primera vez a la cláusula de escape en el marco de los contratos de trabajo y resuelve alguna de las cuestiones controvertidas sobre su utilización. Tras una somera exposición de los hechos nos centraremos en el análisis jurídico de las cuestiones a las que se refiere específicamente el TJ: la aplicación de la cláusula, la posibilidad de introducir consideraciones materiales en su aplicación y los factores relevantes para la determinación de los vínculos más estrechos en el plano laboral.

Los hechos en los que la resolución trae causa son, en síntesis, los que siguen: la Sra. Boedeker estuvo empleada por la empresa alemana *Firma Anton Schlecker* en Alemania y posteriormente en Países Bajos durante más de doce años de forma ininterrumpida. Ante la decisión unilateral del empleador de modificar el lugar de trabajo la Sra. Boedeker interpuso una demanda ante los tribunales neerlandeses solicitando la anulación del contrato y una indemnización. Sostuvo que la ley aplicable era la ley neerlandesa de conformidad con el art. 6.2.a) del CR. Era la ley más protectora y la ley del lugar en el que realizaba habitualmente su trabajo. La empresa sostuvo que la ley aplicable era la ley alemana de conformidad con la cláusula de escape del art. 6.2 *in fine* del CR ya que el contrato presentaba vínculos más estrechos con este país. En este escenario, el Tribunal neerlandés remitente planteó al TJ si en los casos en los que el trabajador realice el trabajo de forma duradera y sin interrupción en un mismo país debe aplicarse el Derecho de éste en todos los casos, aunque todas las demás circunstancias determinen que existe un vínculo más estrecho con otro país.

2. En la resolución aparecen dos hechos indiscutidos: que la Sra. Boedeker realizó su trabajo en los Países Bajos sin interrupción durante doce años y que, a excepción del lugar de prestación habitual del trabajo, todas las circunstancias conectaban el contrato con Alemania. Era necesario establecer la relación entre las conexiones del art. 6 del CR para determinar cuál entraba en juego y la ley aplicable. El TJ se refirió

a la relación de las conexiones del art. 6 del CR en los asuntos *Koelzsch* (STJUE de 15 de marzo de 2011, *REDI*, 2011-4-Pr) y *Voogsgeerd* (STJUE de 15 de diciembre de 2011, *REDI*, 2012-24-Pr). En ambos asuntos estableció que la conexión relativa al país de prestación habitual del trabajo debe interpretarse de forma amplia con respecto a la conexión del país del establecimiento que contrata al trabajador.

Por lo que respecta a la cláusula de escape del contrato de trabajo, el Tribunal no se había referido con anterioridad específicamente a la misma, pero sí tuvo ocasión de referirse a la cláusula general del art. 4 en el asunto *ICF* (STJCE de 6 de octubre de 2009, *REDI*, 2009-32-Pr). En este caso el TJ tuvo que determinar, entre otras cuestiones, si la aplicación de la cláusula de escape general de los vínculos más estrechos del art. 4 del CR funcionaba cuando las conexiones precedentes no establecían vínculos reales o también cuando simplemente existía un vínculo preponderante con otro país. Estableció que corresponde al juez aplicar la conexión cuando del conjunto de circunstancias resulte *claramente* que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del que resulta de las conexiones precedentes. Tanto la cláusula del art. 4 del CR como la del art. 6 del CR se fundamentan en el principio de proximidad (véase el Informe GIULIANO-LAGARDE, *JO C*, de 31 de octubre de 1980, núm. 282, y la nota de REQUEJO ISIDRO, M., *REDI*, 2005-18-Pr). Sin embargo, tal y como se deriva de la nueva redacción del art. 4 en el RRI y del Libro Verde de la Comisión sobre la transformación del Convenio en Reglamento, la cláusula de escape del art. 4 tiene carácter excepcional. Por el contrario, la cláusula de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo del RRI es idéntica a la que figura en el CR y no se ha puesto de manifiesto una necesidad de cambio. En este supuesto, de conformidad con su redacción, no es preciso que los vínculos sean manifiestamente más estrechos o que se deriven claramente, sino simplemente que existan. Ésta es la postura del TJ en la resolución, en la que establece que incluso en el caso de que el trabajador realice su trabajo de forma habitual, durante un largo periodo de tiempo y sin interrupción en el mismo país, el órgano jurisdiccional remitente puede descartar esta conexión si el contrato está más estrechamente vinculado con un Estado distinto.

Nuestros tribunales nacionales han aplicado la cláusula con carácter general en aquellos supuestos en los que las conexiones precedentes conducían a un ordenamiento escasamente conectado y, además, la ley aplicable de conformidad con la cláusula siempre resultaba ser la ley española [véanse entre otras, la STS de 25 de mayo de 2001, Id. Cendoj (28079140012001100383), FD quinto; la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2003, Id. Cendoj (3501634000203100640), FD quinto]. El pronunciamiento del TJ amplía las posibilidades del precepto al determinar que puede aplicarse siempre que existan vínculos más estrechos con un país distinto sin requerir que las conexiones precedentes sean inadecuadas.

3. Un segundo factor que tuvo que ser tenido en cuenta para la determinación de la ley aplicable fue la posibilidad de introducir consideraciones materiales en la aplicación de la cláusula de escape. Este problema resultaba especialmente trascendente en el asunto que nos ocupa, ya que la ley neerlandesa otorgaba a la trabajadora una mayor protección. El tema de la materialización de la cláusula de escape ha sido una cuestión controvertida [véase sobre los debates al respecto MOREAU, M. A., «Cour d' appel de Paris-7 juin 1996», *Rev. crit. dr. int. privé*, 1997-1, pp. 55-65, pp. 63 y 64 y CORNELOUP, S., «Cour de cassation (Ch. Soc.), de 28 mars 2012», *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012-3, pp. 587-598, 597 y 598]. El TJ toma partido en esta vieja disputa y opta por la ausencia de consideraciones de orden material en su aplicación y su consideración como una regla neutra basada en el principio de proximidad. Cierra, así, la posibilidad de utilizar la cláusula como mecanismo de protección del trabajador. Considera-

mos que la cláusula cumple una función simplemente localizadora, de conexión del contrato con el país con el que presenta los vínculos más estrechos. Ésta es la opción que se adecua mejor al fundamento de la cláusula de escape en el marco del contrato de trabajo.

Nuestros tribunales sí han utilizado la cláusula de escape del art. 6 del CR en un sentido proteccionista y no como un simple mecanismo localizador. El hecho de que el trabajador sea la parte débil de la relación contractual ha motivado pronunciamientos *in favorem* que siempre han llevado, además, a aplicar la ley española al contrato. El pronunciamiento del TJ no deja lugar a dudas y acaba con el debate doctrinal al respecto y con el peligro de una interpretación divergente por parte de los distintos tribunales nacionales y la consiguiente inseguridad jurídica.

4. La resolución que comentamos aporta, como tercer elemento fundamental, datos relevantes sobre la valoración de los vínculos más estrechos. El TJ destaca que la determinación de la existencia de vínculos más estrechos no se valora por el núm. de circunstancias que conectan la relación con otro país, sino por el peso de cada una de estas circunstancias. Recoge una serie de elementos significativos de vinculación para el caso concreto, entre los que destaca: el país en el que el trabajador está afiliado a la seguridad social, regímenes de jubilación, seguro de enfermedad e invalidez, el país en el que paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad. En definitiva, se trata de elementos que están directamente relacionados con la relación laboral.

Tal y como se muestra en la resolución, la determinación de los vínculos más estrechos no puede hacerse en abstracto, sino que se hace necesario atender a la concreta relación jurídica y al asunto de que se trate para poder establecer qué factores deben ser tenidos en cuenta y realizar una valoración adecuada (véase DUBLER, C., *Les clauses d'exception en droit international privé*, Ginebra, Études Suisses de Droit International, vol. 35, Librairie de l' Université, 1983, p. 92). La importancia que se le ha dado a la nacionalidad de forma recurrente por parte de los tribunales españoles contrasta con el pronunciamiento del Tribunal de Justicia [véase como ejemplo la STS de 22 de mayo de 2001, Id. Cendoj (28079140012001100943)]. La Sentencia del TJ pondrá fin al abuso de la utilización de la nacionalidad como factor relevante para determinar vínculos más estrechos al otorgar una guía para la consideración y valoración de los elementos significativos.

5. En definitiva, la Sentencia anotada presenta una gran relevancia práctica tanto de cara a los futuros pronunciamientos de los tribunales nacionales sobre el art. 8 del RRI como, todavía, para los pronunciamientos sobre el art. 6 del CR. Son tres los elementos clave de la resolución que deben ser valorados positivamente: la determinación de la relación de la cláusula de los vínculos más estrechos con el resto de conexiones del artículo, la consagración de la cláusula de escape en el ámbito laboral como un mecanismo localizador ausente de consideraciones materiales y la delimitación de los factores significativos en el marco del contrato de trabajo para establecer los vínculos más estrechos. La sentencia posibilita la uniformidad en los pronunciamientos de los distintos tribunales nacionales, acaba con las divergencias sobre las consideraciones materiales en aplicación de la cláusula de escape evitando la inseguridad jurídica y aporta una guía para la valoración de los factores que determinan los vínculos más estrechos.

Paula PARADELA AREÁN
Universidad de Santiago de Compostela

2.5. Ley aplicable al contrato de agencia

2014-10-Pr

CONTRATO DE AGENCIA.—Ley aplicable.—Legislaciones nacionales adaptadas a la Directiva 86/653/CEE.—Leyes de policía del foro.—Aplicación de las de un Estado miembro desplazando la *lex contractus* de otro Estado miembro.—Condiciones.

Preceptos aplicados: arts. 3 y 7.2 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980; Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre, y art. 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008.

STJUE (Sala 3.^a), de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare*. Ponente: Camelia Toader.

F.: *curia.europa.eu*.

*Los artículos 3 y 7, apartado 2, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, deben interpretarse en el sentido de que la ley de un Estado miembro de la Unión Europea que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, ley elegida por las partes en un contrato de agencia comercial, podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.*

Nota. 1. Comencemos esta Nota adelantando que la Sentencia que la motiva no está a la altura, a mi juicio, de las expectativas que legítimamente podría albergar una pregunta como la que el *Hof van Cassatie* belga decidió elevar al TJ. Una pregunta con consecuencias estrictamente prácticas, resolver un caso, pero que calibra la fortaleza misma del Derecho comunitario como sistema propio con peculiares y diferenciadas respuestas cuando entra en juego, como en este caso, el Derecho armonizado. La pregunta es si normas imperativas del foro, que van más allá de la armonización de mínimos impuesta por una directiva, pueden imponerse, como leyes de policía, a la ley elegida de otro Estado miembro que también se ha sujetado a la armonización, en un modo legítimamente distinto. No se pregunta por la calificación de tales o tales otras normas armonizadas como leyes de policía (a pesar del interés del TJ por este tema), sino si dichas normas pueden prevalecer sobre las de otro Estado miembro llamadas primariamente a aplicarse al haber sido elegidas expresamente por los contratantes. El TJ no presta la suficiente atención a esta dimensión intracomunitaria. Yo diría que no le presta apenas ninguna atención en términos sustantivos, aunque parece que quiere decir algo. Su imprecisión y timidez hace que ese algo sea muy poco, cuando el

ejemplo del orden público (del que las leyes de policía se han considerado una versión reglada) hubiera podido alimentar una nueva diferencia entre unas leyes de policía con una eficacia *ad extra* (por ejemplo, la STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar*) y unas normas de policía con una eficacia parcialmente diferenciada *ad intra*.

2. A decir verdad, aunque el atractivo del caso, tal cual lo veo, está en la descripción efectuada en el párrafo anterior, la cuestión prejudicial era un poco más compleja y el supuesto planteaba algún aspecto singular digno de mención. De forma sintética, el litigio principal enfrentaba a un empresario radicado en Bulgaria y a un agente comercial belga, partes en un contrato de agencia comercial sujeto al Derecho búlgaro y sometido a arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía. Tras la comunicación por parte del empresario del fin (anticipado) de las relaciones comerciales, el agente inició un procedimiento ante los tribunales belgas solicitando una indemnización compensatoria por el preaviso, una indemnización por la clientela y una indemnización complementaria en concepto de despido de personal. Adelantemos que tales peticiones están amparadas o, al menos, previstas, por la legislación belga de desarrollo de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. No lo estaban, o no todas ellas, por la ley búlgara aplicable al contrato, que también había desarrollado la mencionada Directiva. En primera instancia se dio la razón al demandante con expreso rechazo de la falta de jurisdicción, basada en el sometimiento a arbitraje, y expresa afirmación de la naturaleza internacionalmente imperativa (leyes de policía) de la normativa belga en la que se basaba la demanda; en segunda instancia se revocó tal decisión, admitiendo el sometimiento a arbitraje y rechazando la calificación de las normas belgas como de «leyes de policía». En el marco de la sustanciación del recurso de casación, el *Hof van Cassatie* preguntó: «¿Deben interpretarse los arts. 3 y 7, apartado 2, de [del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales], en su caso en relación con la Directiva [86/653], en el sentido de que permiten que las leyes de policía del país del juez que ofrecen una mayor protección que el mínimo establecido por la Directiva [86/653] se apliquen al contrato, también cuando resulte que el Derecho aplicable a éste sea el Derecho de otro Estado miembro de la Unión Europea en el que también se goce de la protección mínima que proporciona la referida Directiva 86/653?». Del supuesto, como vemos, desaparece el tema jurisdiccional que podría ser interesante (3) y se cuela la alusión al art. 3 del Convenio (4), sin apenas presencia en la Sentencia del TJ, que sí responde al grueso de la pregunta (5).

3. En el supuesto de hecho aparece una cláusula arbitral que aparentemente cuenta con poco recorrido. El TJ es consciente de ello y se cuida de advertir que resuelve la cuestión planteada sin prejuzgar la cuestión de qué órgano judicial nacional tiene jurisdicción en el caso (apdo. 28). Tratándose de la eventual o potencial aplicación de leyes de policía del foro, la cuestión jurisdiccional aparece intrínsecamente unida a la de ley aplicable. Quizá el apdo. 23 de la Sentencia no lo ponga suficientemente de manifiesto, cuando rechaza la excepción de falta de jurisdicción y proclama la imperatividad internacional del art. 27 de la ley belga relativa al contrato de agencia. Es, por otro lado, un proceder ortodoxo distinguir *forum* y *ius*, mas ejemplos como el de la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 5 de septiembre de 2012 merecen cierta reflexión. En ella se rechaza la eficacia de una cláusula jurisdiccional a favor de tribunal americano en un supuesto también de contrato de agencia entre un empresario americano y un agente alemán sujeto a la legislación americana. Simplificando, el Tribunal Federal viene a decir que dar efecto a la cláusula jurisdiccional sería impedir la eficacia de las leyes de policía europeas y alemanas [www.conflictoflaws.net, en-

trada de 28 de enero de 2013, de G. CUNIBERTI (Beatrice Deshayes), «German Federal Court Rules on Jurisdiction Clauses and Mandatory Rules»]. La lógica es de cajón. No me planteo la eficacia de dicho argumento en el contexto europeo (por ejemplo, del Reglamento 44/2001), pero aquí había un sometimiento a tribunal arbitral que quizá haya sido tratado con mayor desdén. Probablemente, la Cámara arbitral de Sofía hubiese aplicado sin más la ley búlgara. Tratándose de un tribunal de justicia búlgaro, no se me ocurre que hubiese aplicado las normas belgas (que teóricamente podrían enganchar en el concepto de ley de policía de un tercer Estado).

4. En cuanto a la alusión al art. 3 del Convenio de Roma en la cuestión prejudicial, parece claro que se trata de una alusión vinculada al supuesto de hecho (las partes habían elegido la ley búlgara) y no a algún tipo de condicionamiento especial por resultar la ley aplicable de la *elección* y no, por ejemplo, de ser la ley objetivamente aplicable (si fuese el caso). Aunque el TJ sí parece hacer especial hincapié en el «principio de la autonomía de la voluntad» como «piedra angular» del Convenio de Roma (apdo. 49), su recorrido es insignificante: interpretación estricta de la excepción contemplada en el art. 7, apdo. 2, del Convenio de Roma. Como señala DE MIGUEL ASENSIO, P. (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/>, entrada de 7 de noviembre de 2013), el análisis del TJ es igualmente aplicable a las situaciones en las que falta elección de ley y el Derecho aplicable se determina conforme a criterios objetivos.

5. Entrando en el fondo de la cuestión, el TJ se empeña en una larga introducción sobre el sentido genérico de la armonización y su concreta proyección sobre el contrato de agencia. Es en el apdo. 41 cuando propiamente comienza a razonar sobre la cuestión prejudicial suscitada y lo hace a modo de una «segunda introducción» en la que recorre el tenor y alcance del art. 7 del Convenio de Roma de manera genérica, pues genérico o incondicional es su tenor en términos de distinción entre situaciones estrictamente intracomunitarias y extracomunitarias o mixtas. En un extraño giro advierte de que la posibilidad de invocar las leyes de policía del foro no exime a los Estados de velar por su compatibilidad con el Derecho de la Unión (apdo. 46), apreciación a todas luces evidente y cuya relevancia a efectos de la cuestión prejudicial se me escapa. A continuación define lo que ha de considerarse como leyes de policía trayendo a colación la sentencia *Arblade* y la definición legal que hoy contiene el art. 9, apdo. 1, del Reglamento Roma I. Todo muy convincente pero, de nuevo, alejado de la pregunta. A lo sumo puede considerarse una digresión para corroborar lo que el *Hof van Cassatie* le da como un dato no cuestionable: conforme al Derecho belga los artículos controvertidos son leyes de policía, dice la cuestión prejudicial, sin pedir permiso ni suscitar duda alguna. La duda, razonable, del órgano remitente es saber si esas leyes de policía, que son plenamente operativas ante leyes de terceros Estados (*Ingmar*) pueden serlo también ante leyes de Estados miembros cuya legislación deriva de la misma fuente comunitaria.

Con una cierta desgana, el TJ se enfrenta al tema en el apdo. 51 y lo despacha en el 52. Hasta este momento todo el razonamiento ha sido genérico; inespecífico e indiferenciado: consideraciones sobre qué son leyes de policía y cómo funcionan en general. ¿Cuál es el matiz, si existe, cuando tienen, o para que tengan, como consecuencia dejar de aplicar la *lex contractus* de otro Estado miembro? Aparentemente el matiz es que tal desplazamiento sólo se llevará a cabo «si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas». ¿Significa esto que cuando se trata de

desplazar la ley de un tercer Estado tales consideraciones o comprobaciones pueden obviarse? Sin duda no.

Detrás del razonamiento del TJ hay un cierto lastre motivado por la claridad y comodidad de la Sentencia *Ingmar*: en ella se pone todo el esfuerzo en la calificación de la imperatividad internacional de los arts. 17 y 18 de la Directiva, precisamente por ser contenido de la Directiva y por los objetivos de armonización que ésta conlleva. No hay duda de que son leyes de policía, pues este mínimo armonizado es fundamental para «suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales» (Considerando 2 de la Directiva; punto 23 de la sentencia *Ingmar*). Se trata de un referente comunitario o en la actualidad europeo. Y dentro de esta lógica, estas leyes de policía resultado de la armonización son operativas frente a leyes de terceros Estados, porque dentro de la UE todas las legislaciones las han incorporado. El problema es que las normas de la ley belga van más allá. El último entrecomillado que he reproducido ya no es aplicable a las normas que libremente cada legislador adopta al margen de la Directiva (a pesar de su reproducción en el apdo. 37 de la sentencia ahora comentada). En realidad, en términos sustantivos no favorecen (el caso que ahora nos ocupa es más que elocuente) esa uniformización de las condiciones de competencia e incremento de la seguridad jurídica y, en términos conflictuales, su calificación como leyes de policía socava la aplicación uniforme de los instrumentos sobre ley aplicable (como el Convenio de Roma en este caso o el Reglamento Roma I en casos similares).

El TJ pudo haber acogido la idea de una operatividad diferenciada de las leyes de policía. Pudo haber señalado que en ámbitos armonizados no cabe este expediente entre normativas de Estados miembros, aunque siga plenamente operativo frente a terceros Estados. Pero se conformó con advertir de que puede ser distinto, sin decirnos en qué medida, cuándo, bajo qué circunstancias. La sentencia se acaba cuando debería haber comenzado.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Universidad de Santiago de Compostela

2.6. Proceso monitorio europeo

2014-11-Pr

PROCESO MONITORIO EUROPEO.—Aplicación del Reglamento 1896/2006.—Oposición al requerimiento europeo de pago.—Efectos.—Interpretación del art. 24 del Reglamento 44/2001 cuando el demandado no impugna la competencia internacional y presenta alegaciones de fondo.

Preceptos aplicados: arts. 6.1, 16.3 y 17.1 del Reglamento 1896/2006 y art. 24 del Reglamento 44/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.^a), de 13 de junio de 2013, asunto C-144/12, *Goldbet Sportwetten GmbH y Massino Sperindeo*. Ponente: Marko Ilesič.

F.: *curia.europa.eu*.

30. *De este modo, la posibilidad que tiene el demandado de presentar un escrito de oposición pretende compensar el hecho de que el sistema establecido por el Reglamento*

núm. 1896/2006 no prevé la participación de dicho demandado en el proceso monitorio europeo, permitiéndole impugnar el crédito una vez expedido el requerimiento europeo de pago.

31. Ahora bien, cuando el demandado no impugna en su escrito de oposición al requerimiento europeo de pago, la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, tal oposición no puede producir, respecto de dicho demandado, otros efectos que los que se desprenden del artículo 17, apartado 1, del Reglamento núm. 1896/2006. Tales efectos consisten en poner fin al proceso monitorio europeo y en trasladar automáticamente el litigio al proceso civil ordinario, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en tal caso, se ponga fin al proceso.

32. La solución contraria, que llevaría a que cuando la oposición no incluyera una impugnación de la competencia de la jurisdicción del Estado miembro de origen supusiera ya una comparecencia, en el sentido del artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001, extendería los efectos de la oposición más allá de lo previsto por el Reglamento núm. 1896/2006 [...].

Nota. 1. La principal cuestión que plantea el asunto *Goldbet* es la relación entre el Derecho procesal civil internacional y el moderno Derecho procesal civil europeo, ambos de origen comunitario y, en particular, entre el Reglamento 1896/2006 y el Reglamento 44/2001. Los hechos de los que trae su causa la STJUE, de 13 de junio de 2013, se indican a continuación. La empresa Goldbet Sportwetten GmbH, establecida en Austria y dedicada a la organización de apuestas deportivas, solicitó ante el *Bezirksgericht für Handelssachen* de Viena, el 29 de diciembre de 2009, un procedimiento europeo de pago contra el Sr. Massimo Sperindeo, con residencia habitual en Italia, lugar en el que realizaba la actividad consistente en la organización y difusión de las citadas apuestas en virtud de contrato de prestación de servicios. El 19 de abril de 2010 presentó escrito de oposición dentro de plazo contra dicho requerimiento europeo de pago, alegando que la pretensión de Goldbet era infundada y que no le era exigible el importe reclamado. Ante los sucesivos recursos presentados por el Sr. Sperindeo, que tuvieron como consecuencia la declaración de incompetencia de las autoridades austriacas, Goldbet interpuso recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof*, que suspendió el procedimiento para plantear tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y, en concreto, la tercera es la que sigue: «¿debe interpretarse el artículo 17 del Reglamento núm. 1896/2006, en relación con el artículo 24 del Reglamento núm. 44/2001, en el sentido de que la presentación de un escrito de oposición funda en todo caso la competencia del tribunal a través de la comparecencia cuando en él ya se formulan alegaciones sobre el fondo pero no se invoca la falta de competencia?». El TJUE deja claro que la oposición al requerimiento europeo de pago no constituye la primera actuación de defensa presentada en el proceso civil ordinario que sigue —en su caso— al proceso monitorio europeo y, por ello, no es aplicable la doctrina sentada en el asunto *Elefanten Schuh* para el caso en el que el demandado no haya impugnado también la competencia internacional en el escrito de oposición.

2. Como se ha señalado, tratándose de dos instrumentos fruto de la progresiva creación de un espacio europeo de justicia, operan de forma distinta. El Reglamento 1896/2006 forma parte del nuevo Derecho procesal europeo, constituido por las normas materiales especiales, que regulan algunos tipos de proceso y que son comunes en el ámbito europeo. Y, en particular, el proceso monitorio europeo constituye un mecanismo de cobro de créditos no impugnados, que garantiza la igualdad de condiciones para acreedores y deudores en la Unión Europea (STJUE, de 13 de diciembre de 2012, asunto C-215/11, apdo. 30).

La doctrina se refiere al Derecho procesal europeo «funcional» para los litigios transnacionales (véase, HESS, B., «Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 217). Así, el Derecho procesal civil europeo se ocupa de las relaciones transfronterizas, que transcurren en el interior del territorio de la Unión Europea, estando su existencia directamente relacionada con el posterior reconocimiento extraterritorial de la decisión pronunciada en cada uno de esos países (art. 3 del Reglamento 1896/2006).

De otro lado, el Reglamento 44/2001 pertenece al Derecho procesal civil internacional, también resultado de la comunitarización del ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza. Ambos coexisten en el actual espacio judicial europeo, planteándose cuestiones litigiosas, como la presente.

3. El asunto *Goldbet* plantea la relación entre ambos, porque es necesario acudir al Reglamento 44/2001 para determinar la competencia internacional de las autoridades judiciales para conocer del proceso monitorio europeo (art. 6, 1.º del Reglamento 1896/2006). Y, para tratar tales relaciones, conviene realizar una breve presentación de la citada comunitarización, que supuso —como se sabe— la intervención legislativa de las instituciones comunitarias para ir dando cuerpo al espacio europeo de justicia (véanse, entre otros, VVAA, *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1992; NORMAND, J., «Il ravvicinamento delle procedure civile nell'Unione europea», *Rivista di Diritto Processuale*, 1998, pp. 682 y ss).

Un sector doctrinal considera que el término «aproximación» que emplea el art. 81 del TFUE incluye la idea de unificación, si es necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior (véase, HESS, B., *op. cit.*, p. 222, nota 32). En todo caso, no ha sido posible unificar o armonizar sólo el Derecho procesal internacional, porque si las diferencias entre los sistemas jurídicos internos en el marco del proceso son importantes sería ilusoria la unificación del Derecho procesal internacional y, por ello, podrían lesionarse los derechos de los particulares, en cuanto a la posibilidad de acceder a la justicia y de que se les garantice la tutela judicial efectiva (véase, NORMAND, J., *op. cit.*, pp. 682 y ss).

Así, en el momento actual, comienza a existir en Europa un auténtico espacio de justicia (y no sólo judicial), habiéndose comenzado por la elaboración de normas que tratan de crear procedimientos iguales en todos los Estados parte, de forma que, a resultas de dichos procesos, puedan reconocerse de forma —realmente— automática las decisiones que se pronuncian por sus autoridades judiciales (art. 19 del Reglamento 1896/2006). Se trata de «normas procesales sustantivas» en el interior del espacio europeo. Éste es el caso del citado Reglamento 1896/2006. En este sentido, cabe citar el conocido Informe Storme relativo a la aproximación del Derecho judicial de la Unión Europea (véase, *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Bélgica, Kluwer, 1994).

4. En todo caso, en el asunto *Goldbet*, las autoridades austriacas se habían declarado incompetentes para conocer del asunto de conformidad con el art. 5 del Reglamento 44/2001, en la medida en que este país no era el lugar en el que tenían que cumplirse las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios suscrito entre *Goldbet Sportwetten GmbH* y el Sr. M. Sperindeo, sino Italia. Y, por ello, se planteaba la cuestión de si tales autoridades podían declararse competentes por el art. 24 de dicha norma comunitaria.

Para responder a esta cuestión, el TJUE trae a colación la conocida Sentencia, de 24 de junio de 1981 (*Elefanten Schuh*, asunto 150/80), sobre la interpretación del art. 18 del Convenio de Bruselas, sustancialmente idéntico al actual art. 24 del Regla-

mento 44/2001. Señala el Alto Tribunal que del apdo. 16 de la citada Sentencia se deduce que la impugnación de la competencia no puede ser posterior al momento en el que tiene lugar la primera actuación de defensa dirigida al juez que conoce del asunto por parte del demandado (FD 37). Por ello, si el demandado realiza alegaciones de fondo pero no impugna la competencia en la citada primera actuación, se considera sumisión tácita. Y no en otros supuestos.

Sin embargo, existe una diferencia entre ambos asuntos. En *Goldbet*, las alegaciones sobre el fondo se presentaron junto a la oposición al requerimiento europeo de pago y no en el marco del procedimiento civil ordinario (lo que sucedió en el *Elefanten Schuh*). En tal caso, los efectos que se derivan de la citada oposición son claros en el Reglamento 1896/2006: el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario que corresponda, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso (art. 17, 1.º). De otra parte, la fase de oposición al requerimiento europeo de pago no puede considerarse como la primera actuación de defensa presentada en el proceso civil ordinario que sigue al proceso monitorio europeo (FD 38 *in fine*). Otra interpretación iría en contra del objetivo perseguido por la oposición al requerimiento europeo de pago: impugnar el crédito (FD 40).

5. De otro lado, el asunto *Goldbet* también pone de relieve las relaciones entre el Derecho procesal civil europeo y el Derecho procesal de los Estados miembros (véase BIAVATI, P., «Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 726 y WALTER, G., «L'influenza del diritto europeo sul diritto Processuale nazionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2002-I, pp. 553 y ss.), que se yuxtaponen, como indica el art. 17, 1.º del Reglamento 1896/2006. Por ello, cuando se presenta escrito de oposición al requerimiento europeo de pago (en plazo), el proceso continuará ante los órganos judiciales competentes del Estado miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario que corresponda (para los efectos procesales de la oposición al requerimiento europeo de pago en el ordenamiento español, véase GARCÍA CANO, S., *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 2020 y ss.; y GÓMEZ AMIGO, L., *El proceso monitorio europeo*, Pamplona, Aranzadi, 2008, pp. 113 y ss.). Y una concreta actuación procesal realizada en el proceso monitorio europeo no tiene efectos en el proceso (interno) que corresponda seguir, en su caso.

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA
Universidad de Jaén

3. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

2014-12-Pr

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.—Noción de contrato individual de trabajo.—Competencia de los tribunales españoles para conocer de demanda presentada por trabajador móvil.—Ley aplicable en materia de contrato de trabajo.

Preceptos aplicados: arts. 18, 19, 21 y 23 del Reglamento 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil; art. 25

de la LOPJ; art. 10.6 del CC; art. 1.4 del Estatuto de Trabajadores y arts. 3 y 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social (Sección 5.ª), núm. 519/2013, de 10 de junio. Ponente: A. Catalá Pellón.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/293341.

[...] Concurriendo además, una circunstancia absolutamente determinante de la competencia a favor de la jurisdicción británica, de conformidad con el artículo 19 del Reglamento, al tratarse, como ha quedado expuesto a la luz del Anexo I del contrato celebrado en el año 2005, de un trabajador que no desempeñó habitualmente su trabajo en un único Estado, sino en cuatro destacamentos, debiendo formularse la demanda ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, esto es, Reino Unido.

Por consiguiente, pese a los argumentos que trata de hacer valer el actor, no cabe duda de que éste prestó servicios en cuatro Estados, sin que podamos admitir para acreditar que sólo los prestó en España el e-mail que convenientemente traducido al español, obra en autos al folio 118, ya que con él no se prueba que durante la ejecución del contrato no se realizara ningún servicio en Italia, Portugal ni en Costa Rica (es más, corroboraría, en su caso, la consideración del Magistrado de instancia en el sentido de que la relación que vinculó a las partes con el segundo de los contratos suscritos entre las mismas, no fue laboral porque en el correo electrónico parece que el demandante reconoce que era autónomo).

[...] Y ello porque a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del propio artículo 21, la eficacia de la cláusula en concreto, quedaría mermada al tratarse de un pacto notablemente anterior al litigio y de carácter restrictivo pues limita, las facultades de que el actor acuda al órgano jurisdiccional que reputa «más cercano a sus intereses», en el caso, España, por lo que la interpretación sistemática del artículo 23 apartado quinto, en relación con el artículo 21 del Reglamento, determinaría que aquél cediera sobre éste y la solución al caso, podría suponer la resolución de la cuestión de competencia prescindiendo de los términos en los que las partes pactaron someterse a la jurisdicción británica, por realizarse el pacto con mucha antelación al nacimiento del concreto litigio y no con posterioridad, como obliga el artículo 21 del Reglamento para poder atender a la elección del fuero por las partes.

Nota. 1. La protección del trabajador en tanto que parte débil de la relación laboral tiene expresión visible en el Reglamento 44/2001, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, en adelante Bruselas I, a través de una Sección específica donde, de una parte, se limitan los foros a favor del empresario, de otra, se ofrecen distintas alternativas al trabajador que persiguen hacerle accesible la justicia. Esta filosofía no parece, sin embargo, haber sido comprendida en la decisión que aquí se analiza donde tanto sus silencios como sus razonamientos recurren a fuentes y citas correctas sin que su aplicación lo sea, para abordar el recurso planteado por quien defiende la existencia de una relación laboral con una empresa británica y reclama por un despido improcedente, además de por ciertas cantidades que considera le deben. La particularidad del caso es la condición del reclamante, puesto que no es claro que se trate de un trabajador, pero sí que prestaba sus servicios en más de un Estado: además de en España, representaba a la empresa en cuestión en Italia, Portugal y Costa Rica. La decisión de instancia razona que la relación no es laboral, sino que las partes están vinculadas por un contrato de

representación de ventas que encajaría en la Directiva 86/353/CEE, de 18 de diciembre, relativa al contrato de agencia, transpuesta en España por Ley 12/1992, de 27 de mayo; consecuentemente, asume la validez de las cláusulas de sumisión expresa a la jurisdicción de los tribunales londinenses y elección de ley británica allí contenidas. El tribunal de apelación no parece comprender el razonamiento del juzgado de primera instancia, puesto que ignora el problema de calificación y parte de que estamos ante una relación laboral (2), para relatar y copiar en los fundamentos segundo y tercero las supuestas fuentes aplicables a los problemas de competencia judicial internacional y ley aplicable, incluyendo las de Derecho internacional privado autónomo, problemas que solventa en el último fundamento sin que en el razonamiento aborde el núcleo de la cuestión llegado este punto, donde el trabajador presta habitualmente sus servicios. La solución exige atender a la última jurisprudencia del TJUE sobre trabajadores móviles (3) que, entre otras conclusiones, relega el establecimiento que ha contratado al trabajador a conexión residual (4).

2. Según se desprende de los antecedentes de hecho, el demandante había celebrado dos contratos con la empresa demandada, uno en el que actuaba como ejecutivo de ventas de exportación y otro posterior, que es el que califica el órgano de primera instancia como de agencia. La calificación como contrato individual de trabajo es la puerta a la protección contenida en la Sección 5.^a del Capítulo II de Bruselas I, así como a la del art. 6 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante CR, por lo que el problema hubiera debido recibir una mayor atención en la decisión aquí comentada que la simple mención de un email del que se desprendería que el recurrente reconoce ser un autónomo. Si ello fuera así, efectivamente no cabría aplicar ninguna de las disposiciones reseñadas y hubiera bastado con confirmar la decisión apelada.

Aquí está en juego la aplicación de instrumentos de Derecho europeo por lo que se impone un análisis desde la perspectiva europea en tanto que existe práctica unanimidad en que ha de elaborarse un concepto autónomo, tomando en consideración la jurisprudencia del TJUE tanto en relación con el art. 5.1 del Convenio de Bruselas como en relación con el Derecho primario, en particular el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (véase CASADO ABARQUERO, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Pamplona, Aranzadi-Thomson, 2008, pp. 51-76; MAGNUS, U., «Art. 8 Rom-I VO. Individualarbeitsverträge», *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, Sellier, 2011, pp. 545-636, p. 565, marg. 35-37; MERRETT, L., *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 58-62).

Pero lo cierto es que no existe una definición exacta, entre otras razones porque supondría limitar la operatividad de las normas reseñadas, habida cuenta de la diversidad jurídica en la materia. Aunque sí se pueden ofrecer algunas notas generales que ayudan a identificar cuándo estamos ante un contrato individual de trabajo. El TJCE afirma en su Sentencia de 15 de enero de 1987, asunto 266/85, *Shenavai*, apdo. 16, que su peculiaridad reside en que se refiere a una prestación de servicios remunerada, «en el sentido de que crea una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario, y en el sentido de que se ubican en el lugar de ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos» [véase entre otros, MOSCONI, F., «La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento (CE) N. 44/2001», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 5-28, pp. 11-13; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacio-*

nal, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 177-178]. A la luz de estos índices, el tribunal de apelación hubiera debido proceder a un análisis de si nos hallamos ante un «falso autónomo», siendo un indicio importante el previo contrato de trabajo (véase DEINERT, O., *Internationales Arbeitsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 55-56).

3. La cláusula de sumisión expresa decide la incompetencia de los tribunales españoles en primera instancia y es, por tanto, objeto del recurso que aquí se decide que justamente la cuestiona sobre la base del art. 21 del Reglamento Bruselas I y la cita de la decisión del TJUE de 19 de julio de 2012, asunto C-154/11, *Mahamdia (REDI, 2013-2-Pr)*. Ello no impide que el tribunal acabe declarándose incompetente porque no hila la interpretación del art. 19.2 del Reglamento Bruselas I con, al menos, otras dos decisiones del Tribunal de Luxemburgo que cita a propósito de la ley aplicable, las decisiones de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch (REDI, 2011-4-Pr)* y de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd (REDI, 2012-24-Pr)*, ambas sobre trabajadores móviles y el concepto de lugar habitual de trabajo empleado por el art. 6 del CR. En *Koelzsch* el TJUE acentúa la interconexión que existe entre los instrumentos asociados al espacio europeo de justicia y que exige coherencia interpretativa respecto de los conceptos que todos ellos comparten, como por otra parte recuerdan los Considerandos 19 del Reglamento Bruselas I, 7 del Reglamento Roma I y 7 del Reglamento Roma II (véase PARISOT, V., «Vers une cohérence des textes communautaires en droit du travail? Réflexion autour des arrêts *Heiko Koelzsch* et *Jan Voogsgeerd* de la Cour de Justice», *Jour. dr. int.*, 2012-2, pp. 597-645). Ello es más cierto si cabe en materia laboral, puesto que el origen del foro especial en materia laboral se halla en una interpretación que realiza el TJUE del art. 5.1 del Convenio de Bruselas y para la que toma como punto de apoyo el art. 6 del CR (STJCE de 26 de febrero de 1982, asunto 133/81, *Ivenel*, apdos. 13 y 14). El dato subraya la importancia de una interpretación única de las conexiones allí empleadas, el *locus laboris* y el lugar donde se halla el establecimiento del empresario que ha contratado al trabajador; que, además, se correspondería con el deseo legislativo de crear una relación *forum-ius*, evitando así los costes derivados de averiguar el Derecho extranjero.

De esas decisiones se desprende que también ha de buscarse para los trabajadores que prestan sus servicios en más de un país un lugar habitual de trabajo. A ello apuntaban ya los casos *Mulox*, indicando que se trata de «aquel en el cual o desde el cual el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones respecto a su empresa» (STJCE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, apdos. 24, y 18-20), y *Rutten* como «aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales» (STJCE de 9 de enero de 1997, asunto C 383/95, apdo. 23, con nota de ZABALO ESCUDERO, E., *REDI*, 1997-45-Pr, pp. 283-286). En la dirección reseñada, el lugar es definido en *Koelzsch* y *Voogsgeerd* como el lugar principal de trabajo, explayándose en los factores que el tribunal de instancia ha de tomar en consideración para concluir dónde está el mismo. De hecho, esta filosofía ha sido expresamente adoptada en el art. 8 del Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en adelante Reglamento Roma I, donde se refiere al lugar «a partir del cual» se prestan habitualmente los servicios. En este contexto interpretativo, el tipo de trabajador al que se refiere la decisión aquí comentada apunta a uno respecto del que es posible identificar dicho lugar de trabajo, aquel desde el que opera, probablemente España.

4. De acuerdo con la jurisprudencia reseñada, el principio de protección del trabajador se plasma en identificar en sede de competencia judicial internacional el foro más próximo a, y en sede de ley aplicable la conexión más vinculada con, la relación laboral. Por ello mismo, la conexión prevista en el art. 19.2.b) del Reglamento Bruselas I, el lugar de situación del establecimiento que ha contratado al trabajador, también contenida en los arts. 6.2 del CR y 8.3 del Reglamento Roma I, es objeto de

interpretación en *Voogsgeerd* como una conexión absolutamente residual (apdo. 62). Ello es consecuencia, en primer lugar, de la interpretación que se hace de la conexión principal, el lugar habitual de trabajo, que prácticamente no deja supuestos para esta otra restricción tras la que se esconde, en segundo lugar, la convicción de que se trata de una conexión manipulable por el empresario (véase BOSSE, R., *Probleme des europäischen Internationalen Arbeitsprozessrechts*, Fráncfort del Meno, Lang, 2007, p. 188; MERRETT, L., *op. cit.*, margs. 4.82, pp. 119-120). De este modo, se altera la arquitectura de los preceptos discutidos y, con ello, se agita la seguridad jurídica (véase ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., «Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment», MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2.^a ed. rev., Múnich, Selliers. European Law Publishers, 2012, pp. 391-412, pp. 406-407), si bien la imprevisibilidad se ampara en la protección del trabajador, que también justifica la interpretación liberal de la cláusula de escape que el TJUE realiza en la decisión de 12 de septiembre de 2013 (*REDI*, 2014-9-Pr). En definitiva, la automática aplicación del art. 19.2.b) que realiza el tribunal de apelación no sólo no se cohonesta con la doctrina del TJUE, sino que además confirma lo razonable de la misma en presencia de un supuesto en el que el trabajador actúa durante años en cuatro países, pero no allí donde es contratado, en Gran Bretaña.

Laura CARBALLO PIÑEIRO
Universidad de Santiago de Compostela

2014-13-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE.—Contratos internacionales de consumo.—Eficacia de las cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable incorporadas en condiciones generales.

Preceptos aplicados: arts. 15 y 16 del RBI; art. 6 del RRI; art. 90 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, *TRLGDCU*) y arts. 3-6 de la Directiva 93/13.

Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, de 30 de septiembre de 2013 (*Ryanair*). Ponente: Javier Jesús García Marrero.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/330745.

2. *Varias son las cláusulas objeto del presente litigio, cuya nulidad debe examinarse [...] Cláusula art. 2.4. Ley aplicable y jurisdicción: «Salvo por disposición en contrario del Convenio o la legislación aplicable, el contrato de transporte con nosotros, los Términos y Condiciones de Transporte y nuestros Reglamentos se regirán e interpretarán de conformidad con la legislación de Irlanda. Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los tribunales irlandeses». Considera la demandada que nos encontramos ante una cláusula nula por contravenir lo dispuesto en el art 90.2 y 3 TRLGDCU. [...]. El Ministerio Fiscal también sostuvo la nulidad de esta cláusula, por ser una contratación «on line» en la que [...] no consta que haya tenido la opción de elegir entre la aplicación de la legislación del transportista o la suya.*

[...] Ryanair señaló que la normativa comunitaria en materia de derecho aplicable prevé expresamente la opción de que el contrato de transporte de pasajeros se someta al derecho de la residencia habitual del transportista [...]. [...] que aunque el art. 6 RRI

establece la regla general de aplicación de la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, en el art. 5.2 se posibilita [...] elegir la ley aplicable [...] del país donde el transportista tenga su residencia habitual. [...] en virtud del principio de primacía del derecho Comunitario sobre el español debe admitirse la cláusula prevista, sin que sea aplicable el art. 90 [...].

A efectos de resolver [...], es necesario recordar que nos encontramos en materia de consumidores. Dice la jurisprudencia comunitaria que por esta situación de inferioridad se establece el arts. 3 y 5 de la Directiva [...] y en consonancia [...] el considerando 20.º [...]. [...] para apreciar el carácter abusivo, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios [...] y todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas [...], o de otro contrato del que dependa (art. 4). [...] para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos [...].

Las cláusulas controvertidas [...] son nulas, en la medida que causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes [...]. [...] en el Anexo de la Directiva, letra q) se recoge como cláusula abusiva aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor [...].

No cabe sostener [...] que el consumidor dispone de información para conocer el contenido de la cláusula antes de la contratación. [...] no se ha justificado por la demandada que el tiempo de reserva sea suficiente para leer las condiciones. [...] si no se dispone de esa información, no puede admitirse que haya habido «pacto» [...].

[...] debemos sostener, en primer lugar que la Directiva [...] no permite [...] incluir en su clausulado general que la ley y jurisdicción aplicable sea la irlandesa cuando el domicilio habitual del consumidor radica en lugar diferente. Y en el caso de España, el art. 90 [...] viene a sostener que estas cláusulas son nulas por abusivas, precepto que es el aplicable al caso [...], en la medida que se trata de un consumidor residente en España [...] y es [...] donde emite su declaración negocial [...] y donde se desarrolla la actividad de la demandada [...]. En consecuencia, [...] debemos declarar la nulidad de la cláusula [...].

Nota. 1. La Sentencia analizada da cuenta de la existencia de cuestiones aún pendientes por resolver respecto de los contratos internacionales de consumo en Europa desde la perspectiva del DIPr. Esta resolución aborda la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las cláusulas de elección de jurisdicción y ley aplicable —entre otras— incorporadas de manera generalizada en las condiciones generales en los contratos de Ryanair. Esta resolución establece el carácter abusivo —y por consiguiente su nulidad— de ciertas condiciones generales utilizadas por la compañía aérea, entre ellas las relativas a la ley aplicable y la jurisdicción, ordenando la eliminación de las mismas del clausulado. Para ello el juzgador se apoya en lo dispuesto en el art. 90 del TRLGDCU, como norma de transposición de la Directiva 93/13, pese a que en la lista —enumerativa no exhaustiva— que este instrumento da de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas no se incluyen las relativas a la jurisdicción y ley aplicable.

Lo primero que llama la atención de esta resolución es la articulación jurídica que realiza el tribunal para llegar al resultado final: la nulidad de las cláusulas controvertidas. El juzgador parte de la prevalencia general de una norma nacional —si bien de transposición de una Directiva—, el art. 90 del TRLGDCU, sobre las normas de DIPr de la Unión recogidas en los Reglamentos Bruselas I y Roma I, cuya aplicación queda fuera de toda duda con independencia de la declaración de abusividad de las cláusulas.

2. Dentro de la UE la eficacia de este tipo de cláusulas en los contratos internacionales de consumo viene determinada por las normas contenidas en el RBI y el RRI (art. 17 del RBI para las cláusulas de jurisdicción y el art. 6 del RRI para las de elección de ley aplicable). Cuestión distinta es la determinación de la efectiva incorporación de las mismas en el clausulado contractual, lo que será resuelto en función del Derecho aplicable al contrato. Si la ley aplicable determina que no está incorporada dicha cláusula al contrato, la falta de eficacia vendría determinada por esta razón con independencia de que pudiera ser eventualmente declarada abusiva (MIGUEL ASENSIO, P. A. de, «Eficacia de las cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable en los contratos internacionales de consumo», entrada de 14 de noviembre de 2013, <http://pedrodelasensio.blogspot.com.es>).

En lo que respecta a la concreción de la competencia en esta materia, al margen de cualquier posible declaración de abusividad de la cláusula de elección de foro incorporada a favor de los tribunales del domicilio de la empresa, los arts. 15 a 17 del RBI establecen que el consumidor podrá demandar ante los tribunales de su propio domicilio y sólo podrá ser demandado por el empresario en ese mismo foro. Este régimen protector se hace más evidente en el RBI *bis* pues los artículos correlativos en este texto (arts. 17 a 19) serán de aplicación incluso a los demandados domiciliados en terceros Estados (AÑOEROS TERRADAS, B., «Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados», *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285-306). Es el propio Reglamento el que directamente regula los límites a la eficacia de esos acuerdos. Consecuentemente, los acuerdos de jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales del domicilio del empresario no pueden prevalecer sobre las disposiciones del Reglamento. Ahora bien, en este caso, además de la solicitud de la declaración de abusividad de ciertas cláusulas, se ejercita una acción de cesación sobre estas concretas condiciones generales, y en este aspecto la fundamentación como abusivas de este tipo de cláusulas para su eliminación podría plantearse ante los tribunales españoles con base en el art. 90 del TRLGDCU como norma de transposición de la Directiva (a los efectos del art. 67 del RBI/RBI *bis*).

En cuanto a la cuestión del Derecho aplicable, el art. 6 del RRI —igualmente con independencia de cualquier posible declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de elección de la ley del Estado del domicilio de la empresa— asegura que el consumidor no quede en ningún caso privado de la protección que las normas imperativas de la ley del Estado de residencia le proporcionan. Esto conduce a que la efectividad de la elección del Derecho del Estado de domicilio del empresario dependerá de que ésta resulte más tuitiva para el consumidor que la ley de su residencia habitual.

En definitiva, en el contexto europeo la incorporación de este tipo de cláusulas en los contratos internacionales de consumo no está prohibida en general, ni tampoco en el caso analizado, sin que necesariamente deban declararse nulas por abusivas a la luz del art. 90 del TRLGDCU. En todo caso, la eficacia de estas cláusulas dentro de la UE vendrá determinada por los límites señalados en los arts. 15 a 17 del RBI y 6 del RRI.

3. Por otro lado, se está ante un contrato de transporte de pasajeros, respecto del cual el RRI prescribe un régimen específico contenido en el art. 5.2 que se traduce en limitar las leyes que pueden ser elegidas por las partes, entre la que se encuentra la de residencia habitual del transportista. Desde esta perspectiva se ha planteado que la declaración de abusividad de las cláusulas debería de haberse realizado a la luz del Derecho irlandés como *lex contractus* (ORÓ MARTÍNEZ, C., «Unfair Terms in Low-Cost Airline Contracts: A Spanish Court Takes a Bold Step», entrada de 21 de noviembre de 2013, <http://conflictoflaws.net>). No obstante, al no haber sido negociada individual-

mente la cláusula se considera abusiva (art. 3 de la Directiva), por lo que de conformidad con el 5.2 del RRI la ley aplicable en defecto de elección sería la española (residencia habitual del pasajero al coincidir con el lugar de origen). En cualquier caso, el régimen del art. 5.2 puede suponer para el consumidor un nivel de protección menor que el que resulta del art. 6 del RRI —en particular si la cláusula de ley fue negociada y por tanto válida—. En tales circunstancias, cabría plantearse si estaría justificada la posible aplicación de la ley del foro (en este caso, el art. 90 del TRLGDCU) a través del recurso a las leyes policía (art. 9.2 del RRI), teniendo en cuenta que el contrato se rige por la ley de otro Estado miembro y respecto de una materia armonizada a través de una Directiva [la cuestión de los límites de las normas imperativas del foro en materias armonizadas ya se abordó en la STJUE de 17 de octubre de 2013 (*REDI*, 2014-10-Pr)]; en la que se reitera la necesaria interpretación estricta de la excepción y que tal calificación debe hacerse caso por caso. Ahora bien, cuestión distinta sería que se tratara de un supuesto en el que la ley elegida fuera la de un Estado no miembro, en ese caso podría plantearse si una norma como la del art. 90.3 del TRLGDCU debería prevalecer sobre el art. 6 del RRI —o el art. 5.2 del RRI— en atención a la interacción entre los arts. 6.2 de la Directiva y 23 del RRI.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

3.2. Cooperación en materia de protección de menores y tutela judicial efectiva

2014-14-Pr

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—Guarda y custodia de menores.—Amparo: derecho a la tutela judicial efectiva.—Interés superior del menor.

Preceptos aplicados: arts. 24 y 39 de la Constitución española y arts. 8, 10, 11 y 15 del Reglamento 2201/2003.

STC de 3 de junio de 2013. Ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez.

F.: BOE, 2 de julio de 2013, núm. 157.

5. [...] no se aprecia la vulneración del derecho fundamental que se denuncia por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y una fundamentación en Derecho, sin que se aprecie vicio de arbitrariedad, motivación irrazonable o error patente. La Sentencia fundamenta la competencia del tribunal español en la necesidad, lo que conecta con el concepto de foro de necesidad, conocido en Derecho, que vincula con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y con los derechos de la menor y del padre. El criterio de necesidad sustenta la competencia al objeto de garantizar el acceso a la jurisdicción de la pretensión procesal de establecimiento de un régimen de relaciones paternofiliales, evitando un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo; [...]

Este Tribunal constata que la invocación de la necesidad en el caso responde a las exigencias constitucionales del sistema de competencia judicial internacional, en cuanto

asegura una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia, sin exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva que llevaría a su rechazo por exorbitante. A mayor abundamiento, hay que subrayar que, a diferencia de lo que en principio presupone el foro de necesidad, en el caso de autos la invocación de la necesidad como criterio de competencia no viene acompañada por la previa constatación de inexistencia de otro foro que atribuya competencia judicial internacional a los tribunales españoles, sobre cuya concurrencia la Audiencia Provincial no se pronuncia. En este sentido, la cuestión se reduce al acierto en la selección, interpretación y aplicación del foro de competencia por el órgano judicial.

6. *Abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor [...] En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apelación belga, haciéndola nuestra. Con la misma lógica, al fundamentar la competencia del Tribunal español en la necesidad la Sentencia exterioriza un criterio jurídico ajeno a la cuestión que está en el origen de la incompatibilidad de resoluciones judiciales, esto es, la consideración del traslado de la menor como lícito o ilícito, y los foros de competencia deudores de ese presupuesto.*

[...] el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucionalmente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio.

Nota. 1. Llegó en amparo al Tribunal Constitucional un asunto que fue objeto de atención en esta *Revista*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de febrero de 2011 (nota de GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *REDI*, 2012-12-Pr, pp. 210 y ss). Se trataba de una disputa entre el padre, con domicilio en Bélgica, y la madre, ahora domiciliada en España, respecto de los derechos de custodia y visita sobre la hija. Es probable que el desplazamiento de la menor a España con su madre constituyera una sustracción internacional, pero el juzgado no lo consideró así cuando recibió el correspondiente requerimiento de restitución de las autoridades belgas. En consecuencia asumió la competencia judicial internacional (CJI) sobre la menor y confirió la custodia exclusiva a la madre. Por su parte el padre, que había impugnado dicha CJI, notificada la resolución española a las autoridades belgas, inició un procedimiento ante los tribunales belgas de conformidad con el art. 11.3 del Reglamento 2201/2003 (RBII *bis*). El juez belga confirió la custodia exclusiva al padre y ordenó la restitución de la menor a Bélgica. El proceso sobre la custodia continuó en segunda instancia en ambos países. El tribunal belga, aun cuando confirmó el secuestro y la CJI de los tribunales belgas, modificó la custodia, confiriéndola a la madre y garantizando un derecho de visita para el padre. Además este tribunal consideró conveniente que las disputas se trasladaran a los tribunales españoles en virtud del art. 15 del RBII *bis*. Por su parte el padre solicitó a la Audiencia que declarara la incompetencia de los tribunales españoles y, de no hacerlo, revisara sus derechos de visita. La Audiencia reiteró la CJI de los tribunales españoles invocando «necesidad» y amplió los derechos de visita del padre. Para la Audiencia, el hecho de que el tribunal belga hubiera conferido la custodia a la madre era garantía de que el interés del menor estaba realmente protegido en el caso.

2. El padre interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) por vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) al considerar que este derecho no fue convenientemente protegido cuando la Audiencia ratificó su CJI sin especificar en qué norma se amparaba para ello. La respuesta del TC es clara: no se ha producido vulneración de dicho derecho porque el tribunal fundamenta su competencia en un foro de CJI que responde a las exigencias constitucionales (FJ 5.º). Además, para el TC la adecuación constitucional de la motivación se refuerza desde la perspectiva del interés superior del menor (FJ 6.º).

3. La sentencia ofrece algunos elementos de gran relevancia desde el punto de vista del derecho procesal civil internacional, *v. gr.* la confirmación de la compatibilidad del foro de necesidad con las exigencias constitucionales a la tutela judicial efectiva y una cierta delimitación de las condiciones para que pueda verificarse aquella. Para valorar la adecuación constitucional del foro de necesidad, esto es, el que confiere la CJI a los tribunales españoles cuando de otro modo carecerían de ella, el TC recuerda las líneas básicas de su jurisprudencia en esta materia: la compatibilidad constitucional de un foro de CJI existe cuando el foro permite «una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia, sin exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva que llevaría a su rechazo por exorbitante» (FJ 3.º). Como en el caso del foro de necesidad estos elementos pueden verificarse, es constitucionalmente admisible como solución de CJI. Así pues, el TC confirma una posición que ya había sido adelantada por alguna doctrina (VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2007, p. 76). El TC llega incluso más lejos al indicar que existe una suerte de obligación constitucional de abrir el foro para evitar «un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo» (FJ 5.º).

Junto a esta afirmación el TC incluye otras consideraciones relevantes para el encuadre constitucional del foro de necesidad. Tradicionalmente se ha entendido que dicho foro podía abrirse confiriendo la CJI a los tribunales españoles si no existe otra jurisdicción a la que acudir o si, existiendo, supone un coste excesivo o irrazonable para el demandante. El TC recuerda que es preciso constatar la ausencia de competencia del tribunal español para conocer del caso, lo que no se hizo en el asunto litigioso, pero que no es objeto de control por el TC al tratarse de cuestión de legalidad ordinaria. Más llamativo es el silencio del TC sobre el segundo elemento, esto es, la existencia de otro foro (irrazonable o no para el demandante) en el que litigar el asunto. Si, como a todas luces parece, se trataba de un supuesto de sustracción internacional por la madre desde Bélgica a España —países entre los que existe un sistema de cooperación judicial más que reforzada en materia civil y en particular para resolver supuestos de esta naturaleza (conforme a las reglas del Convenio de La Haya de 1980 —CH1980— y del RBII *bis*)—, ignorar la existencia del foro de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al desplazamiento resulta sorprendente.

La explicación puede encontrarse en un tercer elemento que el TC incluye para valorar la razonabilidad constitucional del foro de necesidad: el interés superior del menor. En efecto, el TC considera esencial «en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor» (FJ 6.º). En otros términos, el análisis del foro de necesidad cuando se trata de litigios relativos a menores debe incluir también este elemento, lo que puede suscitar dudas respecto de su alcance si consideramos que se trata de un principio indeterminado que debe concretarse a la luz de las específicas circunstancias de cada caso. Ello puede ser especialmente sensible en supuestos como los de sustracción de menores, por lo que procede ahondar en las consideraciones que hace el TC sobre este punto.

4. El interés superior del menor en el caso de sustracción internacional de menores es un tema en permanente cuestión aunque existan algunos puntos de acuerdo fundamentales, el primero de ellos que el menor no debe ser «moneda de disputa» entre los progenitores y que, por ello, su interés está en ser inmediatamente restituido al lugar donde tenía su residencia habitual antes de ser secuestrado. La existencia de las normas antes citadas, además de garantizar la restitución, tendría una finalidad preventiva indicando al secuestrador que su actividad no le generará beneficio procesal alguno pues deberá restituir al menor en todo caso. De igual modo las normas que regulan el procedimiento de restitución consideran que en determinadas circunstancias el interés del menor puede no responder a esta idea y por ello incluyen algunas excepciones a la restitución (por ejemplo el art. 13 del CH 1980). En ningún caso el análisis de estas excepciones debe conducir a que la restitución se convierta en un proceso sobre la custodia.

¿Cuestiona la sentencia del TC estos elementos? Claramente, no. El TC no ampara con carácter general la posición del progenitor cuidador del menor que se desplaza a España, ni justifica que un tribunal español deba asumir entonces la CJI en virtud del foro de necesidad. Lo que establece el TC es que, *en las concretas circunstancias del caso*, cuando los sistemas judiciales español y belga han coincidido en que la jurisdicción que está en mejor situación para decidir sobre la menor es la española y en que la menor debe estar bajo la custodia de la madre, el interés superior de la menor está en respetar la estabilidad de la situación alcanzada. Y ello no implica desconocer la realidad del secuestro y de la normativa existente sobre la materia sino dar prioridad a otro criterio jurídico «ajeno a [...] la consideración del traslado de la menor como lícito o ilícito, y los foros de competencia deudores de ese supuesto» (FJ 6.º). En otros términos, una posición del TC apegada a la letra de la ley habría perjudicado la actual situación estable de la menor. Ahora bien, ello no debe inducir al error de interpretar que el TC está alterando los fundamentos en materia de restitución de menores. Lo que sí señala es que existen elementos adicionales a la hora de valorar las excepciones al normal funcionamiento de la regla.

Elena RODRÍGUEZ PINEAU
Universidad Autónoma de Madrid

4. PRÁCTICA ESPAÑOLA: DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

4.1. Donaciones de inmuebles

2014-15-Pr

DONACIÓN.—Donación de inmueble sito en España.—Validez formal.—Normas imperativas.—Calificación del negocio: ¿donación, pacto sucesorio?.—Calificación del problema: ¿cuestión real, cuestión obligacional o sucesoria?

Preceptos aplicados: art. 11.5 del Reglamento 593/2008 (Roma I).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4.ª), núm. 6/2013, de 15 de enero de 2013. Ponente: María de la Paz Pérez Villalba.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/159109.

Centrados en el anterior fundamento jurídico los términos del recurso de apelación, el mismo debe ser desestimado, pues aún cuando esta Sala no comparte del todo el argumento expuesto por el Juez a quo sobre la aplicación en el conflicto internacional privado planteado en autos del derecho español aludiendo a cuestiones de orden público, es lo cierto que lo fundamental en el supuesto enjuiciado y como bien motiva el Juez a quo es que el acto privado otorgado en Finlandia es un contrato relativo a un inmueble sito en España y en virtud del cual se transmite su propiedad por mucho que sea por acto de liberalidad de la demandada a tres de sus hijos y ello así, y aún cuando con la legislación Finlandesa los anticipos de herencias, no permitidos en nuestro Código Civil, son donaciones y a las donaciones cuando exista un elemento de extranjería, deba aplicarse la legislación personal de la donante, en el supuesto enjuiciado para apreciar la validez formal del contrato privado de 23 de julio de del 2010, habrá de estarse a la legislación española precisamente porque el inmueble está en España y se dispone sobre su propiedad en dicho acto y ello por cuanto existe una norma de remisión expresa a la legislación del lugar en que se encuentre el inmueble del que se dispone, en el denominado Reglamento de Roma I, en concreto en el Reglamento de la CE núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, aplicable directamente a España y Finlandia al ser ambos países, miembros de la Unión Europea. Aplicándose dicho Reglamento desde de diciembre de 2009, esto es, con anterioridad a la fecha de celebración del contrato objeto de autos, Reglamento de Roma que precisamente tiene por finalidad armonizar las distintas legislaciones nacionales al objeto de desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, estableciendo claramente el artículo 11 de dicho Reglamento en cuanto a la validez formal de los contratos, en concreto su punto 5 que todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando en virtud de dicha ley la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato y dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo, y siendo así que con arreglo al Código Civil español la forma de escritura pública en la donación de inmuebles es constitutiva, ex artículo 633 sin que quepa pacto en contrario, la consecuencia es que no pueda darse amparo a la pretensión de la demanda, pues insistimos con el anticipo de herencia, que efectivamente equivale a una donación, se está transmitiendo la titularidad de un inmueble que precisamente por estar radicado en España requiere con carácter constitutivo para su validez en España escritura pública.

Nota. 1. La resolución sirve de ejemplo para recordarnos cuán importante es la calificación en Derecho internacional privado y, en particular, en el proceso de determinación de la ley aplicable. La afirmación es más cierta si cabe en un sistema como el nuestro, conformado por normas provenientes de origen diverso cuya aplicación no puede ser debida a una simple calificación *ex lege fori*. Pienso, claro está, en las normas de Derecho de la UE. Debe añadirse que el ámbito en el que se presenta el problema calificadorio que pretende resolver la AP de Gran Canaria es, por otra parte, terreno abonado para subrayar la relevancia de la labor calificadoria en supuestos internacionales. En efecto, el litigio nace de una donación de una tercera parte de un inmueble situado en España efectuada por una mujer a favor de sus tres hijos. La donación se realizaba en escritura privada en concepto de entrega de herencia anticipada, en previsión de la regulación presente en el Derecho finlandés puesto que todos los intervinientes en el contrato de donación poseen la nacionalidad finlandesa y cabe presumir que es allí donde residen, aunque no hay constancia de este dato. Como se habrá advertido ya, el problema reside en que en el CC estatal se exige que la donación

de bienes inmuebles se formalice en escritura pública de lo contrario el negocio es inexistente, al tratarse de un requisito de forma constitutivo. Por ello, dos de los hijos demandan a la madre reclamando que «se declare la obligación de la demandada y se le condene a otorgar ante Notario público escritura pública de donación en relación al inmueble sito en España». Aparentemente la cuestión objeto del litigio se reduce a saber si debe aplicarse el CC estatal a la forma del contrato de donación de bien inmueble. No obstante, es preciso saber qué norma de conflicto debe aplicarse, dado que en función de la norma de conflicto que corresponda aplicar la designación puede llevar bien al Derecho español estatal, bien al Derecho finlandés que, si atendemos a las alegaciones de los demandantes, no impone una formalidad específica a las donaciones para que tengan validez. El abanico de posibilidades que, de un modo u otro, se barajan en la sentencia de la AP es realmente amplio, si tenemos presente no sólo las que tiene en cuenta la propia AP sino también aquellas que ha contemplado el Juzgado de Primera Instancia, de las que da cuenta la AP. Todo ello sin valorar otras posibilidades que, a mi juicio, debían haberse considerado. En efecto, la aplicación del art. 633 del CC —precepto que recoge la exigencia constitutiva anteriormente referida—, ¿proviene de la aplicación del art. 11.2 del CC en relación con el art. 10.1 del CC, tal y como mantiene el Juzgado de Primera Instancia? O, por el contrario, ¿proviene de la aplicación del art. 11.5 del Reglamento 593/2008 (Roma I)? O bien, ¿no cabe la aplicación del art. 633 del CC puesto que el precepto que corresponde aplicar para determinar la ley aplicable es el art. 10.7 del CC que nos remite a la ley finlandesa, lo mismo que el art. 11.2 del CC? O, por fin, ¿no se trata de un pacto sucesorio cuya forma debía quedar regida por el art. 11.2 del CC o acaso tenía que aplicarse el art. 1.e) del Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias? En definitiva, se trata de un problema de calificación cuya resolución no es fácil puesto que la norma de conflicto aplicable para determinar la ley que rige la forma está íntimamente vinculada al negocio jurídico realizado. La cuestión clave es pues establecer ante qué negocio jurídico nos encontramos y fijar, en consecuencia, qué norma de conflicto debe aplicar el Juez español. La operación que debe llevarse a cabo no es en sí misma compleja, para ello simplemente hay que subsumir la relación jurídica que origina la controversia litigiosa en alguna de las categorías reguladas en el sistema español de Derecho internacional privado, en una comprensión global del mismo que integra tanto normas de conflicto internas, como convencionales, como de la UE. Sin embargo, hay diversos elementos que afean la nitidez de la operación calificatoria como son la dificultad para aprehender esta donación desde una perspectiva excesivamente vinculada a las nociones materiales del CC, o la eficacia traslativa atribuida a la escritura pública como requisito de forma inderogable.

2. La donación como anticipo de la herencia no es en absoluto una institución desconocida en el ordenamiento español. Todo lo contrario, se trata de una institución que o bien es prohibida o bien es admitida, pero no es ajena a los objetivos e intereses perseguidos por nuestros legisladores materiales al regular la sucesión. Debe añadirse además que el propio legislador estatal, uno de los legisladores que no atribuye un efecto sucesorio directo a las donaciones de bienes presentes, parece integrar este tipo de donaciones en un negocio jurídico claramente previsto en nuestro sistema conflictual. Se trata, en efecto, de los pactos sucesorios, contemplados en el art. 9.8 del CC. En ningún momento se plantea la posibilidad de que la donación en cuestión sea un pacto sucesorio, pese a que las partes apelantes han dejado bien claro que esta donación se realiza como anticipo de la herencia. Éste quizá es el principal reproche que se puede efectuar a la sentencia comentada. Puede discutirse si efectivamente se trata de un pacto sucesorio y para ello debería seguirse una calificación funcional,

no tanto porque se trate de una institución desconocida, como vimos, sino más bien para dilucidar si efectivamente se trata de un pacto sucesorio. La heterogeneidad que caracteriza la tipología de pactos sucesorios aconsejaría una aproximación funcional. No obstante, no se acaba de entender que la figura del pacto sucesorio no asomara en ninguna de las reflexiones adoptadas por la AP ni, por lo que parece, tampoco en la *ratio decidendi* de la sentencia apelada. Fijémonos por el momento en la opción planteada por la sentencia recurrida.

3. El Juzgado de Primera Instancia considera que la forma constitutiva exigida en la legislación española es una cuestión de «*ius cogens*, de orden público» (tal como pone de manifiesto el FJ Primero de la SAP GC), de tal modo que la ley española es aplicable conforme al art. 11.2 del CC en relación con el art. 10.1 del CC. Debe observarse que el art. 11.2 del CC establece que la ley aplicable a la forma será la que rijan el fondo del negocio jurídico siempre que se trate de una forma o solemnidad determinante para la validez del mismo de acuerdo con la ley aplicable al contenido. El precepto nos remitiría pues a la ley rectora del negocio jurídico en cuestión, esto es, a la ley designada por la norma de conflicto que regula el acto o contrato en cuestión. No obstante, se vincula el art. 11.2 del CC al art. 10.1 del CC, que es la norma de conflicto que determina la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes inmuebles. En otras palabras, no es una norma de conflicto que regule la ley aplicable a los actos y contratos. En este sentido, creo que lo que hubiera procedido es aislar la petición, que tiene un carácter obligacional, de lo que constituye el contenido jurídico-real que toda donación tiene. Se pide, en efecto, que se condene al cumplimiento de la obligación contraída y ello pasa por elevar a escritura pública la donación celebrada en su momento en Finlandia en contrato privado. Si la ley que rige el contenido de la donación no exige este requisito formal no puede cuestionarse su validez y eficacia entre las partes. Por consiguiente, sería lógico que se instara al cumplimiento del pacto celebrado. Cuestión distinta es el acceso al Registro de la Propiedad y el régimen de oponibilidad frente a terceros; punto, éste sí, que debe quedar sometido a la ley designada por la norma de conflicto que regula los derechos que se tienen sobre la cosa, el bien inmueble situado en España, en este caso. El contrato privado sería entonces perfectamente válido como título de legitimación (eficacia *ad probationem*). De esta manera, la inexistencia de escritura pública no afecta a la validez del pacto, pero condiciona su oponibilidad frente a terceros de buena fe respecto de bienes situados en España y, naturalmente, impide su acceso al Registro de la Propiedad. Por eso, nada impediría que, si así lo prevé la legislación rectora del fondo, se pudiera obtener una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de una obligación válidamente contraída, si realmente se trata de una obligación.

4. En realidad, el planteamiento obligacional es el que parece seguir la parte apelante, quien considera que la ley aplicable se determina en aplicación del art. 10.7 del CC, relativo a las donaciones, de modo que el art. 11.2 del CC no remite a la ley española, sino a la finlandesa, al ser ésta la que rige el fondo del negocio jurídico ya que la donante poseía nacionalidad finlandesa y ésta es la conexión retenida por el referido art. 10.7 del CC. Este planteamiento que pudiera parecer correcto supone cavar su propia tumba porque no pone el acento en lo que caracteriza a esta donación, que es que se realiza como un anticipo de herencia. En suma, que probablemente es un pacto sucesorio o que al menos hay argumentos para presentarlo como tal. Despojada la argumentación y la calificación de la parte apelante de toda consideración sucesoria, la donación objeto del litigio corre el peligro de caer bajo la órbita del Reglamento Roma I.

Ciertamente, la apreciación errónea de la parte apelante no vincula a los Tribunales y éstos resolverán «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes» (art. 218.1 de la LEC 1/2000). Por este motivo, la AP acude al Reglamento 593/2008 (Roma I), aunque sin justificar directamente su aplicación. En efecto, si se trata simplemente de una donación, la norma que corresponde aplicar es el Reglamento Roma I puesto que las donaciones quedarían integradas en su ámbito material de aplicación en la medida en que procedan de un contrato, haya aceptación por parte del donatario y no estén reguladas por el Derecho de familia (véase GIULIANO, M. y LAGARDE, P., «Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE* de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327; sobre este punto véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «El Derecho aplicable a las donaciones», *REDI*, 1997, 1, pp. 63-89, así como CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, 2009, núm. 2, pp. 320-327) y, dado que el contrato se celebró el 23 de julio de 2010, el supuesto caería también dentro del ámbito temporal de aplicación. No obstante, cabe discutir la calificación realizada en la sentencia. La donación efectuada, como anticipo de herencia, es un pacto sucesorio conocido en Derecho español. Como dijimos, la donación de bienes presentes con finalidad sucesoria no es ajena a algunos de los Derechos civiles españoles (el Derecho aragonés, catalán, mallorquín o navarro o el Fuero de Ayala o de Vizcaya, con diferentes matices; para un amplio y profundo análisis, véase RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, tesis inédita, Universidad de Santiago de Compostela, octubre de 2013). La conclusión no es definitiva y puede oponerse a tal calificación que el objeto de la donación sean bienes presentes y no futuros, de modo que la transmisión de los bienes no queda diferida al momento de la muerte del donante sino desde el momento del otorgamiento, con lo que no se trataría de un pacto sucesorio ni de una donación *mortis causa* (véase JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, p. 77). Posiblemente sea precisa una calificación funcional, atendiendo al contenido del Derecho finlandés que puede aventurarse que conoce el testamento mancomunado, desconoce el pacto sucesorio, pero prevé el anticipo de la herencia a los descendientes mediante donación de bienes presentes (<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1965/en19650040.pdf> traducción no oficial al inglés en documento aportado por el Ministerio de Justicia finlandés). Resulta difícil realizar una afirmación definitiva pero desde un punto de vista sistemático y funcional se trataría, cuando menos, de donaciones con finalidad sucesoria. Si esto es así, y siempre que la donación en particular sea considerada una obligación contractual, podría tratarse de obligaciones «que se deriven de testamentos y de sucesiones» y, por tanto, excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento conforme a lo dispuesto en el art. 1.2.c) *in fine*.

En cualquier caso, la aplicación del Reglamento Roma I por parte de la AP permite la aplicación del art. 633 del CC, al conjugar los requisitos exigidos por el art. 11.5 del Reglamento Roma I para que sea posible su aplicación, según la AP. No obstante, si, tal como se ha mantenido (JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, p. 86, en interpretación del Convenio de Roma de 1980) el art. 11.5 del Reglamento Roma I efectúa una remisión integral a la ley del país del lugar de situación del bien inmueble, comprendiendo también sus normas de conflicto, tendrá que tenerse en cuenta el art. 11.2 del CC, que vincula la exigencia de forma a la ley que rige el contenido de la donación, de manera que la aplicación del art. 633 del CC no es independiente de la ley rectora del contenido. No cabe duda que esta interpretación muestra el desajuste existente en el sistema autónomo español. No hay que olvidar que este mismo precepto, el art. 11.2 del CC, sería de aplicación si consideráramos que la donación efectuada es un pacto

sucesorio (véase RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *op. cit.*, recogiendo la doctrina civilista que se inclinaría por esta calificación en interpretación de determinados preceptos autonómicos), ya que el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias no comprende las sucesiones contractuales, puesto que no poseen el carácter esencialmente unilateral y revocable, véase BATIFFOL, H., «Rapport explicatif», *Conférence de La Haye de Droit International Privé. Actes et Documents*, IX, t. III, p. 168.

Albert FONT I SEGURA*
Universidad Pompeu Fabra

4.2. Sucesiones internacionales

2014-16-Pr

SUCESIÓN HEREDITARIA.—Ley aplicable.—Doble nacionalidad del causante.—Determinación de la ley sucesoria.—Determinación del caudal relicto.—Acción de declaración de dominio.—Aplicación de la *lex rei sitae*.

Preceptos aplicados: art. 9.8 y 9.9 del CC.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), núm. 27/2013, de 15 de enero. Ponente: Celso Joaquín Montenegro Vieitez.

F.: Aranzadi Westlaw, AC/642.

Bien es cierto que la ley personal del causante en este supuesto ha de ser la venezolana (artículo 9.9 del Código Civil). Eso resulta indiscutible e indiscutido. Sin embargo, la Sala no puede compartir el razonamiento de la Juzgadora que ha conocido del proceso a quo. Porque cuando el artículo 9.8 del Código Civil dispone que «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», entendemos que el precepto aquí, en el presente caso, afecta a lo que se refiere a la declaración de herederos —cuestión que, precisa y eficazmente, ya ha sido sustanciada y resuelta por las autoridades de la República de Venezuela—, pero no a la problemática de cuáles son los bienes integrantes del caudal relicto del causante, que es lo que aquí se suscita, la cual entendemos que se ha de regir por la ley española al tratarse de un pronunciamiento declarativo de dominio sobre una suma de dinero depositada en una cuenta corriente, al tiempo del fallecimiento del causante, de una entidad bancaria sita en territorio nacional español. Y en este concreto caso, como ya se expuso anteriormente, ni tan siquiera se discute que la cantidad de 40.000 euros transferida por el demandado el día 24 de abril de 2007 utilizando el documento obrante al folio 44, constituía numerario perteneciente al Sr. Gervasio, por lo que, integrando el patrimonio de éste, igualmente forma parte de su caudal hereditario relicto.

SÉPTIMO.—Resta, pues, resolver lo que es la parte sustancial de la controversia planteada, debiéndose recordar que tiene su origen en lo que no es sino una reclamación de cantidad formulada por las legítimas herederas del fallecido, aquí apelantes, contra

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2010-15162, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.

quien retiró los fondos del depósito bancario del que era titular el difunto D. Gervasio [...] Como viene exponiendo con reiteración el Tribunal Supremo —por ejemplo, sentencia de 24 de marzo de 1971— en el contrato de depósito la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de la persona que la pueda retirar. Y es evidente que dicha autorización no afecta a la propiedad exclusiva de quien se ha acreditado que es titular no sólo de la cuenta, sino también del numerario depositado, por lo que, tras su muerte, es llano que el depósito existente debía integrar su patrimonio relicto referido a sus herederos. Si D. Carmelo fue expresamente designado como autorizado para disponer en la cuenta NUM000 por parte de su sobrino, está claro que esa fue la voluntad del Sr. Gervasio, entendiéndose la Sala que nos encontramos en presencia de un mandato (artículo 1709 y siguientes del Código Civil) al haber aceptado su designación el demandado como lo demuestra su propia actuación puesta de manifiesto por la prueba (artículo 1710 del Código Civil). Ello implica que el demandado se hallaba autorizado en la cuenta bancaria, con facultades dispositivas, en tanto en cuanto se mantuviese la indicada autorización. Sin embargo, hemos de tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 1732.3.º del Código Civil cuando dispone que «El mandato se acaba: 3.º Por muerte, [...] del mandante [...]». Es evidente, pues, que en vida del mandante el demandado se hallaba legitimado para disponer del saldo en los términos de la autorización. Sin embargo, producido el óbito del Sr. Gervasio, el mandato había quedado extinguido conforme a lo dispuesto en el meritado precepto, de forma que el mandatario no podía suplir por su cuenta, ni sustituir, una voluntad que ya no podía conocerse por haber fallecido la persona a quien se atribuye. Por consiguiente, fallecido el autorizante D. Gervasio y extinguida su personalidad civil (artículo 32 del Código Civil), todos sus bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte pasan a constituir la herencia (artículo 659 del Código Civil), aun cuando ésta se halle yacente, no pudiendo entenderse subsistente la autorización efectuada en su día por el titular de la cuenta bancaria. Consecuentemente, se ha de concluir que con posterioridad al fallecimiento de D. Gervasio, por extinción del mandato, se ha de tener por inexistente la autorización.

Nota. 1. La sentencia que comentamos trata la cuestión de determinar si una cuantía de dinero, 40.000 euros, forma o no parte del caudal relicto de una sucesión internacional. En concreto, se trata de la sucesión de don Gervasio, causante de doble nacionalidad, española y venezolana, y con residencia habitual en Venezuela en el momento del fallecimiento. Las demandantes, cónyuge e hija del causante, solicitan al demandado, tío del causante, que reintegre la cantidad de 40.000 euros por pertenecer al caudal relicto del causante. Unos días más tarde al fallecimiento del causante, el demandado, en calidad de «simple recadero o mensajero» del causante retiró tal cantidad de dinero de una cuenta de depósito de titularidad del causante para transferirla a otra cuenta de la que era titular la madre del causante, quien también ya ha fallecido instituyendo como heredero testamentario al demandado. La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda, aplicando la ley venezolana a título de ley sucesoria y tras entender que no había contrato de mandato alguno entre el causante y el demandado. Las demandantes interponen recurso de apelación y la AP de Pontevedra dicta sentencia estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia.

Dos son las cuestiones que suscitan nuestro interés en esta sentencia. En primer lugar, la cuestión de la determinación de la ley aplicable a la sucesión del causante y, en segundo lugar, una cuestión de delimitación de los ámbitos de aplicación entre el estatuto sucesorio y el estatuto, probablemente, real.

2. A la hora de determinar la ley aplicable a la sucesión de don Gervasio se plantea qué ocurre en los casos en los que el causante en el momento del fallecimiento ostenta doble nacionalidad. En el caso, el causante tiene nacionalidad española y venezolana y a falta de una solución específica en el art. 9.8 del CC, se acude al art. 9.9 del CC que arbitra soluciones para las situaciones de doble nacionalidad. El art. 9.9 del CC distingue entre los casos de doble nacionalidad previstos por las leyes y las situaciones denominadas «patológicas» de doble nacionalidad (VIRGÓS SORIANO, M., «Art. 9.9. CC», *Comentarios del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 98-101, esp. pp. 98 y 99). En este caso estamos ante un supuesto de doble nacionalidad previsto por las leyes; en la sentencia no se dan datos sobre la forma en que se adquirió la nacionalidad venezolana, pero Venezuela es uno de los países iberoamericanos que gozan del estatus especial recogido en el art. 11.3 de la CE, que admite la denominada doble nacionalidad automática (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y RODRÍGUEZ MATEOS, P., «Art. 9.9 CC», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392-428, esp. p. 409). Se debe acudir entonces al primer apartado del art. 9.9 del CC que dispone que «respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida». A falta de tratado internacional al respecto con Venezuela hay que acudir al criterio de la residencia habitual coincidente con una de las nacionalidades, que en el caso concurre y determina la preferencia por la nacionalidad venezolana frente a la española. En la sentencia es, por tanto, indiscutido que la ley sucesoria es la correspondiente a la nacionalidad venezolana del causante, cuestión en la que están de acuerdo tanto el tribunal de instancia, como la propia AP.

3. La segunda cuestión que sugiere nuestra atención la genera la propia AP que con su punto de vista suscita un problema de delimitación de ámbitos de aplicación entre dos estatutos. En concreto, la AP discrepa en que se tenga que aplicar en este caso la ley sucesoria a la cuestión de cuáles son los bienes de la herencia, en cuanto que el problema se centra en un pronunciamiento declarativo de dominio sobre los 40.000 euros; entiende el tribunal que ha de seguirse el criterio de la *lex rei sitae* y aplicarse la ley española por tratarse de una suma de dinero depositada en una cuenta corriente de una entidad bancaria sita en territorio español. En aplicación de la ley española el tribunal califica la relación jurídica entre el causante y el demandado como un contrato de mandato, y en aplicación del art. 1.710 del CC entiende que el contrato se extinguió con el fallecimiento del mandante y que, por tanto, el demandado no tenía autorización alguna para realizar movimientos sobre esos 40.000 euros.

Sobre este particular no estamos de acuerdo en la forma de proceder de la AP de Pontevedra. En primer lugar, hay un momento en el que la Audiencia afirma que no se aplica la ley sucesoria a la problemática de cuáles son los bienes integrantes del caudal relicto del causante. La cuestión no es exactamente ésta, sino la de determinar si una cantidad de dinero era titularidad del causante y, por tanto, si formaba parte del caudal relicto. Es decir, a la cuestión de cuáles son los bienes integrantes del caudal hereditario se le aplica la ley sucesoria; y cosa distinta es que haya duda sobre la titularidad por parte del causante de alguno de los bienes. En este caso, sí podría tratarse de un pronunciamiento declarativo de dominio, al que se le aplica el estatuto real, esto es, la *lex rei sitae*. En segundo lugar, hay un momento en el que la Audiencia afirma que no se discute que los 40.000 euros eran propiedad del causante y que como parte del patrimonio de éste, también forman parte de su caudal hereditario. Sobre este aspecto debemos

puntualizar que en la sentencia se pasa por alto el dato de que en el momento del fallecimiento del causante los 40.000 euros no habían sido objeto de transferencia alguna y constaban en una cuenta de depósito de titularidad del causante. En este sentido, lo correcto hubiera sido consultar la ley sucesoria, en orden a comprobar en qué momento se determina cuál es el caudal hereditario; pues generalmente la herencia se compone por los bienes, derechos y obligaciones que ostente el causante en el momento de su fallecimiento y que no se extingan por esta causa. En el momento del fallecimiento aún no se había realizado transferencia alguna de los 40.000 euros (sin entrar ya a valorar si el demandado tenía o no la competencia para ello), por lo que en ese momento formaban parte del patrimonio del causante y, por tanto posiblemente, del caudal hereditario.

Por último, debemos hacer referencia al aspecto negocial; tanto en la sentencia de instancia como en la apelación el resultado depende de la calificación de la relación que mediaba entre el causante y el demandado; mientras que la sentencia de instancia niega la existencia de un contrato de mandato, la sentencia de la Audiencia lo afirma. A nuestro juicio la AP debería haber tenido en cuenta aquí dos cuestiones: por un lado, dado que en el momento del fallecimiento no se había realizado movimiento alguno de los 40.000 euros, no se puede pasar por alto el hecho del fallecimiento y, por tanto, habría que consultar la ley sucesoria en orden de determinar cómo una tercera persona puede hacer movimientos sobre bienes que ya son parte de una herencia yacente. Por otro lado, habría que tener en cuenta también qué dice la ley aplicable al contrato existente entre el causante y el demandado. La AP entiende que hay un contrato de mandato, pero le aplica la ley española a título de *lex rei sitae*. Con independencia de que posiblemente fuera igualmente aplicable la ley española, a título de ley de la residencia habitual del mandatario, la AP al entender que la cuestión clave estaba en la relación negocial entre el causante y el demandado debería haber planteado la cuestión precisamente desde la perspectiva negocial, es decir, planteándose cuál es la ley aplicable al contrato de mandato.

4. La presente sentencia, en definitiva, presenta interés por plantear una cuestión de doble nacionalidad a la hora de determinar la ley aplicable a una sucesión y un problema de delimitación entre el estatuto sucesorio y el estatuto real. Si bien la primera cuestión se sustancia sin problema alguno, en lo que respecta a la segunda no estamos de acuerdo en la forma de proceder de la AP. A este respecto no sólo hay falta de claridad en la propia línea argumental del Tribunal, sino que además entendemos que la cuestión debería haberse abordado teniendo en cuenta fundamentalmente la ley sucesoria sin omitir la ley aplicable al contrato de mandato.

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ *
Universidad de Santiago de Compostela

4.3. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado

2014-17-Pr

SUCESIONES.—Ley aplicable.—Adquisición de la vecindad civil.—Conflicto móvil—Convalidación de testamentos nulos.

Preceptos aplicados: arts. 16 y 9.8 del CC y Ley 16 del Fuero Nuevo de Navarra.

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2010-15162, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a), núm. 54/2013, de 8 de abril. Ponente: José Franciso Cobo Saenz.

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2013/176532.

[...] En el presente litigio, se cuestiona de modo fundamental, por D.^a Nuria (la mayor de las cuatro hijas del matrimonio formado D. Faustino y D.^a Remedios —matrimonio celebrado el 27 de septiembre de 1958 en Azcoitia—, y del que nacieron además D.^a Nuria —el NUM010 de 1959—, Matilde —el NUM011 de 1962—, Ana —el NUM012 de 1963— y Socorro —el NUM013 de 1967— la validez del testamento otorgado por D.^a Remedios, con fecha 1 de febrero de 1989 ante el notario que fue de esta ciudad D. Alberto, quien intervino como testigo en este proceso durante el acto de juicio celebrado en la instancia el 9 de noviembre de 2010 —véase dicho testamento a los folios 75 a 79 de las actuaciones—. En dicho testamento, vigente al tiempo de su fallecimiento, D.^a Remedios, dejaba a sus cuatro hijas la Legítima Foral Navarra, e instituía herederas en todos sus bienes y por partes iguales a las hijas: Matilde, Ana y Socorro. La razón para impugnar la validez del testamento, radica entre otras consideraciones en la fundamental de que la vecindad civil de la finada D.^a Remedios, no fue en ningún momento de su vida la Navarra.

En las respectivas contestaciones a la demanda, presentadas separadamente y por orden cronológico por las hermanas de la demandante: D.^a Ana; D.^a Matilde y D.^a Socorro. Se mantuvo, que la vecindad civil de D.^a Remedios, era la Navarra, es decir ostentaba la condición civil foral de Navarra, bien lo fuera de modo originario o bien la hubiera adquirido con posterioridad. Por ello, el testamento otorgado el 1 de febrero de 1989, es perfectamente válido.

[...] Por tanto, dada esa residencia continuada durante el citado periodo de tiempo, sin declaración expresa en contrario, de ello se concluye que, por la aplicación del citado artículo, adquirió la Sra. Jacinta la vecindad navarra, de modo que al tiempo de fallecer ostentaba tal vecindad. De ello se deriva que, ostentando la vecindad civil navarra, la sucesión de la Sra. Jacinta se rige por la Compilación Foral de Navarra, conforme establece al respecto en la Ley 148. Sentado lo anterior, siendo la Sra. Jacinta navarra al tiempo de fallecer y rigiéndose, por tanto, sus disposiciones testamentarias por el Fuero de Navarra, de ello se concluye que, aún cuando al otorgar el testamento no ostentase la vecindad civil navarra, lo que hubiere podido determinar la ineficacia de su disposición de nombrar al demandado heredero de confianza, sin embargo, ostentando ya esa vecindad civil foral al fallecer, aquella deficiencia quedó subsanada, al ser acorde a lo establecido en el Fuero Nuevo de Navarra tal nombramiento de heredero de confianza [...].

Nota. 1. La Sentencia de la Audiencia de Navarra que nos ocupa versa sobre la validez de un testamento otorgado en Pamplona conforme al Derecho foral de Navarra en el que se deshereda a una de las cuatro hijas de la causante e instituye herederas en todos sus bienes a partes iguales a las otras tres, a salvo de la legítima foral de Navarra. La actora, la desheredada, impugna la validez del testamento arguyendo que la vecindad civil de su madre nunca fue la navarra sino la vecindad civil común a razón de nacimiento, o a lo sumo la vizcaína por haber residido durante diez años sin declaración en contrario en Getxo. De esta forma, como consecuencia de la nulidad del testamento reivindica la declaración de herederos *ab intestato* y un reparto de la herencia a partes iguales; o en caso de no considerarse totalmente nulo el testamento, la cuarta parte de la legítima colectiva —constituida por 4/5 de la masa hereditaria— en virtud del Derecho civil foral de Vizcaya aplicable a la sucesión de la causante en tanto no existe apartamiento expreso, amén del cuarto quinto de libre disposición. En defecto de lo

anterior, y para el caso de que se considerase que el Derecho aplicable es el civil común reclama su derecho a la cuarta parte de la legítima estricta, el tercio de mejora y el tercio de libre disposición. Por el contrario, las hermanas mantienen que la vecindad civil de la causante era la navarra —ya sea por residencia o por nacimiento— y que consecuentemente el contenido del testamento de su madre es completamente válido.

De los hechos relatados se derivan tres cuestiones a dilucidar: la vecindad civil de la causante al tiempo de otorgar testamento, la posibilidad de que hubiera cambiado de vecindad civil al momento de su fallecimiento y, ligada a las otras dos, qué ley va a regir finalmente las legítimas y la potencial desheredación de la demandante.

2. Con carácter fundamental, el contenido de la resolución de la Audiencia de Navarra gira principalmente en torno a la concreción de la vecindad civil de la causante. Ninguna de las partes parece tener del todo claro cuál era su vecindad civil y van dando pistas contradictorias que llevan al Juez de Primera Instancia a concluir con escasa fundamentación que la vecindad civil de la causante era la navarra, al menos al tiempo del otorgamiento, sin llegar a plantearse la existencia de un potencial conflicto móvil. Las dificultades derivan de la poca claridad que presentan los datos fácticos presentados por ambas partes y que nos deben ayudar a determinar la residencia habitual de la causante, ya sea en Pamplona, ya sea en Getxo. Como es sabido, la residencia habitual es un término independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional», *REDI*, 1981, 1, pp. 141 y ss.) que se adquiere por filiación, por opción o por residencia (art. 14 del CC). La adquisición por residencia es la más controvertida en tanto se obtiene por residencia continuada de dos años y voluntad expresa del interesado/a o por residencia de diez años salvo declaración en contrario (véase nota *REDI*, 2004-18-Pr). La adquisición automática que comporta la última de las posibilidades lleva en ocasiones al desconocimiento del propio sujeto de la vecindad civil que ostenta. Sobre todo en aquellos casos en los que desarrolla su principal actividad económica en un sitio distinto al de su actividad social y familiar, o cuando ambas se reparten a tiempos iguales entre dos lugares, lo que es cada vez más frecuente. El baremo flexible, de carácter real, efectivo y práctico que debe acompañar a la determinación de la vecindad civil no es tan fácil de establecer y, como sucede en la presente, la valoración de las pruebas por parte del juez se complica. Así en el supuesto que nos ocupa en el que nuestra protagonista desarrolla su centro de intereses casi a partes iguales en las dos localidades mencionadas se plantea un recurso de apelación por «falta de motivación» que llevan a reexaminar con mayor detenimiento las pruebas dirigidas a justificar su vecindad civil. El minucioso trabajo de la Audiencia a este respecto, a pesar de las numerosas contradicciones existentes, nos lleva a concluir que al tiempo del fallecimiento, el 5 de febrero de 2007, la causante poseía condición civil foral navarra, adquirida por residencia habitual de más de diez años. En concreto como se prueba fehacientemente dicha vecindad civil se hace efectiva en 1991, a pesar de que en todo momento mantiene una estrecha relación con Getxo como lugar de segunda residencia, de residencia de tres de sus cuatro hijas y donde transcurre la mayor parte de su tiempo en los últimos años de su vida. La dirección del DNI, el padrón, el Censo electoral, el impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio, la tarjeta sanitaria, la tarjeta de estacionamiento, el permiso de circulación del coche, la póliza de asistencia sanitaria, las obras en la casa para adecuarla a sus dificultades de movilidad, prueban que desde 1981, momento en el que se trasladó a vivir a Pamplona con su marido, su residencia efectiva transcurrió en Navarra con lo que pasados diez años adquirió la vecindad civil foral navarra.

3. Ahora bien, el testamento en cuestión del que se debate la validez y en el que, de acuerdo al ordenamiento foral navarro, se deshereda a la actora nombrando herederas a partes iguales a las otras tres hijas de la causante, se otorga en 1989, es decir con anterioridad a la adquisición automática de la vecindad civil navarra de la causante. En ese momento su vecindad civil era la vizcaína con lo que nos encontramos con un conflicto móvil derivado del cambio de vecindad del testador que implica un cambio en el ordenamiento que regía el otorgamiento del testamento y el que va a regular la sucesión, y que plantea dudas acerca del ordenamiento que se ha de aplicar (véase ZABALO ESCUDERO, E., «Vecindad civil, conflicto móvil, y Derecho civil aragonés», Zaragoza, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2005). Pues bien, el art. 16 del CC nos dice que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles se resolverán según las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar, con las consecuentes particularidades inherentes al sistema de Derecho interregional (véase DELGADO Echeverría, J., «Comentario al art. 16 CC», en RAMS, J. (coord.), *Comentarios al Código Civil I. Título Preliminar*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 419-436). Y el art. 9.8 del CC, al que nos remite, establece una concreta solución a los conflictos móviles como el que se presenta por lo que, aunque la sucesión se rige por la ley de la vecindad civil de la causante en el momento del fallecimiento (la navarra), las disposiciones hechas en testamento realizadas conforme a la ley de la vecindad civil del testador en el momento del otorgamiento conservarán su validez, si bien las legítimas se ajustarán a la ley sucesoria. Con ello se pretende garantizar el respeto a la voluntad del causante mediante una cláusula que causa no pocos desajustes en los que no vamos a entrar (véase FONT SEGURA, A., «La Sucesión hereditaria en Derecho Interregional», *ADC*, 2000.1, pp. 23-81, esp. 47-48).

4. Y es que nuestro supuesto no encaja en la situación a la que pretende dar solución el art. 9.8 del CC, sino que se enmarca más bien en un supuesto de convalidación de testamentos nulos puesto que la causante no se ajusta a la ley potencialmente aplicable en el momento de disponer (véase SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «Cuestiones de invalidez testamentarias en la sucesión aragonesa», *RDCA*, tomo XV, 2010, pp. 135-175). Se trata de un conflicto móvil al que de manera excepcional y siguiendo la técnica de las soluciones puntuales hace frente la Ley 16 de la Compilación de Derecho civil de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, *BOE* de 7 de marzo de 1973), que bajo la rúbrica *Cambios de condición* establece que los actos celebrados por quienes con posterioridad a su otorgamiento adquieran la condición foral deberán producir efectos conforme al Derecho navarro aunque éste difiera del Derecho al que se sometió su celebración (véase DURAN RIVACOBIA, R., *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, t. XXXV, Madrid, Edersa, 1993, pp. 83 y ss). El problema se deriva de un error en la vecindad civil de la testadora que convencida de que su vecindad civil era la navarra otorga testamento de acuerdo a susodicho ordenamiento foral teniendo en ese momento la vecindad civil vizcaína. No es extraño que ello suceda sobre todo dada la controvertida regulación de la adquisición de la vecindad civil a la que nos referíamos antes y las incertidumbres que su adquisición *ipso iure* comporta. En este caso, de buena fe, la causante ostenta la vecindad civil navarra y en la oficina notarial no se pone objeción alguna. Se trata del supuesto contrario al planteado por el art. 9.8 del CC, pues la disposición testamentaria en cuestión es válida según la ley aplicable a la sucesión pero no según la ley personal del testador cuando otorga testamento o «ley sucesoria anticipada» (al respecto véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 369-406, esp. nota 20); ¿Podemos aplicar analógicamente el 9.8 del CC y conservar su invalidez

originaria? ¿o se convalida? A este supuesto responde el apdo. 2 de la DT 2.^a de la ley de sucesiones por causa de muerte aragonesa (BOE de 4 de marzo de 1999) que comporta la convalidación de los actos por causa de muerte inicialmente nulos. Pero la Jurisprudencia no es unánime y se contemplan sentencias que afrontan el problema de distintas maneras (SSAP Vizcaya de 19 de febrero de 2001, JUR/2001/137301; y Vizcaya de 31 de mayo de 2007 JUR/2007/349744; y SAP Zaragoza de 21 de enero de 2008, AC/2008/825). En nuestro caso la Audiencia Navarra opta por pronunciarse a favor de validar el testamento y, por tanto, de aplicar el ordenamiento foral navarro a la controvertida sucesión porque, aunque pudiera ser ineficaz por carecer la causante de vecindad civil navarra en el momento de su otorgamiento, adquiriéndola dos años después y manteniendo tal vecindad hasta el momento de su fallecimiento, resulta más acorde no sólo con lo establecido en la Ley 16 del Fuero Nuevo de Navarra, sino con la voluntad sucesoria y con las expectativas creadas sobre su sucesión, que al fin y al cabo son las motivaciones que subyacen (imperfectamente) a la solución del art. 9.8 del CC.

Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI *
Universidad de Deusto

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2010-15162, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER.